

**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

**Note sul**  
*Protocollo Amazon per la definizione  
di un sistema condiviso di relazioni industriali*

**IDA REGALIA**  
Università degli Studi di Milano

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



## **Note sul *Protocollo Amazon per la definizione di un sistema condiviso di relazioni industriali***

**IDA REGALIA**

Università degli Studi di Milano  
già Ordinaria di Sociologia Economica  
e *Comparative Industrial Relations*  
ida.regalia@unimi.it

---

### ABSTRACT

---

The essay explores the reasons and the rationale behind the framework collective agreement on industrial relations reached by Amazon and the trade unions in Italy on September 15, 2021 - the first ever nation-wide collective agreement signed by the e-commerce giant in the world. Through a comparative perspective, this unique and largely unexpected event is interpreted in the light of the specific features of the Italian industrial relations system: a system still characterised by a low level of institutionalisation lacking formalized and stable rules governing relations between the actors, but in which such actors – especially the trade unions – have consolidated over time their organizational capacity and ability to mobilize their represented. These features may indeed facilitate innovation under favourable circumstances, as it happened in a period of rapid expansion of the multinational and of growing perception therefore of the need to maintain social peace and preserve its reputation as responsible organization. The main strengths and weaknesses of the agreement are finally discussed.

**Keywords:** Amazon; framework agreement; Italian system of industrial relations; economic expansion; industrial action; corporate reputation.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14065>

---

## ***Note sul Protocollo Amazon per la definizione di un sistema condiviso di relazioni industriali***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Colosso dell'*e-commerce*. – 3. Una *low-retention HR strategy*. – 4. Amazon in Italia: gli antecedenti del Protocollo. – 5. Come si giunge al Protocollo del 15 settembre 2021. – 6. Finalità e contenuti del Protocollo. – 7. Potenzialità e prospettive.

### **1. Premessa**

Credo non si possano comprendere le ragioni e il senso del *Protocollo per la definizione di un sistema condiviso di relazioni industriali*, firmato da Amazon Logistica e organizzazioni sindacali presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali il 15 settembre 2021, senza considerare il contesto – nazionale e internazionale – in cui è emerso. Alla luce di quanto si dice della strategia di gestione delle risorse umane di Amazon e dei discorsi correnti sullo stato delle relazioni industriali e la salute dei sindacati in Italia, si tratta infatti di un evento inatteso, fin sorprendente: un evento la cui logica richiede di essere spiegata.

In queste note, rifletteremo brevemente, nell'ottica del sociologo, sulle possibili ragioni che hanno condotto all'accordo, sul suo significato e sulle prospettive che ci si può aspettare ne derivino. E di necessità, data la natura dell'impresa, lo si farà con uno sguardo che, sia pure per cenni, si allarga oltre il caso italiano.

### **2. Colosso dell'*e-commerce***

Gigante dell'*e-commerce* – ma non solo – Amazon, l'impresa di Seattle che debutta sul mercato statunitense nel 1994 e sbarca ufficialmente in Italia nel 2010, costituisce la più grande *internet company* del mondo<sup>(1)</sup>.

Colosso della distribuzione tramite piattaforma, in tempi relativamente ristretti l'impresa è stata in grado di mettere in moto uno sviluppo senza precedenti delle vendite *online* e di sempre più numerosi ulteriori servizi. Il ritmo della crescita è ulteriormente molto cresciuto durante la pandemia: in base a dati

---

<sup>(1)</sup> Si veda R. E. Chesta, *18 novembre 2010, Amazon sbarca in Italia, il Mulino*, 17 novembre 2021, <https://www.rivistailmulino.it/a/18-novembre-2010>.

del Financial Times dell'aprile 2021 durante il precedente anno e mezzo i profitti della multinazionale si sarebbero più che triplicati<sup>(2)</sup>.

Garantendo tempi immediati e costi bassissimi se non nulli di consegna, Amazon è riuscita ad attirare schiere crescenti di consumatori, finendo per influenzarne comportamenti e abitudini quotidiane. E è proprio sulla possibilità di disporre di una grandissima platea di clienti che lasciano sul *web* tracce dei loro comportamenti di spesa e delle loro preferenze e abitudini, che si basa il successo di un modello d'impresa i cui maggiori profitti derivano ormai non tanto dalle attività di vendita e consegna in quanto tali, quanto dalla messa a frutto dell'enorme banca dati umana che ne viene via via costruita e continuamente aggiornata.

Come osservato da Soshana Zuboff, che ne parla come di *capitalismo della sorveglianza*<sup>(3)</sup>, il modello si basa infatti sulla capacità di estrarre dalle tracce lasciate dai nostri comportamenti di spesa, necessarie per l'efficienza e miglioramento dei servizi, un *surplus comportamentale* che viene poi trasformato, con il ricorso ad algoritmi, in ulteriori prodotti a carattere non solo descrittivo (relativi a ciò che stiamo facendo), ma anche predittivo (relativi a ciò che probabilmente faremo), da scambiare sul ricco mercato delle previsioni comportamentali, o mercato dei comportamenti futuri.

Che Amazon cerchi di essere particolarmente orientata al cliente – e non si stanchi di ripeterlo continuamente – è del tutto comprensibile: ciò è in generale connaturato alla logica di prestazione dei servizi nel settore privato, che, sia pure in modi variabili a seconda del tipo di servizio e del tipo di clienti cui sono rivolti, tende a incorporarne la soddisfazione nelle proprie strategie organizzative e di gestione del lavoro<sup>(4)</sup>; ma in questo caso ancor più questa attenzione corrisponde alla necessità per l'impresa di non perdere attrattiva e non pregiudicare in alcun modo la base dello speciale capitale umano da cui trae la parte più considerevole dei propri profitti, di sollecitarne anzi il continuo sviluppo.

È pertanto a partire dalla constatazione della dipendenza dell'impresa dai comportamenti di una miriade di clienti, e della sua vulnerabilità quindi sul terreno della reputazione e delle conseguenze negative che ne possono derivare

---

(2) Si vedano ad esempio i dati citati da V. M. Thompson, *Amazon Workers in Canada Are Getting Organized*, *Portside*, 3 ottobre 2021, <https://portside.org/2021-10-03/amazon-workers-canada-are-getting-organized>.

(3) S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, 2019.

(4) Sul tema mi si permetta di rinviare alle considerazioni, svolte tempo fa ma ancora utili, in I. Regalia, *Al posto del conflitto. Le relazioni di lavoro nel terziario*, Il Mulino, 1990.

in termini di mercato, che si può individuare un primo aspetto del processo che ha portato alla firma del Protocollo su cui ragioniamo.

### 3. Una *low-retention HR strategy*

Potrebbe forse sembrare piuttosto scontato se si considera quanto sia divenuto importante l'obiettivo della salvaguardia della reputazione per le grandi imprese di dimensione sovranazionale, specie nei servizi. Nei fatti però non lo è: non è cercando accordi con il sindacato che si muove la gran parte delle grandi multinazionali di tipo nuovo; né è certo questa la tradizionale strategia di gestione delle risorse umane di Amazon nei vari paesi di insediamento. Riguardo al primo punto, occorrerebbe ragionare sui maggiori gradi di libertà nella regolazione del lavoro di cui godono le imprese multinazionali in un contesto di economia interdipendente, globalizzata. Ma, limitandoci qui al secondo, eloquenti sono le opinioni correnti che nella pubblicistica si ritrovano su Amazon a partire dal suo paese d'origine, gli Stati Uniti.

Di Amazon qui si parla come di caso emblematico di impresa a bassa fidelizzazione dei dipendenti, dai ritmi sfrenati, dall'alto *turnover*, in cui sopravvivono solo i più forti: una impresa che, analogamente a Walmart, persegue una *low-retention HR strategy* contrapposta alla *high-retention strategy* di altri gruppi commerciali giganti come Costco o Zappos<sup>(5)</sup>. Nel caso di Amazon, ciò corrisponde a un'organizzazione del lavoro, nei magazzini e grandi *hub*, basata su una specificazione dettagliata a monte dei compiti, trasmessa digitalmente, in cui fanno premio velocità ossessiva, al limite delle possibilità umane, e accuratezza puntigliosa, ma che richiede bassa professionalità e competenze acquisibili rapidamente: i lavoratori sono pertanto facilmente sostituibili. Diverso è il caso degli addetti al *cloud computing* negli AWS (*Amazon Web Services*): tecnici dinamici, ben pagati, in questo caso a maggior potere di mercato, che analogamente sembra tendano però a non rimanere a lungo ritenendosi trattati in modo inadeguato e poco valorizzati. Quanto ai corrieri per lo più sono lavoratori indipendenti o organizzati all'esterno da cooperative.

È una strategia di gestione delle risorse umane che può funzionare in imprese commerciali in cui lealtà e soddisfazione dei consumatori si basano eminentemente sulla convenienza di efficienza e prezzo del servizio e non su

---

<sup>(5)</sup> W.F. Cascio, *The high Cost of Low Wages*, *Harvard Business Review*, Dicembre 2006, 23. Si veda anche J. Heskett, *What's Wrong With Amazon's Low-Retention HR Strategy?*, *Harvard Business School*, 2 settembre 2015, <https://hbswk.hbs.edu/item/is-something-wrong-with-amazon-s-low-retention-hr-strategy>.

considerazioni relative al trattamento dei prestatori del servizio, i quali rimangono per lo più invisibili<sup>(6)</sup>. E che può funzionare fintanto che vi sia un'offerta abbondante di lavoro disponibile sul mercato.

Non è difficile fare dei paralleli con la strategia del modello di impresa taylorista per quanto riguarda l'impostazione minuziosa dei comportamenti lavorativi definiti in modo centralizzato dai tecnici aziendali e resa poi praticabile ed efficiente dal ricorso a meccanismi di strutturazione vincolata delle azioni: la catena di montaggio nell'impresa fordista, le istruzioni tramite algoritmi e modalità digitali in questo caso. E difatti c'è chi parla di Amazon come di *digital neo-taylorism*. Nel caso delle imprese taylor-fordiste il *management* aveva a lungo cercato di evitare il confronto col sindacato per regolare il lavoro. Analogamente Amazon cerca apertamente di resistere per quanto possibile alla costituzione di sindacati e alla negoziazione collettiva delle condizioni di impiego, adottando strategie di *union avoidance*<sup>(7)</sup>. A differenza di altri tipi di imprese di servizio, che necessariamente operano in presenza, Amazon può a tal fine utilizzare anche l'arma dell'*exit*, delocalizzando in ambienti più favorevoli o convenienti le attività di raccolta e smistamento, o anche solo minacciando di farlo<sup>(8)</sup>.

Gli esiti sono peraltro diversi a seconda delle diverse caratteristiche dei sistemi di regolazione del lavoro e delle relazioni industriali nei paesi di insediamento. Come in genere ogni grande multinazionale, anche Amazon tende, infatti, a conformarsi alle disposizioni della normativa di volta in volta vigente, evitando conflitti e cercando piuttosto di coglierne i possibili vantaggi.

Finora negli Stati Uniti tutti i ripetuti tentativi di organizzare sindacalmente i lavoratori da parte di sindacati e movimenti dei lavoratori quali gli *Amazonian United*<sup>(9)</sup> non sono riusciti a superare gli ostacoli derivanti dalla normativa esistente che regola l'ingresso e il riconoscimento del sindacato nei luoghi di lavoro e dalle campagne di dissuasione messe in opera dal gruppo. Anche di recente, nella primavera del 2021, la votazione per la sindacalizzazione del magazzino di Bessemer in Alabama (roccaforte un tempo della siderurgia), che era stata accuratamente preparata da una lunga campagna di

---

<sup>(6)</sup> V. Heskett, *What's Wrong* cit.

<sup>(7)</sup> Per una discussione articolata, v. *The Cost of Free Shipping: Amazon in the Global Economy*, a cura di J. Alimahomed-Wilson - E. Reese, Pluto Press, 2020.

<sup>(8)</sup> Interessanti le considerazioni sulla strategia di insediamento di Amazon in Polonia anche per contenere le pressioni conflittuali del sindacato in Germania che si leggono in J. Boewe - J. Schulten, *Amazon Strikes in Europe: Seven Years of Industrial Action, Challenges, and Strategies*, in *The Cost of Free Shipping* cit., 209-224.

<sup>(9)</sup> Si veda E. T. Kim, *Amazon Transformed Seattle. Now, Its Workers Are Poised to Take It Back*, *New York Times*, 5 luglio 2021. E anche *The Cost of Free Shipping* cit.

sensibilizzazione, a favore della quale si era indirettamente espresso persino il presidente John Biden<sup>(10)</sup>, e su cui si erano accumulate molte aspettative di successo, si è rivelata un ennesimo fallimento. «Non puoi lottare contro Amazon. È impossibile», commentava frustrato un esponente degli *Amazonian United*. Analogamente in Canada gli insediamenti di Amazon sono finora rimasti impermeabili all'ingresso dei sindacati, benché ci si aspetti molto dal recente energico impegno organizzativo da parte del sindacato dei *Teamsters* in un momento di forte espansione economica dell'impresa<sup>(11)</sup>

Piuttosto diversa e comunque variegata è la situazione nei paesi dell'Europa occidentale<sup>(12)</sup>. Particolarmente interessante è il caso della Germania, in cui Amazon è presente dal 1999. Qui nel 2013, a seguito di una lunga campagna di sensibilizzazione dei lavoratori da parte del grande sindacato dei servizi Ver.di, venne organizzato uno sciopero nel sito di Bad Hersfeld, con la partecipazione di diverse centinaia di addetti: è il primo sciopero locale del gruppo Amazon.

Lo sciopero del 2013 costituisce l'inizio di diverse successive azioni collettive di protesta in Germania, organizzate spesso in occasioni di momenti nevralgici per le vendite (quali i *Black Fridays*) e prese poi a modello dai sindacati di altri paesi (soprattutto in Francia e Spagna). Anche il primo sciopero del gruppo Amazon in Italia nel 2017 a Castel San Giovanni nel piacentino si svolgerà con il coordinamento del sindacato tedesco<sup>(13)</sup>. Tuttavia in Germania il sindacato e l'impresa non giungono poi mai a stipulare accordi collettivi. Coerentemente con la sua impostazione generale, la strategia di Amazon è infatti quella di attenersi scrupolosamente alla legge, che qui è quella sui consigli d'azienda, di cui viene pertanto apertamente appoggiata la costituzione, con grande sorpresa di molti osservatori, ma evitando la contrattazione collettiva con il sindacato. Com'è noto, i consigli d'azienda tedeschi rappresentano i lavoratori di fronte alla direzione, ma sono indipendenti dal sindacato: riconoscendoli, l'azienda può presentarsi come aperta alle istanze dei lavoratori, senza dover però correre il rischio di misurarsi apertamente con il sindacato esterno. «La comunicazione e la cooperazione diretta con i consigli d'azienda»,

---

<sup>(10)</sup> Cfr. T. Noah, *Biden's Support for Unionizing Amazon Is a BFD*, *Portside*, 3 marzo 2021, <https://portside.org/2021-03-03/bidens-support-unionizing-amazon-bfd>.

<sup>(11)</sup> Cfr. V. M. Thompson, *Amazon Workers in Canada Are Getting Organized* cit.

<sup>(12)</sup> Per una panoramica e interessanti approfondimenti, si rimanda a *Amazon Strikes in Europe: Seven Years of Industrial Action*, cit.

<sup>(13)</sup> *Ivi*, 219-220.

si legge significativamente in un comunicato aziendale del 2017, «sono il modo migliore per comprendere e rispondere ai problemi dei lavoratori»<sup>(14)</sup>.

#### 4. Amazon in Italia: gli antecedenti del Protocollo

Rimandiamo alla letteratura citata per dettagli sulle diverse scelte strategiche di Amazon in altri paesi: in Gran Bretagna, dove riesce ad avvalersi della legge sul riconoscimento dei sindacati per estromettere dai propri siti il locale sindacato *Graphical, Paper and Media Union* (GPMU) sull'onda di una aggressiva campagna di dissuasione antisindacale in stile americano; in Francia dove invece l'impresa si confronta con i sindacati nei negoziati annuali d'azienda prescritti dalla normativa; in Spagna, dove, in un clima molto conflittuale, rappresentanti dei sindacati vengono eletti per la prima volta nei comitati d'impresa di alcuni siti; o in Polonia, dove l'impresa punta a espandersi per sfruttare le più convenienti condizioni d'impiego e insieme porre argini alle pressioni sindacali in Germania.

Oggi in Italia, a poco più di dieci anni dall'apertura del primo magazzino di 60 dipendenti a Castel San Giovanni, il gruppo Amazon conta 6 centri di distribuzione, 25 depositi di smistamento, 2 centri di smistamento e 2 centri di distribuzione urbani, in cui lavorano 12.500 addetti assunti con contratto a tempo indeterminato e un numero variabile di ulteriori lavoratori (si parla di 4.000 circa) inviati da agenzie<sup>(15)</sup>. Ai dipendenti viene in genere applicato il contratto nazionale della logistica, salvo che in alcuni casi in cui si applica il contratto del commercio. I lavoratori in somministrazione sono coperti dalle tutele del contratto delle agenzie per il lavoro e a detta di responsabili sindacali godono di condizioni economiche analoghe a quelle dei lavoratori permanenti. Vi sono poi i corrieri, 12.000 circa, impegnati nelle consegne, che lavorano tramite appalti di subfornitura. L'espansione delle attività e dell'occupazione è stata molto veloce, in particolare negli ultimi anni. Come sottolineato in un comunicato aziendale, «secondo uno studio di The European House-Ambrosetti, che ha analizzato i bilanci delle grandi aziende private italiane,

---

<sup>(14)</sup> *Ivi*, 209 (tr. mia).

<sup>(15)</sup> Per dati sulla consistenza del gruppo Amazon, cfr. *Logistica. Il 22 marzo il primo sciopero di tutta la filiera Amazon*, <https://www.avvenire.it/economia/pagine/sciopero-amazon-22-marzo-2021>; *Amazon in Italia: investiti 2,9 miliardi e creati 3 mila posti di lavoro nel 2021*, [https://www.corriere.it/economia/aziende/21\\_novembre\\_19/amazon-italia-investiti-29-miliardi-creati-3-mila-posti-lavoro](https://www.corriere.it/economia/aziende/21_novembre_19/amazon-italia-investiti-29-miliardi-creati-3-mila-posti-lavoro).

Amazon è la società che ha creato più posti di lavoro in Italia negli ultimi 10 anni (periodo 2011-2020)»<sup>(16)</sup>.

A differenza di quanto avviene in altri paesi, anche la storia delle relazioni sindacali, dopo un primo periodo in sordina, si evolve rapidamente e con risultati nel complesso inattesi.

Il sindacato entra in azienda nel 2016 quando alcuni lavoratori decidono di iscriversi ed eleggono i propri rappresentanti. Nel marzo del 2017 nell'allora principale centro di insediamento del gruppo a Castel San Giovanni nel piacentino le organizzazioni sindacali chiedono di incontrare l'azienda per aprire la trattativa per il contratto integrativo aziendale.

La trattativa nel sito piacentino non decolla, ma i sindacati hanno già raggiunto altre intese altrove. Una riguarda un magazzino di circa 200 persone a Origgio in provincia di Varese, affidato da Amazon Logistics a una società di consegna, in cui il sindacato ha saputo che non si applica il contratto collettivo e si fa uso eccessivo del part-time. Dopo uno sciopero che blocca i cancelli, si raggiunge un accordo che prevede l'applicazione del contratto della logistica, una riduzione del ricorso al part-time e un percorso di stabilizzazione per i lavoratori temporanei: è il primo accordo della filiera di Amazon in Lombardia. L'altra intesa, precedente di qualche mese, riguarda i magazzini di smistamento che Amazon sta per aprire a Vercelli e altre città del nord: nell'accordo il sindacato ottiene l'impegno aziendale ad applicare il contratto della logistica e armonizzare le condizioni di impiego del gruppo.

Verso fine anno, nel novembre del 2017, in concomitanza con il *Black Friday*, entrano in sciopero per la vertenza aziendale, nel quadro della mobilitazione promossa e coordinata in diversi altri paesi europei dal sindacato tedesco Ver.di, cui si è fatto cenno, anche i lavoratori del magazzino piacentino. Nel maggio del 2018, la lunga trattativa per il contratto aziendale si conclude infine con la firma di un accordo: è il primo «storico» accordo collettivo al mondo tra il colosso dell'e-commerce e i sindacati, come si legge nel comunicato euforico del sindacato internazionale del settore dei servizi UNI Global Union<sup>(17)</sup>.

L'accordo, che integra il contratto collettivo nazionale, riguarda in particolare la problematica cruciale, e critica per un settore come questo, degli

---

<sup>(16)</sup> In *Amazon in Italia: investiti 2,9 miliardi e creati 3 mila posti di lavoro nel 2021*, cit.

<sup>(17)</sup> «Amazon employees in Italy have made history. Workers are announcing today the first-ever direct agreement between unions and the company anywhere in the world», <https://www.uniglobalunion.org/news/first-ever-agreement-between-amazon-and-unions-halts-inhumane-work-hours-italy>.

orari di lavoro. Ma molte altre questioni rimangono aperte, tra cui quelle della salute e sicurezza sul lavoro (come diverrà drammaticamente evidente di lì a poco durante la pandemia) e quelle delle condizioni di impiego dei lavoratori nei magazzini e ancor più dei *driver* dipendenti dalle aziende che effettuano le consegne per Amazon. Le relazioni rimangono pertanto tese e periodicamente riemerge la protesta, specie in concomitanza con i picchi delle vendite in occasione dei *Black Fridays*. Nel novembre 2020 anche alcuni siti in Italia aderiscono al «contro-Black Friday» dei sindacati, polemicamente denominato *Red Friday*, promosso dal network sindacale globale Uniglobal Amazon Alliance, cui partecipano i sindacati di molti paesi<sup>(18)</sup> e diverse Ong tra cui Emergency.

All'inizio del 2021 i sindacati presentano infine un'ampia piattaforma in cui vengono ripresi i tanti temi irrisolti, con l'obiettivo di armonizzare le condizioni lavorative di tutto il sistema Amazon in Italia, all'interno dei magazzini e tra gli addetti alle consegne. Di fronte alla scarsa disponibilità al confronto da parte del *management* e all'interruzione della trattativa, essi proclamano infine uno sciopero generale nazionale di tutta la filiera per il 22 marzo, la cui valenza – viene detto in un'intervista da uno dei principali protagonisti<sup>(19)</sup> – da prettamente rivendicativa assume ora anche caratteri di tipo simbolico, diventando mobilitazione per il riconoscimento del ruolo di rappresentanza del sindacato e l'impegno a costruire relazioni industriali stabili.

La mobilitazione ha gran successo, si registrano sensibili ritardi nelle consegne: è il primo sciopero generale a dimensione nazionale del sistema Amazon al mondo, che trova echi sulla stampa internazionale<sup>(20)</sup>.

## 5. Come si giunge al Protocollo del 15 settembre 2021

Il Protocollo che viene infine firmato a distanza di qualche mese nel settembre del 2021, si colloca quindi come tappa significativa di una vicenda che interessa uno dei maggiori colossi della *new economy* entro un percorso in cui

---

<sup>(18)</sup> All'Uniglobal Amazon Alliance, promosso dall'UNI Global Union, partecipano sindacati provenienti da Germania, Francia, Spagna, Belgio, Lussemburgo, Regno Unito, Polonia, Repubblica Ceca, Stati Uniti, Filippine, Brasile, India, Australia.

<sup>(19)</sup> Si veda l'intervista al segretario nazionale della Filt-Cgil da parte di T. Nutarelli, *De Rose, Amazon riconosca e rispetti il ruolo del sindacato*, *Diario lavoro*, 15 marzo 2021, <https://www.ildiariodellavoro.it/de-rose-amazon-riconosca-e-rispetti-il-ruolo-del-sindacato/>

<sup>(20)</sup> Interessante, anche per i commenti – un po' stupiti... – al sistema di relazioni industriali italiano da parte di un osservatore americano, è per esempio l'intervista a un sindacalista italiano in P. Olney, *Strike Hard, Have Fun, Make History – Amazon general strike in Italy – March 22, 2021*, *Portside*, 1° aprile 2021, <https://portside.org/2021-04-01/strike-hard-have-fun-make-history-amazon-general-strike-italy-march-22-2021>.

emergono tutte le peculiari caratteristiche del sistema di relazioni industriali italiano: un sistema che, a distanza di oltre settant'anni dalle vicende in cui è stato originariamente strutturato, continua a essere caratterizzato dall'elevata informalità del quadro in cui si sviluppano le relazioni tra gli attori.

Come si è più volte e anche di recente sostenuto<sup>(21)</sup>, si tratta di un quadro a limitata istituzionalizzazione, in cui rimane bassa la definizione *formale* del ruolo, delle prerogative, delle regole di comportamento degli attori delle relazioni industriali, e in particolare delle organizzazioni sindacali, ma in cui sono invece divenuti nel tempo *di fatto* elevati il loro seguito e radicamento organizzativo, la loro capacità di incidere e cercare di ottenere a vantaggio dei rappresentati in base ai rapporti di forza: per le sue caratteristiche, è un sistema che, rispetto a altri, permette una maggiore adattabilità delle soluzioni a seconda delle circostanze e talvolta il raggiungimento di soluzioni innovative imprevedute, ma al prezzo di un maggior ricorso al conflitto come via per misurare i rapporti di forza

Nel caso in esame, in una prima fase i sindacati sono andati via via scoprendo, in modo scoordinato, secondo un processo di apprendimento per tentativi, caso per caso, la possibilità di organizzare e mobilitare i lavoratori – in particolare quelli assunti stabilmente – per fare pressioni sull'azienda in un periodo di grande espansione della logistica e dell'e-commerce, in ciò facilitati dall'assenza di specifici vincoli normativi all'azione. Ma poi l'iniziativa sindacale è venuta assumendo il carattere di mobilitazione per il riconoscimento e la stabilizzazione mediante accordo del ruolo del sindacato nella regolazione del lavoro.

In altri termini, per iniziativa di un sindacato rafforzato dal successo della mobilitazione e dal seguito crescente tra i lavoratori, il gioco è stato spostato dal piano eminentemente rivendicativo-acquisitivo a quello del confronto sui principi volto a far valere la logica di relazioni industriali mediate collettivamente: logica che è evidentemente diversa da quella di una multinazionale che tende invece a perseguire una strategia di gestione delle risorse umane basata sulla pratica della «porta aperta», ovvero sulla disponibilità a cercare il dialogo diretto con i dipendenti (o i loro rappresentanti in azienda come in Germania) e a eventualmente concedere aumenti retributivi e benefit in modo unilaterale. Significativamente, un alto dirigente del gruppo per l'Italia,

---

(21) I. Regalia - M. Regini, *Collective bargaining and social pacts in Italy*, in *The New Structure of Labor Relations*, a cura di H. Katz - W. Lee - J. Lee, Cornell UP, 2004; I. Regalia - M. Regini, *Trade Unions and Employment Relations in Italy during the Economic Crisis*, *South European Society and Politics*, 2018, 23, 1, 63.

a difesa delle buone ragioni dell'azienda sottolineava che «...nel 2020 abbiamo assunto 2.600 persone a tempo indeterminato, paghiamo più dei minimi contrattuali, copriamo persino per quattro anni il 95 per cento dei costi di riqualificazione dei dipendenti che desiderano andare a lavorare altrove»<sup>(22)</sup>. Dal lato opposto, in occasione della proclamazione dello sciopero generale del gruppo, un esponente del sindacato dichiarava che «alla base dello sciopero c'è un problema quasi culturale. Amazon deve riconoscere e rispettare il ruolo che la Costituzione italiana assegna alle parti sociali»<sup>(23)</sup> e nel comunicato sindacale a sciopero avvenuto: «Il colosso di Seattle deve prendere atto, suo malgrado, che il sindacato fa parte della storia e del percorso costituente del nostro paese e con questo deve confrontarsi, in Italia».

Per la composizione del conflitto per il riconoscimento e il raggiungimento di un'intesa, decisivo si rivela il ruolo di facilitatore del ministro del lavoro del neo-costituito governo Draghi, Andrea Orlando. Come verrà poi sottolineato in tutte le dichiarazioni finali, quasi a giustificare con il riferimento a un intervento esterno autorevole il carattere eccezionale dell'accordo, a aprile il ministro, convoca le parti – la multinazionale assieme a Confrtrasporto e Assoespressi (rappresentanti rispettivamente le aziende del trasporto e logistica e quelle della distribuzione finale delle merci che è esternalizzata) e i segretari generali dei sindacati della logistica – fornendo loro una serie di indicazioni per il confronto bilaterale «in materia di applicazione della normativa nazionale sul lavoro e in coerenza col Capitolo I del Ccnl Logistica, Trasporto Merci e Spedizione, di sicurezza sul lavoro e di relazioni industriali tra l'azienda e le Organizzazioni Sindacali».

La trattativa va avanti per alcuni mesi, con il controllo discreto della sede europea dell'azienda e l'avallo finale di quella centrale in Stati Uniti<sup>(24)</sup>. Del resto, il Protocollo di settembre è il primo accordo nel suo genere per tutto il gruppo Amazon e ne costituisce un precedente. Non si tratta infatti semplicemente di un accordo aziendale integrativo del contratto nazionale (com'era stato quello del 2018), ma di un accordo sul riconoscimento sindacale e le regole delle

---

(22) Si vedano le dichiarazioni rilasciate nell'intervista di S. Lorenzetto, *Mariangela Marseglia, la manager che dieci anni fa portò Amazon in Italia*, *Corriere della Sera*, 9 maggio 2021, [https://www.corriere.it/cronache/21\\_maggio\\_09/mariangela-marseglia-manager-che-10-anni-fa-porto-amazon-italia-non-avevo-neppure-ufficio-oggi-siamo-9500-04341436-b0f3-11eb-b689-c19275a09659.shtml#](https://www.corriere.it/cronache/21_maggio_09/mariangela-marseglia-manager-che-10-anni-fa-porto-amazon-italia-non-avevo-neppure-ufficio-oggi-siamo-9500-04341436-b0f3-11eb-b689-c19275a09659.shtml#)

(23) T. Nutarelli, *De Rose, Amazon riconosca e rispetti il ruolo del sindacato* cit.

(24) Come si legge in M. Franchi (*Amazon cede ai sindacati: sì a confronto e delegati*, *il manifesto*, 16 settembre 2021), «Per inserire la parola contrattazione, spiega una fonte sindacale, abbiamo dovuto attendere il via libera di giorni».

relazioni industriali: ossia di un accordo procedurale, di quelli che in via di principio segnano un punto di svolta nei modi di regolare il lavoro e nelle relazioni tra le parti.

Da notare da ultimo che il Protocollo che viene infine firmato presso la sede del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali il 15 settembre del 2021 riguarda i dipendenti di Amazon Italia Logistica (assistita da Confrtrasporto), mentre rimane aperto il tavolo con Assoespressi. Per la prima volta riguarda tuttavia tutti i dipendenti della logistica, compresi quelli assunti con contratti temporanei attraverso le agenzie per il lavoro: non a caso alla firma partecipano anche i sindacati dei lavoratori con contratti atipici, Nidil Cgil, Felsa Cisl, Uil Temp.

## 6. Finalità e contenuti del Protocollo

Il Protocollo è di agevole lettura. Già il titolo (*Protocollo per la definizione di un sistema condiviso di relazioni industriali*) è chiaro ed esplicito. Lo scopo che ci si prefigge, si legge nella premessa, è «di delineare un sistema di relazioni industriali in linea con le mutate dinamiche sociali e di mercato», per cui le «parti concordano sull'opportunità di adottare un metodo partecipativo connotato da sistematicità di analisi, confronto e verifica dei temi di comune interesse». «Con tale sistema relazionale, funzionale alla composizione di eventuali controversie collettive, si riafferma, nella distinzione dei ruoli, che le relazioni industriali sono un valore in sé». E quindi le parti «si impegnano a rispettare le norme del Ccnl Logistica, Trasporto Merci e Spedizioni e la loro coerente applicazione».

In armonia con la normativa contrattuale di riferimento (di categoria e interconfederale), il Protocollo – vien detto – va declinato a più livelli, nazionale: regionale e aziendale. Quanto alle funzioni, si parla di «informazione, consultazione, verifica, nonché contrattazione, per le materie, nei limiti e secondo le procedure previste» dal contratto per ciascun livello.

Traspare dunque con chiarezza come la definizione di un «sistema condiviso di relazioni industriali» costituisca il modo per porre, mediante accordo tra le parti interessate, vincoli all'esercizio unilaterale dell'azione di ciascuna di esse sulla base semplicemente dei rapporti di forza: vincoli che non sono invece stabiliti in generale con chiarezza da un sistema delle relazioni industriali a elevata informalità. È per questo che si può giungere a dire che le «relazioni industriali sono un valore in sé», in quanto consentono, mediante procedure preventivamente concordate, di affrontare vertenze e controversie, secondo un metodo partecipativo basato sulla stabilità e regolarità di analisi,

confronto e verifica dei temi di comune interesse, come richiesto dalle nuove, «mutate dinamiche sociali e di mercato».

In altri termini, si tratta dell'accettazione congiunta di una logica di regolazione del lavoro mediata collettivamente (basata quindi sul riconoscimento del ruolo delle organizzazioni di rappresentanza, in particolare dei sindacati dei lavoratori), che permette una stabilizzazione delle relazioni oltre l'incertezza degli andamenti imprevedibili del mercato e una cooperazione basata su dati di fatto (e quindi sulla sistematicità di informazione, consultazione, verifica), che non esclude tuttavia differenze di posizioni e conflitto, ma li incanala in modo costruttivo (e quindi ricorrendo quando necessario alla contrattazione collettiva).

Significativamente, inoltre, il sistema delineato è multilivello, e su tre livelli gerarchicamente ordinati – nazionale, di luogo di lavoro, ma anche regionale-territoriale – in coerenza con le articolate caratteristiche del gruppo, superando le tradizionali diffidenze datoriali in proposito.

Quanto alle iniziative che si prevede di perseguire per dar sostanza all'impostazione di principio, si va dalla promozione di «momenti di confronto periodico sulle problematiche inerenti al settore e-commerce», all'organizzazione di «momenti di confronto preventivo sulle strategie di sviluppo aziendale e di investimento negli ambiti territoriali», dall'intenzione di avvalersi delle opportunità offerte dal sistema di formazione professionale continua, all'individuazione degli «strumenti più idonei per monitorare gli andamenti occupazionali, con l'obiettivo di favorire [...] percorsi di crescita e continuità occupazionale», compatibilmente con le esigenze tecnico-organizzative e gli andamenti del mercato, al «dialogo – infine - con i soggetti istituzionali nelle sedi competenti su eventuali tematiche di carattere sociale e sanitario».

Attraverso l'informazione e il confronto non occasionali con i rappresentanti dei lavoratori e le istituzioni locali, l'attenzione è quindi rivolta sia alle prospettive dello sviluppo produttivo sia allo sviluppo delle risorse umane (tramite la formazione, la promozione di percorsi di carriera e continuità occupazionale) e alle problematiche della salute e sicurezza.

Sul piano più propriamente delle relazioni sindacali si sottolinea inoltre l'impegno a verificare la corretta applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, a confrontarsi su eventuali vertenze che riguardino l'interpretazione o applicazione del contratto, a prevedere modalità di composizione delle controversie.

Più nel dettaglio, nei luoghi di lavoro ci si impegna a favorire il confronto con le rappresentanze aziendali (assistite dai sindacati territorialmente competenti, stipulanti il Ccnl) per verificare l'attuazione della normativa sulla salute e sicurezza e l'applicazione della l. n. 300/1970, per controllare periodicamente sicurezza e organizzazione dei turni, per verificare a livello di sito la coerenza tra le attività svolte e i livelli e parametri indicati nel contratto nazionale, per valutare periodicamente la possibile erogazione di riconoscimenti economici collettivi oltre a quelli previsti dal contratto, e per stabilire, ancora, momenti di incontro «sull'utilizzo di forme di rapporto di lavoro atipiche, sul relativo turnover e sui possibili percorsi di crescita e continuità occupazionale». Le tematiche su cui si prevede il confronto sono dunque salute e sicurezza, diritti sindacali, organizzazione del lavoro e dei turni, elementi retributivi, prospettive occupazionali e politiche aziendali di sviluppo anche per quanto riguarda i rapporti atipici d'impiego. L'apertura del confronto è dunque a tutto campo<sup>(25)</sup>.

## 7. Potenzialità e prospettive

Come per tutte le dichiarazioni di intenti formalizzate in un accordo – e in questo caso rese più solenni per la sede autorevole presso cui l'accordo viene firmato – il loro reale significato sta nell'interesse delle parti coinvolte a poi fattivamente adoperarsi per attuarne i termini.

Si possono leggere da questo punto di vista le dichiarazioni rilasciate dall'impresa e dai sindacati al raggiungimento dell'intesa. «Negli ultimi mesi abbiamo lavorato al fine di stabilire un dialogo positivo con le organizzazioni sindacali in linea con quanto suggerito dal Ministro del Lavoro. I protocolli siglati oggi rappresentano un'ulteriore prova del nostro impegno nell'instaurare un dialogo costruttivo e responsabile con i rappresentanti dei lavoratori sia a livello nazionale che di sito», riferisce una nota dell'azienda. E ancora: «Riteniamo che le relazioni improntate su queste basi possono favorire le nostre strategie di investimento nel Paese, dove abbiamo investito oltre 6 miliardi negli ultimi dieci anni creando 12.500 posti di lavoro a tempo indeterminato». Ricerca di un *dialogo positivo, costruttivo, responsabile*, da un lato, e relazioni che possono *favorire le nostre strategie di investimento*, dall'altro, sono le parole chiave che ci sembra rendano il senso dell'intesa per l'azienda: *intesa*, che – non va dimenticato – rappresenta una esplicita svolta, una *second best solution*, rispetto alla

---

<sup>(25)</sup> «Amazon, confronto a 360° col sindacato e riconoscimento delle relazioni industriali», titolava difatti il commento al Protocollo del Sole-24 Ore il 15 settembre 2021, sintetizzandone il carattere innovativo.

strategia privilegiata dalla multinazionale basata sul rapporto diretto con i dipendenti. Ci si può dunque attendere un forte interesse di Amazon a cercare di partire dal protocollo per ridelineare la propria strategia, così da evitare il ripetersi, se non l'*escalation*, di un conflitto che si è visto come potesse recare danni in termini economici, ma ancor più di immagine, all'azienda, in un periodo di forte espansione dei suoi ricavi e investimenti nel paese<sup>(26)</sup>.

«Per la prima volta Amazon accetta il confronto secondo le discipline contrattuali in vigore, riconosce la rappresentanza collettiva ed il ruolo del sindacato», si legge nel comunicato unitario di Filt Cgil, Fit Cisl e Uiltrasporti, in cui si sottolinea come il Protocollo sia il «primo importante e storico accordo, unico a livello mondiale, sul sistema delle relazioni industriali col colosso dell'e-commerce». E ancora: «L'intesa consente di avviare trattative su temi organizzativi come orari, turni, carichi di lavoro, su elementi normativi come il corretto riconoscimento dei livelli di inquadramento, sulle materie di salute, sicurezza e prevenzione sul lavoro, sulla formazione e sui temi economici. [...] Le trattative su questi temi saranno possibili anche a livello territoriale». In questo caso sono il raggiungimento del riconoscimento della rappresentanza collettiva e del ruolo del sindacato da parte dell'impresa, e la possibilità quindi di avviare trattative, a costituire i punti forti dell'intesa dal lato dei sindacati. Ci si può quindi attendere che le organizzazioni dei lavoratori cercheranno di sfruttare il nuovo assetto delle relazioni *entro il quadro delle discipline contrattuali in vigore*.

Sia da un lato sia dall'altro, non si tratta tuttavia di un assetto privo di criticità. Dal lato del sindacato la questione di fondo riguarda la capacità di riuscire a muoversi adeguatamente entro il quadro di confronto positivo e costruttivo delineato nel Protocollo. Potrebbe infatti rivelarsi nei fatti difficile il coordinamento efficiente intra e inter-organizzativo tra la molteplicità di soggetti con logiche talvolta diverse: più federazioni di categoria (dei trasporti e logistica, dei lavoratori con contratto atipico, ma anche del commercio), appartenenti alle tre confederazioni maggiori firmatarie dei contratti nazionali, in rappresentanza di lavoratori con interessi molto eterogenei. A ciò si aggiunge la questione dei Cobas, che non sono parte dell'intesa in quanto non firmatari dei contratti nazionali, ma la cui presa tra i lavoratori, specie nella logistica, è molto elevata. Per entrambi gli aspetti, ma soprattutto per il secondo, le organizzazioni di rappresentanza si potrebbero trovare a dover dirimere tensioni

---

<sup>(26)</sup> V. Franchi, *Amazon cede ai sindacati* cit.

e affrontare contestazioni e tendenze conflittuali non facilmente controllabili della base.

Dal lato dell'azienda il problema è quello di trovare il miglior punto di equilibrio tra la propria strategia di sviluppo unilaterale delle risorse umane e l'impegno a ricorrere a quel «valore in sé» che sono le relazioni industriali<sup>(27)</sup>, come vengono definite nel Protocollo, nella gestione di un sistema articolato e complesso, in espansione<sup>(28)</sup>, eterogeneo, di oltre 50 siti, di diverse dimensioni e con diverse caratteristiche operative, e quindi con diverse composizioni occupazionali e per cui si fa riferimento a più contratti e a diverse forme contrattuali.

Intanto, a ottobre, come da revisione periodica operata dall'impresa, viene ritoccata la retribuzione di ingresso dei dipendenti della rete logistica, che viene quindi a essere più alta dell'8 per cento rispetto agli standard del Contratto nazionale di riferimento. Mentre a novembre, in occasione del *Black Friday*, i sindacati proclamano nuovamente uno sciopero generale dei *driver* che effettuano le consegne per conto di Amazon Italia Transport, ma dipendenti dalle aziende associate ad Assoespressi, con cui era rimasta ancora aperta la trattativa conclusa con il Protocollo di settembre per i dipendenti della logistica. Di fronte alla minaccia dello sciopero, sotto la pressione del gruppo la trattativa viene rapidamente ripresa e raggiunta un'ipotesi di accordo su tutti i punti in discussione, valutata molto positivamente dai sindacati<sup>(29)</sup>, che revocano quindi lo sciopero. Si giunge così all'accordo nazionale di secondo livello per le imprese

---

<sup>(27)</sup> «Lavoriamo da sempre per essere l'azienda più orientata al cliente del mondo, ma non solo. Vogliamo anche essere il migliore datore di lavoro e il posto più sicuro in cui lavorare», dichiara Stefano Perego, Vicepresidente di Amazon EU Operations, in un comunicato stampa del 27 settembre 2021.

<sup>(28)</sup> Nel medesimo comunicato stampa aziendale, si sottolinea che nel 2021 sono entrati in attività i nuovi centri di distribuzione di Novara e di Civate al Piano (Bergamo) e di prossima apertura è il centro di smistamento di Spilamberto (Modena). Nel 2022 sarà aperto il primo centro di distribuzione in Abruzzo, in cui si prevede di creare 1.000 nuovi posti di lavoro a tempo indeterminato in tre anni.

<sup>(29)</sup> Nel comunicato stampa unitario in cui i sindacati revocano lo sciopero del 26 novembre, si sottolinea in particolare che nell'intesa viene definito il percorso per la verifica dei carichi e dei ritmi di lavoro, viene concordata una prima importante riduzione dell'orario di lavoro per i *driver*, viene garantita la loro continuità occupazionale con il mantenimento di diritti e tutele e gli aspetti economici in caso di cambio di appalto o contratto di trasporto, viene introdotto il premio di risultato in ogni realtà aziendale e incrementata l'indennità di trasferta, viene sancito il rispetto della normativa sulla privacy e una corretta gestione dei dati. Cfr. C. Casadei, Amazon, *Accordo con i corrieri: revocato lo sciopero del black Friday, Il Sole-24 ore*, 24 novembre 2021, [https://www.ilsole24ore.com/art/amazon-accordo-i-corrieri-revocato-sciopero-black-friday-AETeH5y?refresh\\_ce=1](https://www.ilsole24ore.com/art/amazon-accordo-i-corrieri-revocato-sciopero-black-friday-AETeH5y?refresh_ce=1)

che forniscono servizi di consegna per conto di Amazon associate ad Assoespressi e si chiude il cerchio della definizione di una normativa di riferimento per tutte le articolazioni del gruppo.

Per la cronaca, mentre scriviamo giunge notizia di importanti sviluppi riguardanti Amazon in Stati Uniti. Il direttore del *National Labor Relations Board* della regione di Atlanta ha infatti ordinato la ripetizione del voto per la sindacalizzazione del magazzino di Bessemer in Alabama, annullando la prima votazione in cui in primavera il Retail, Wholesale and Department Store Union era stato battuto, avendo rilevato pesanti interferenze nel voto da parte del gigante dell'*e-commerce*<sup>(30)</sup>. Ora spetta al sindacato organizzare una nuova campagna per la sindacalizzazione e non è per nulla certo che riesca ad avere maggior successo. Ma può forse essere il segno di un mutamento più in generale del clima in cui si è finora affermata la strategia di *union-avoidance* di Amazon<sup>(31)</sup>: segno da tenere in conto per comprendere le nuove possibili tendenze dei modi di regolare il lavoro in questa fase del capitalismo.

---

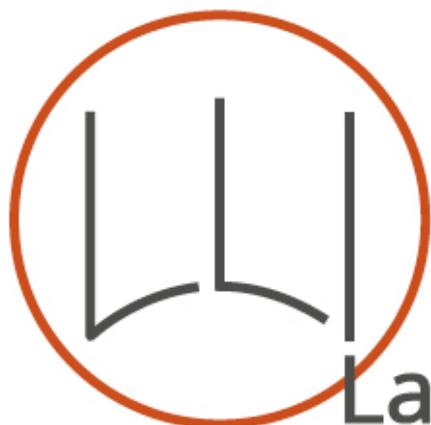
<sup>(30)</sup> La notizia è riportata da J. Greene, *Labor board Calls for Revote at Amazon Warehouse in Alabama in Major Victory for Union*, *The Washington Post*, 29 novembre 2021.

<sup>(31)</sup> Altro segnale di un possibile più generale mutamento del clima in cui si sono venute sviluppando le strategie di gestione delle risorse umane dei grandi colossi informatici è la notizia che un giudice del *National Labor Relations Board* ha di recente ordinato che Google produca «immediatamente» più di settanta documenti segreti riguardanti una campagna antisindacale, nota in codice come «Project Vivian», volta a impedire l'ingresso sindacale nell'azienda. Si veda: L. K. Gurley, *Judge Orders Google to Disclose Secret Anti-Union Documents*, *Portside*, 1° dicembre 2021, <https://portside.org/2021-12-01/judge-orders-google-disclose-secret-anti-union-documents>.

## Bibliografia

- Alimahomed-Wilson J. - Reese E. (a cura di), *The Cost of Free Shipping: Amazon in the Global Economy*, Pluto Press, 2020.
- Avvenire Economia, *Logistica. Il 22 marzo il primo sciopero di tutta la filiera Amazon*, in *Avvenire*, 22 marzo 2021, <https://www.avvenire.it/economia/pagine/sciopero-amazon-22-marzo-2021>.
- Boewe J. - Schulten J., *Amazon Strikes in Europe: Seven Years of Industrial Action, Challenges, and Strategies*, in J. Alimahomed-Wilson - E. Reese (a cura di), *The Cost of Free Shipping: Amazon in the Global Economy*, Pluto Press, 2020, 209-222.
- Casadei C., *Amazon, Accordo con i corrieri: revocato lo sciopero del black Friday*, in *Il Sole-24 ore*, 24 novembre 2021, [https://www.ilsole24ore.com/art/amazon-accordo-i-corrieri-revocato-sciopero-black-friday-AETeH5y?refresh\\_ce=1](https://www.ilsole24ore.com/art/amazon-accordo-i-corrieri-revocato-sciopero-black-friday-AETeH5y?refresh_ce=1)
- Cascio W.F., *The high Cost of Low Wages*, in *Harvard Business Review*, Dicembre 2006, 23.
- Chesta R. E., *18 novembre 2010, Amazon sbarca in Italia*, in *il Mulino*, 17 novembre 2021. <https://www.rivistailmulino.it/a/18-novembre-2010>.
- Corriere Economia, *Amazon in Italia: investiti 2,9 miliardi e creati 3 mila posti di lavoro nel 2021*, in *Corriere della Sera*, 19 novembre 2021, [https://www.corriere.it/economia/aziende/21\\_novembre\\_19/amazon-italia-investiti-29-miliardi-creati-3-mila-posti-lavoro](https://www.corriere.it/economia/aziende/21_novembre_19/amazon-italia-investiti-29-miliardi-creati-3-mila-posti-lavoro)
- Franchi M., *Amazon cede ai sindacati: sì a confronto e delegati*, in *il manifesto*, 16 settembre 2021
- Greene J., *Labor board Calls for Revote at Amazon Warehouse in Alabama in Major Victory for Union*, in *The Washington Post*, 29 novembre 2021.
- Gurley L. K., *Judge Orders Google to Disclose Secret Anti-Union Documents*, *Portside*, 1° dicembre 2021, <https://portside.org/2021-12-01/judge-orders-google-disclose-secret-anti-union-documents>.
- Heskett J., *What's Wrong With Amazon's Low-Retention HR Strategy?*, in *Harvard Business School*, 2 settembre 2015, <https://hbswk.hbs.edu/item/is-something-wrong-with-amazon-s-low-retention-hr-strategy>.
- Kim E. T., *Amazon Transformed Seattle. Now, Its Workers Are Poised to Take It Back*, in *New York Times*, 5 luglio 2021.
- Lorenzetto S., *Mariangela Marseglia, la manager che dieci anni fa portò Amazon in Italia*, in *Corriere della Sera*, 9 maggio 2021, [https://www.corriere.it/cronache/21\\_maggio\\_09/mariangela-marseglia-manager-che-10-anni-fa-porto-amazon-italia-non-avevo-neppure-ufficio-oggi-siamo-9500-04341436-b0f3-11eb-b689-c19275a09659.shtml#](https://www.corriere.it/cronache/21_maggio_09/mariangela-marseglia-manager-che-10-anni-fa-porto-amazon-italia-non-avevo-neppure-ufficio-oggi-siamo-9500-04341436-b0f3-11eb-b689-c19275a09659.shtml#)
- Noah T., *Biden's Support for Unionizing Amazon Is a BFD*, in *Portside*, 3 marzo 2021, <https://portside.org/2021-03-03/bidens-support-unionizing-amazon-bfd>.
- Nutarelli T., *De Rose, Amazon riconosca e rispetti il ruolo del sindacato*, in *Diario del lavoro*, 15 marzo 2021, <https://www.ildiariodellavoro.it/de-rose-amazon-riconosca-e-rispetti-il-ruolo-del-sindacato-ment-between-amazon-and-unions-halts-inhumane-work-hours-italy>.
- Olney P., *Strike Hard, Have Fun, Make History – Amazon general strike in Italy – March 22, 2021*, in *Portside*, 1 aprile 2021, <https://portside.org/2021-04-01/strike-hard-have-fun-make-history-amazon-general-strike-italy-march-22-2021>.
- Regalia I., *Al posto del conflitto. Le relazioni di lavoro nel terziario*, Il Mulino, 1990.

- Regalia I. - Regini M., *Collective bargaining and social pacts in Italy*, in H. Katz, W. Lee e J. Lee (a cura di), *The New Structure of Labor Relations*, Cornell UP, 2004, 59.
- Regalia I. - Regini M., *Trade Unions and Employment Relations in Italy during the Economic Crisis*, in *South European Society and Politics*, 2018, 23, 1, 63.
- Thompson V. M., *Amazon Workers in Canada Are Getting Organized*, in *Portside*, 3 ottobre 2021, <https://portside.org/2021-10-03/amazon-workers-canada-are-getting-organized>.
- Uniglobal Union, *First-ever agreement between Amazon and unions halts inhumane work hours in Italy*, <https://www.uniglobalunion.org/fr/node/39287>.
- Zuboff S., *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, 2019.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

## **I Protocolli Amazon e la “moderna” concertazione sociale**

**GIULIO CENTAMORE**  
Università di Bologna

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695





# I Protocolli Amazon e la “moderna” concertazione sociale

**GIULIO CENTAMORE**

Università di Bologna

Ricercatore di Diritto del Lavoro

giulio.centamore2@unibo.it

---

## ABSTRACT

---

The article deals with the collective agreement of the 15<sup>th</sup> of September 2021, signed by Amazon Logistica Italia and Amazon Transport Italia with the Italian trade unions Filt-Cgil, Fit-Cisl, Uiltrasporti (transport sector) and Nidil-Cgil, Felsa-Cisl, Uiltemp (temporary and precarious employment sector). The collective agreement was signed in Rome in the presence of the Minister of labour, whose role was key to its very closing. The public authority is not part of the agreement, and, hence, the latter cannot be considered a “tripartite” agreement. However, the article takes into consideration the possibility that the intervention of the Minister of labour in the industrial relations may be regarded as a “new” form of (tripartite) social dialogue.

**Keywords:** Amazon; logistics; collective bargaining; tripartite social dialogue; Minister of labour.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14081>

---

## I Protocolli Amazon e la “moderna” concertazione sociale

SOMMARIO: 1. Le relazioni industriali sono un “valore in sé” per il colosso di Seattle! – 2. La concertazione sociale nell’esperienza italiana: cenni. – 3. I Protocolli Amazon e l’intervento del Ministero del Lavoro nelle relazioni industriali: una nuova tendenza?

### 1. Le relazioni industriali sono un “valore in sé” per il colosso di Seattle!

La firma, da parte di Amazon Italia, di un accordo sindacale nel quale non soltanto le relazioni industriali sono definite un «valore in sé», ma si prefigura addirittura un confronto periodico tra le parti su temi chiave per lo sviluppo del settore e per l’organizzazione del lavoro, ha fatto letteralmente il giro del mondo, rimbalzando, tramite [giornali](#) e [agenzie di stampa](#), dagli [ambienti sindacali](#) a quelli della [finanza globale](#), solo per dare un’idea<sup>(1)</sup>. La cosa non poteva davvero passare inosservata, considerata la reputazione fieramente *anti-union* del colosso di Seattle<sup>(2)</sup>. Si pensi alla recente vicenda del tentativo di sindacalizzazione degli addetti di un magazzino in Alabama<sup>(3)</sup>, che l’azienda ha ostacolato (con successo) in ogni modo, anche mettendo in atto pratiche particolarmente aggressive, come l’organizzazione di *meeting* a partecipazione

---

<sup>(1)</sup> Vi è, tuttavia, chi ha osservato che la notizia dell’accordo “non ha [comunque] avuto lo spazio che avrebbe meritato sui media stranieri” (F. Nespoli, *Protocollo Amazon, fu vera storia?*, *BA*, 20 settembre 2021, n. 32).

<sup>(2)</sup> Ne ha trattato di recente il [New York Times](#), ma i riferimenti sono moltissimi anche nella letteratura specialistica di diritto del lavoro e di relazioni industriali: D. Morini [Filt-Cgil], *Innovare le strategie per rappresentare i lavoratori di Amazon*, in *Logistica e lavoro*, a cura di A. Allamprese - O. Bonardi, Ediesse, 2018, 148, afferma che Amazon “[n]on è né contro, né con i sindacati. La questione della presenza del sindacato, riformista o puro e semplice che sia, è semplicemente negata!”.

<sup>(3)</sup> In base alla legge americana, la possibilità per il sindacato di strutturarsi nei luoghi di lavoro, anche allo scopo di stipulare contratti collettivi, dipende dal riconoscimento, per via elettorale, di quella *bargaining unit* da parte dello staff (per un resoconto recente delle principali questioni, cfr. Si. Bologna, *La contrattazione collettiva negli Stati Uniti dal Wagner Act ai nostri giorni*, *RIDL*, 2016, I, 428 ss.): ma, come da tempo è noto (cfr. L. Mariucci, *Uno sguardo alle relazioni industriali negli USA*, *LD*, 1987, 80-81), tali meccanismi consentono ai datori di lavoro di ostacolare e ritardare in molti modi la consultazione elettorale, finendo per condizionarne gli esiti.

obbligatoria nei quali si incitava lo staff a non aderire al sindacato, l'affissione di manifesti antisindacali in spazi privati (come i bagni) ed altro ancora<sup>(4)</sup>.

Naturalmente, i Protocolli Amazon-sindacati del 15 settembre 2021 non nascono dal nulla. Essi sono l'esito di anni di attività e di lotte sindacali, in Amazon e, più in generale, nel tormentato<sup>(5)</sup> settore della logistica<sup>(6)</sup>, per iniziativa dei sindacati confederali e, soprattutto, dei più combattivi sindacati autonomi, come il SI Cobas o l'ADL Cobas. Scioperi<sup>(7)</sup>, *sit-in*, cortei e blocchi stradali<sup>(8)</sup>, rivolte dei facchini<sup>(9)</sup>, ma anche esperienze negoziali innovative<sup>(10)</sup>, sono pane quotidiano per un settore in costante crescita e divenuto nevralgico nell'economia globale di mercato<sup>(11)</sup>. Ancor più durante la pandemia, ponendosi in modo pressante il problema di far circolare le merci mentre la gran parte della popolazione era in lockdown (o in quarantena) e, perciò, fortemente scoraggiata a muoversi. Ma se, da una parte, l'esplosione della pandemia ha sottolineato l'importanza del settore ed *in primis* di un colosso come Amazon, essa ha altresì rappresentato, per la forza lavoro, una spinta inattesa alla coalizione sindacale. Anche approfittando di aver acquisito una certa visibilità mediatica, infatti, le azioni collettive – la più nota delle quali è rappresentata dallo sciopero nazionale

---

(4) Per un resoconto (e qualche aggiornamento) può rimandarsi ad un breve articolo della [Reuters](#). Per il contesto europeo, in particolare con un interessante confronto tra Germania e Italia, cfr. B. Cattero - M. D'Onofrio, *Orfani delle istituzioni. Lavoratori, sindacati e le «fabbriche terziarie digitalizzate» di Amazon*, *QRS*, 2018, 7 ss.

(5) Tormentato, a causa delle dure condizioni di svolgimento della prestazione cui è sottoposta, in tale settore, la forza lavoro, specie per gli addetti di origine extraeuropea (cfr. A. Lassandari, *La contrattazione collettiva nella logistica*, in *Logistica e lavoro*, a cura di A. Allamprese - O. Bonardi, cit., 56) e, ancor più, per i richiedenti asilo, come ha dimostrato la tragica vicenda della morte di un addetto in somministrazione al suo terzo giorno di lavoro all'interporto di Bologna (cfr. G. Grappi, *Per Yaya Yafa: logistica, migranti e i limiti del sindacato*, [reperibile online](#)).

(6) Cfr. Se. Bologna - S. Curi, *Relazioni industriali e servizi di logistica: uno studio preliminare*, *DLRI*, 2019, 1, 125 ss.; L. Cini - B. Goldmann, *Dal Controllo alla mobilitazione. Le lotte dei ciclotattorini e dei facchini della logistica in Italia*, *LLI*, 2020, 1, 2 ss.

(7) P. Campanella, *Logistica in lotta: primi sguardi*, *RGL*, 2020, I, 475 ss.

(8) C. Carta, *Azione collettiva e circolazione stradale: contributo allo studio dei diritti sociali fondamentali in Europa*, *RGL*, 2020, I, 519 ss.

(9) O. Bonardi, *Tra Governance delle global value chains e frammentazione del tessuto produttivo nazionale: quale regolazione per il lavoro nel settore della logistica?*, in *Logistica e lavoro*, a cura di A. Allamprese - O. Bonardi, cit., 36.

(10) Si pensi all'accordo collettivo “sperimentale” sulla distribuzione dei carichi di lavoro concluso nel 2018 per il sito produttivo Amazon di Castel San Giovanni, Piacenza (D. Morini, *Innovare le strategie per rappresentare i lavoratori di Amazon*, cit., 154): anche in quell'occasione la conclusione di un accordo collettivo da parte di Amazon Italia aveva avuto una discreta risonanza internazionale, ad esempio da parte della confederazione sindacale europea [ETUC](#).

(11) G. Grappi, *La governance delle catene del valore e le sfide per l'organizzazione dei lavoratori: una prospettiva globale*, *RGL*, 2020, I, 368 ss.

“di filiera” Amazon del 22 marzo 2021<sup>(12)</sup> – hanno indotto il datore di lavoro ad adottare più serie misure anticontagio nei magazzini<sup>(13)</sup>, a concedere riconoscimenti economici che da anni erano oggetto di trattativa e persino a sedersi a un tavolo negoziale di alto profilo, come quello che ha portato, dopo l'estate, alla stipulazione dei Protocolli Amazon-sindacati.

Eppure, in questa come in altre vicende delle relazioni industriali, ad essere significativo non è soltanto il fatto in sé della stipulazione di un accordo, o persino il contenuto del medesimo – cioè gli impegni reciproci assunti dalle parti – ma anche il contesto o persino la sede in cui l'accordo viene concluso. I due<sup>(14)</sup> Protocolli Amazon si aprono con la seguente affermazione: «[i]l giorno 15 settembre 2021, presso la sede del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, alla presenza del Ministro del Lavoro [...], on. Andrea Orlando, che ha promosso il tavolo di confronto [...]; mentre, al punto 1 dei Protocolli, le parti firmatarie, concordando «sull'opportunità di adottare un metodo partecipativo connotato da sistematicità di analisi, confronto e verifica dei temi di comune interesse», precisano di farlo «anche alla luce delle indicazioni ricevute dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali in data 15 aprile 2021, relative alle direttrici del confronto bilaterale da intraprendere in materia di applicazione della normativa nazionale sul lavoro ed in coerenza col Capitolo I del CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizione [...]».

In breve, benché il Ministero del Lavoro non figuri tra i firmatari dei due Protocolli – che non potranno, perciò, essere definiti trilaterali – è evidente che le parti, nelle settimane successive allo sciopero nazionale del 22 marzo e in una situazione caratterizzata da una recrudescenza della pandemia (cd. terza ondata),

---

<sup>(12)</sup> Lo sciopero del 22 marzo 2021 ha coinvolto diverse migliaia di lavoratori lungo tutta la catena delle attività produttive di Amazon Italia, dalla movimentazione delle merci nei magazzini fino al cd. “ultimo miglio”. Si è trattato perciò di un'azione sindacale particolarmente innovativa ed efficace, che ha cercato, per così dire, di “ricomporre”, sul piano dell'azione diretta di sciopero, quell'interesse collettivo che l'organizzazione del lavoro in Amazon ha precisamente l'effetto di frammentare e dissolvere (si allude specialmente all'uso imponente e con elevato *turnover* del lavoro in somministrazione ed al ricorso agli appalti); non stupisce, perciò, che dello sciopero organizzato dai sindacati italiani si sia parlato persino negli Stati Uniti, ad esempio da parte della rivista [Jacobin](#). Più in generale, sul tema del conflitto in Amazon in una prospettiva sovranazionale, cfr. Transnational Social Strike Platform, *Strike the giant: Transnational Organisation Against Amazon*, Fall 2019 Journal (liberamente [scaricabile online](#)).

<sup>(13)</sup> Si ricorderà che in Francia, a causa della mancata adozione da parte di Amazon di misure anticontagio nei propri magazzini, era intervenuta nei primi mesi del 2020 persino la magistratura, ordinando la chiusura straordinaria di alcuni siti produttivi (cfr. A. Allamprese - O. Bonardi, *Salute e sicurezza del lavoro nella logistica*, RGL, 2020, I, 437-438, spec. nota 41).

<sup>(14)</sup> I Protocolli, dal contenuto analogo, sono firmati da Amazon Logistica Italia S.r.l. (Hub più grandi) e da Amazon Transport Italia S.r.l. (Siti più piccoli).

siano state sollecitate ad aprire un tavolo di confronto a livello istituzionale e, sulla base delle «indicazioni» ricevute dal Ministro, persino a concludere un accordo. È significativo, a tale proposito, che in un Comunicato stampa ministeriale del 15 settembre 2021 si affermi che l’incontro tra Amazon e sindacati è stato «presieduto» dal Ministro del Lavoro e che la firma del Protocollo «completa il percorso avviato lo scorso aprile su impulso del Ministro del Lavoro[,] che aveva fornito alle parti una serie di indicazioni per il confronto bilaterale [...]»<sup>(15)</sup>. Anche dal fronte sindacale, il segretario generale della Fit-Cisl ha affermato, in un’intervista, che uno dei fattori chiave per la conclusione dell’accordo è stato «l’interessamento» del Ministro del Lavoro, che «ha impegnato le parti a trovare, nel giro di pochi mesi, un accordo», consentendo «di sbloccare la trattativa»<sup>(16)</sup>. Il giorno dell’accordo, la Presidente della Commissione lavoro della Camera dei deputati (on. Mura) ha sottolineato come esso sia il risultato del «metodo della moderna concertazione»<sup>(17)</sup>.

Ma in cosa consisterebbe esattamente tale “moderna” concertazione? Ne dobbiamo forse dedurre l’esistenza di un modello (o metodo) ormai superato – per non dire *antico* – di concertazione e di uno che invece si viene affermando nella prassi delle relazioni industriali?

Invero, dato che «al ricercatore conviene mantenersi rigorosamente fedele al canone metodologico che impone di descrivere le *cose* prima ancora di dare ad esse un *nome*»<sup>(18)</sup>, per provare a dare una risposta a tali quesiti converrà, in primo luogo, mettere a fuoco il concetto stesso di concertazione, anche attraverso qualche esempio tratto da vicende recenti e meno recenti (*infra*, § 2); e, successivamente, concentrarsi sui contenuti dei Protocolli Amazon e interrogarsi sul tipo di intervento che il Ministero del Lavoro sta mettendo in atto in questi anni nelle relazioni industriali, per verificare se ne stia effettivamente emergendo un nuovo modello (o metodo) di concertazione (*infra*, § 3).

---

<sup>(15)</sup> Il documento citato nel testo è reperibile alla [pagina web](#) del Governo italiano dedicata ai comunicati stampa dei Ministeri. Alla conclusione dell’accordo è dato inoltre risalto, nello stesso giorno, sia sull’account Twitter istituzionale del Ministero del lavoro (<https://twitter.com/MinLavoro>) sia su quello personale del Ministro stesso (<https://twitter.com/AndreaOrlandosp>).

<sup>(16)</sup> F. Nespole, *Protocollo Amazon, un metodo partecipativo per più elevati standard di qualità. A colloquio con Salvatore Pellecchia (Segretario Generale Fit-Cisl)*, BA, 27 settembre 2021, n. 33.

<sup>(17)</sup> La dichiarazione è reperibile online sul [sito internet personale](#) dell’on. Mura.

<sup>(18)</sup> Così, A. Viscomi, *Prassi di concertazione territoriale: spunti per una riflessione critica*, LD, 2004, 2, 336.

## 2. La concertazione sociale nell’esperienza italiana: cenni

Di concertazione sociale si è tornato molto a parlare negli ultimi due anni, a proposito dei cd. protocolli anticontagio, che sono stati stipulati, tra le parti sociali, allo scopo di individuare le misure da adottare per proseguire le attività produttive in (relativa) sicurezza, limitando le occasioni di trasmissione del virus tra i lavoratori e con il pubblico<sup>(19)</sup>. Tali protocolli sono stati stipulati, su iniziativa della Presidenza del Consiglio, in attuazione di quanto previsto dall’art. 1, n. 9), d.p.c.m. 11 marzo 2020 (uno dei primi provvedimenti collegati all’emergenza epidemiologica), giusta il quale «si favori[va]no, limitatamente alle attività produttive, intese tra organizzazioni datoriali e sindacali». Al fine di garantirne l’efficacia generalizzata, in un’ottica di tutela della salute pubblica, le misure anticontagio stabilite dalle parti sociali mediante i protocolli sono state integrate nel sistema delle fonti statuali<sup>(20)</sup>, cosa che ha spinto un’autorevole dottrina a inquadrarle nel concetto di “diritto riflessivo”<sup>(21)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Cfr. V. Ferrante, *Le fonti e il dialogo sociale*, *Labor*, 2020, 4, 403 ss.

<sup>(20)</sup> L’art. 1, c. 3, d.p.c.m. 22 marzo 2020 stabilisce che «[l]e imprese le cui attività non sono sospese rispettano i contenuti del protocollo condiviso [...] sottoscritto il 14 marzo 2020 [...]»; il d.p.c.m. del 26 aprile 2020 (art. 2, c. 6), oltre a fare riferimento al protocollo di aggiornamento del 24 aprile 2020, ed a quelli stipulati per i cantieri (24 aprile 2020) e per trasporto e logistica (20 marzo 2020), stabilisce che: «[l]a mancata attuazione dei protocolli che non assicurino adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell’attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza». Ed è significativo che i protocolli stessi siano allegati al testo del d.p.c.m., divenendo, così, materialmente parte del provvedimento. L’obbligatorietà delle misure previste dai Protocolli «[s]ull’intero territorio nazionale [per] tutte le attività produttive industriali e commerciali» (con una serie di eccezioni previste dall’art. 1) è stabilita dal d.p.c.m. 17 maggio 2020 (art. 2) e da quelli emanati successivamente, ma la norma che più ha fatto discutere è l’art. 29-*bis*, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, inserito mediante l. di conversione 5 giugno 2020, n. 40, ai sensi del quale «[a]i fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all’obbligo di cui all’articolo 2087 del codice civile mediante l’applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso [...]».

<sup>(21)</sup> A. Perulli, «*Diritto riflessivo*» e *autonomia collettiva al tempo di Covid-19*, *RIDL*, 2020, 2, I, 299 ss. La teorica del diritto riflessivo è stata particolarmente influente e diffusa nel diritto del lavoro italiano negli anni ’80 e ’90 del secolo scorso, cioè, proprio negli anni “d’oro” della concertazione sociale: ne fu data una celebre definizione da Luigi Mengoni, (Id., *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, *RI*, 1988, 11, 13 ss.), nei termini di una «legislazione neoistituzionale», un «nuovo tipo di self-restraint del diritto dello stato, cioè un tipo di intervento non più diretto, ma indiretto, indirizzato non a regolare con norme rigide e particolareggiate di comportamento i rapporti socio-economici, ma piuttosto a predisporre le nervature istituzionali di processi di autoregolazione sociale, a definire, correggere e ridefinire, quando occorra, istituzioni sociali funzionanti come sistemi autoregolatori». Sul tema cfr. A. Lo Faro, *Teorie autopoietiche e diritto sindacale*, *LD*, 1993, 129 ss.

Per affrontare una delle più gravi crisi sociali ed economiche del dopoguerra<sup>(22)</sup>, il Governo<sup>(23)</sup> ha dunque riaperto il tavolo – ormai “polveroso”, dopo anni di disintermediazione<sup>(24)</sup> – della concertazione con le principali organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro. Del resto, nell’esperienza italiana<sup>(25)</sup>, la concertazione è stata per lo più orientata proprio a rafforzare la coesione sociale attorno a scelte particolarmente difficili da prendere (e, invero, da “digerire”), in momenti di crisi economica, come nei primi anni ’80 con i provvedimenti sul costo del lavoro<sup>(26)</sup>, o persino politico-istituzionale, come nel ‘92-‘93, quando era a rischio il raggiungimento dei parametri di Maastricht e il sistema partitico della I repubblica stava crollando<sup>(27)</sup>.

Tuttavia, sarebbe riduttivo circoscrivere la concertazione sociale ad un coinvolgimento temporaneo delle parti sociali nella gestione delle fasi più critiche della vita del Paese<sup>(28)</sup>. Trascurando il riferimento ad alcune vicende specifiche – per quanto significative – dell’esperienza italiana, è possibile definire la concertazione, in termini più generali, come un’«interazione tra Governo [o altro attore pubblico, anche di livello locale], datori di lavoro e lavoratori (attraverso i loro rappresentanti), come partner posti su un piano di eguaglianza e indipendenza, volta a cercare soluzioni a problemi di interesse comune»<sup>(29)</sup>. Problemi che potrebbero riguardare il costo del lavoro e la struttura della

---

<sup>(22)</sup> Come sottolinea tra gli altri M. Pedrazzoli, *Crisi economica da pandemia e costituzione economia e del lavoro: il caso dell’art. 46 Cost., Labor*, 2020, 4, 492.

<sup>(23)</sup> Durante la pandemia, il Governo italiano non è stato il solo a coinvolgere le parti sociali nella definizione delle regole per lo svolgimento delle attività produttive, come si sottolinea in una *Note d’orientation* dell’OIL del 20 maggio 2020 (*Le rôle central du dialogue social pour faire face à la crise du COVID-19*, [reperibile online](#) dal sito internet dell’organizzazione). Per un quadro delle misure adottate dai principali Paesi europei v. il numero 3 del 2020 di *European Labour Law Journal*.

<sup>(24)</sup> Sul tema cfr. B. Caruso, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, *ADL*, 2017, 3, 555 ss.

<sup>(25)</sup> Cfr. E. Ghera, *La pratica della concertazione in Italia*, *QC*, 1999, 3, 501 ss.

<sup>(26)</sup> A. Cessari, *Pluralismo neocorporativismo neocontrattualismo*, *RIDL*, 1983, I, spec. 174, 184-185, 193.

<sup>(27)</sup> M. D’Antona, *Il Protocollo sul costo del lavoro e l’«autunno freddo» dell’occupazione*, *RIDL*, 1993, I, spec. 411-412, 415.

<sup>(28)</sup> Per una rassegna, sia pure non esaustiva, di dottrina sul tema sia consentito il rinvio a G. Centamore - R. Romei, *Una nuova stagione per la concertazione?*, liberamente scaricabile dal sito di [labour law community](#).

<sup>(29)</sup> Tale definizione (trad. mia) è fornita dal «Dizionario» (Thesaurus) dell’Ufficio internazionale del lavoro (BIT) dell’OIL, che è liberamente [consultabile online](#).

contrattazione collettiva<sup>(30)</sup>, le pensioni e il welfare<sup>(31)</sup>, il lavoro pubblico<sup>(32)</sup>, la transizione ecologica<sup>(33)</sup>, i *riders* del *food delivery*<sup>(34)</sup> e così via. Il dialogo sociale tripartito – per riprendere l’espressione utilizzata in sede OIL – può svolgersi in forme e con procedure che possono essere dotate di stabilità<sup>(35)</sup>, oppure decise dalle parti in modo episodico<sup>(36)</sup>, ma che, quando attuate «al più alto livello», possono «contribuire alla formulazione e all’adozione delle politiche sociali o economiche o del lavoro, ed applicarsi ad ogni processo decisionale che abbia incidenza sulle attività o sugli interessi di datori di lavoro e lavoratori»<sup>(37)</sup>. In breve: una compenetrazione tra apparato statale e grandi organizzazioni di interessi, che, laddove è stata sperimentata<sup>(38)</sup>, ha influenzato profondamente i meccanismi di funzionamento della democrazia rappresentativa, «condizionando[ne] e conformando[ne] processi decisionali e strutture organizzative»<sup>(39)</sup>.

In dottrina si è, altresì, sottolineato che l’attore pubblico vi ricorre poiché «non controlla tutte le variabili [...] che condizionano il raggiungimento degli obiettivi che si prefigge» e che «[s]olo il negoziato gli consente di acquisire il consenso preventivo dei soggetti rappresentativi degli interessi coinvolti nelle politiche economiche e la loro collaborazione all’attuazione delle stesse, che è un modo di garantire anche l’efficacia delle misure e delle iniziative da

---

<sup>(30)</sup> Come nel caso del Protocollo Ciampi-Giugni del 23 luglio 1993.

<sup>(31)</sup> Si pensi al Protocollo sul welfare del 23 luglio 2007.

<sup>(32)</sup> V. il Patto per l’innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale del 10 marzo 2021, che è stato uno dei primi atti del Governo Draghi.

<sup>(33)</sup> Un esempio è rappresentato dal Patto per il lavoro e per il clima del 14 dicembre 2020 dell’Emilia-Romagna.

<sup>(34)</sup> La Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano del Comune di Bologna del 31 maggio 2018.

<sup>(35)</sup> È il caso, ad esempio, dell’ordinamento francese, nel quale gli artt. L1 ss. del *Code du travail* prevedono, ogni volta che il Governo intenda modificare le discipline del rapporto di lavoro, delle relazioni sindacali o della previdenza sociale, una procedura di coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e datoriali rappresentative a livello nazionale e interconfederale, la cui obbligatorietà viene meno soltanto ove sia necessario intervenire con urgenza.

<sup>(36)</sup> Come avviene nell’esperienza italiana.

<sup>(37)</sup> Traggio (trad. mia) dalla definizione di dialogo sociale tripartito fornita dal BIT, *Rapport VI Dialogue sociale et tripartisme, Bureau International du Travail*, Genève, 2018, 3.

<sup>(38)</sup> Prevalentemente in Europa occidentale e settentrionale, ma v. ad es. L. Baccaro, *Political economy della concertazione sociale*, *SM*, 2007, 1, 47 ss., per un quadro più ampio, che, come caso di studio, include anche l’esperienza della Corea del sud e del Sudafrica; uno dei più noti e influenti studi comparativi sul tema rimane P.C. Schmitter, *Still the Century of Corporatism?*, *RP*, 1974, 36, 1, 85 ss.

<sup>(39)</sup> Così, P.A. Capotosti, *Concertazione e riforma dello Stato sociale nelle democrazie pluraliste*, *QC*, 1999, 3, 484.

realizzare»<sup>(40)</sup>. D’altro canto, in assenza di obblighi di legge che impongano il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e datoriali nei processi di elaborazione dei provvedimenti in materia di lavoro (come nel caso italiano), è pur vero che l’attore pubblico può sempre decidere di fare a meno del «consenso preventivo» e della «collaborazione» delle parti sociali «all’attuazione» di tali misure: le fortune – difatti, alterne<sup>(41)</sup> – della concertazione dipendono, cioè, dalla stabilità del quadro politico e delle relazioni industriali, come dimostra il mutamento di indirizzo maturato, nel Governo italiano, dopo la vittoria elettorale del centrodestra nel 2001, sulla base delle tesi espresse nel *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia* dello stesso anno (spec. Parte II, punto I.2 e I.2.1.)<sup>(42)</sup>.

Chiusa la stagione dei grandi patti di concertazione degli anni ’90, il confronto tra attore pubblico e parti sociali ha portato, comunque, in più d’una occasione, alla conclusione di accordi “trilaterali”<sup>(43)</sup>, di livello nazionale o locale<sup>(44)</sup>; se oggi, dopo i protocolli anticontagio del 2020 e del 2021 e sotto l’egida dei piani straordinari di ricostruzione post-pandemica, si sta aprendo una nuova fase di concertazione sociale, è difficile a dirsi, *time will tell*<sup>(45)</sup>: quel che dobbiamo chiederci è se l’intervento del Ministero del Lavoro nelle relazioni tra Amazon Italia e organizzazioni sindacali, che ha portato nell’estate del 2021 alla stipulazione dei Protocolli, possa considerarsi espressione di concertazione sociale, sia pure in una forma “rivisitata” rispetto al passato o, riprendendo le parole della Presidente della Commissione lavoro, più “moderna”.

---

<sup>(40)</sup> L. Bellardi, *Dalla concertazione al dialogo sociale: scelte politiche e nuove regole*, LD, 2004, 1, 185. Sul tema cfr. M. Regini, *Che cosa induce gli attori collettivi ad accordarsi su soluzioni “second-best”? Interessi, istituzioni, processi cognitivi, azioni simboliche*, SL, 2005, 4, 253 ss.

<sup>(41)</sup> M. Carrieri, *L’altalena della concertazione*, Donzelli, 2008.

<sup>(42)</sup> Cfr. A. Perulli, *Modelli di concertazione in Italia: dallo «scambio politico» al «dialogo sociale»*, RGL, 2004, 1, I, 21 ss.

<sup>(43)</sup> In qualche caso gli accordi di concertazione potrebbero persino essere definiti “multilaterali”. Si prenda ad esempio il già citato Patto per il lavoro e per il clima dell’Emilia Romagna del 2020, che è stato firmato, oltre che dai principali attori istituzionali della Regione e dalle Università, anche da Legambiente Emilia Romagna (per un commento all’accordo cfr. E. Verdolini, *Le Regioni fra governo dell’economia e dell’occupazione: concertazione sociale e risorse europee nei «Patti per il lavoro» dell’Emilia-Romagna*, IF, 2021, 1, 245 ss.).

<sup>(44)</sup> Gli accordi tra Governo e parti sociali conclusi dal 1981 a oggi sono disponibili sul sito dell’Archivio contratti del Cnel, alla voce “[Accordi Governo parti sociali](#)”. È più difficile, invece, individuare gli accordi conclusi a livello locale e reperirne i testi, dovendosi più che altro rifare, per averne notizia, agli studi di relazioni industriali o di diritto sindacale che li menzionano, per poi cercare di reperirli sui siti istituzionali degli enti locali (cfr., ad esempio, per qualche riferimento dottrinale ed agli stessi accordi, G. Centamore, R. Romei, *Una nuova stagione per la concertazione?*, cit.).

<sup>(45)</sup> Sul tema di recente G. Pellacani, *Il sindacato nella prospettiva pluriordinamentale oggi*, in AA.VV., *Libertà e attività sindacale dopo i cinquant’anni dello Statuto dei lavoratori*, *Atti delle Giornate di studio di Diritto del lavoro Pisa - Lucca, 5 - 6 maggio 2021*, La Tribuna, 2021, 99 ss., spec. 149 ss.

### 3. I Protocolli Amazon e l'intervento del Ministero del lavoro nelle relazioni industriali: una nuova tendenza?

Nonostante la loro rubrica («per la definizione di un sistema condiviso di relazioni industriali»), gli accordi firmati al Ministero del Lavoro da Amazon Italia, più che un vero e proprio *sistema* (articolato su più livelli, scandito da tempistiche negoziali, governato da strutture sindacali interne ed esterne ai siti produttivi, etc.), delineano una sorta di *approccio*, che le parti affermano di condividere e di voler adottare, per quanto attiene alle relazioni sindacali ed all'organizzazione del lavoro. Le questioni più controverse (riconoscimento di un livello aziendale di contrattazione collettiva, turn-over degli addetti in somministrazione, straordinari, turni notturni e domenicali) sono, per così dire, soltanto evocate dalle parti, che si impegnano ad affrontarle con «metodo partecipativo connotato da sistematicità di analisi, confronto e verifica»<sup>(46)</sup>.

Ad esempio: i protocolli non introducono trattative per la stipulazione di un accordo aziendale integrativo del Ccnl Logistica<sup>(47)</sup>, ma affermano che «le relazioni industriali si declineranno a livello nazionale, regionale e aziendale, con un sistema di informazione, di consultazione, di verifica, *nonché di contrattazione*» (corsivo mio); ed ancora: le parti firmatarie perseguono «iniziative al fine di [...] monitorare gli andamenti occupazionali, con l'obiettivo di favorire [...] percorsi di crescita e continuità occupazionale», ed attiveranno a livello aziendale «momenti di confronto sull'utilizzo di forme di rapporto di lavoro atipiche», ma non impegnano l'azienda a ridurre il turnover del personale né la percentuale di

---

<sup>(46)</sup> In uno dei primi commenti apparsi online, O. La Tegola, *Amazon e sindacati: un punto di svolta*, pubblicato il 21 settembre sul blog di [Open corporation](#), chiedendosi «che succede se Amazon non rispetta uno degli impegni assunti nel Protocollo sulle relazioni industriali?», non può che risponderci: «[i]n buona sostanza nulla[.] da un punto di vista squisitamente giuridico non c'è molto che la controparte possa fare».

<sup>(47)</sup> Il Ccnl Logistica, Trasporto Merci e Spedizioni è quello applicato da Amazon Italia nella gran parte dei propri siti produttivi (per l'eccezione dell'Hub di Piacenza, v. *infra* nel testo). A quanto pare (cfr. F. Nespole, *Protocollo Amazon, un metodo partecipativo per più elevati standard di qualità. A colloquio con Salvatore Pellecchia*, cit., 3), era stata proprio la rottura delle trattative per la stipulazione di un accordo collettivo aziendale a portare allo sciopero nazionale di filiera Amazon del 22 marzo 2021.

addetti utilizzati in somministrazione, che, a quanto consta<sup>(48)</sup>, rappresentano circa la metà della forza lavoro impiegata nelle attività di facchinaggio<sup>(49)</sup>.

Ciò non vuol dire che il protocollo non possa dare i suoi frutti, come sembra sia avvenuto, sul piano economico, con il riconoscimento, a due settimane dalla conclusione dell'accordo, di un aumento salariale rivolto a tutti gli addetti, sia dipendenti di Amazon sia utilizzati in somministrazione<sup>(50)</sup>: in linea, del resto, con l'obbligo di parità di trattamento sancito dall'art. 35, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, ma dato che in questo settore non ci si può più stupire di nulla, pare che anche l'ovvio debba essere precisato. Inoltre, l'accordo sindacale dovrebbe portare Amazon ad applicare, in tutti i siti produttivi italiani, il Ccnl del settore Logistica, Trasporto Merci e Spedizione<sup>(51)</sup>; tale Ccnl, oltre ad essere invero più confacente alle attività aziendali<sup>(52)</sup> rispetto al Ccnl Commercio – che è applicato nell'hub di Piacenza sin dal primo insediamento di Amazon in Italia<sup>(53)</sup> –, comporterebbe, a quanto consta, alcuni benefici per i facchini, specie per quanto attiene al lavoro nel fine settimana.

In breve, non si andrebbe troppo lontano dal vero osservando che, con buona probabilità, l'impatto dei Protocolli del 15 settembre 2021 sulle

---

<sup>(48)</sup> Lo afferma il segretario generale della Fit-Cisl nell'intervista citata *retro*; v. anche il [comunicato stampa](#) delle segreterie nazionali delle organizzazioni Felsa-Cisl, Nidil-Cgil e Uiltemp dopo la stipulazione dei Protocolli.

<sup>(49)</sup> Si tenga presente che, per quanto attiene ai problemi derivanti dall'elevato utilizzo della somministrazione di lavoro da parte di Amazon Italia, tra i quali il turnover esasperato nella manodopera inviata in missione ed il pieno riconoscimento del diritto alla parità di trattamento, le organizzazioni sindacali cercano, comprensibilmente, l'interlocuzione non soltanto dell'azienda cd. utilizzatrice (Amazon), ma delle stesse Agenzie per il lavoro autorizzate a svolgere attività di somministrazione, il cui ruolo «dovrà modificarsi», secondo Felsa-Cisl, Nidil-Cgil e Uiltemp (v. il comunicato stampa citato alla nota prec.).

<sup>(50)</sup> Ne dava notizia il 27 settembre 2021 il sito internet del [Diario del lavoro](#), citando un verbale d'incontro stipulato tra Confrasperto, in rappresentanza di Amazon, e Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uiltrasporti.

<sup>(51)</sup> Le disposizioni dei Protocolli relative all'applicazione del Ccnl Logistica, Trasporto Merci e Spedizione sembrano, a chi scrive, le uniche ad essere formulate in modo, per così dire, netto ed inequivocabile: ad esempio al punto n. 2 della premessa le parti «si impegnano a rispettare le norme del CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizioni e la loro coerente applicazione»; in altri punti dell'accordo, dalla formulazione delle clausole si evince che l'applicazione di tale Ccnl è data comunque per presupposta.

<sup>(52)</sup> Sul tema, sia consentito il rinvio a G. Centamore, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bup, 2020, 24 ss., 53 ss., 168 ss.

<sup>(53)</sup> B. Cattero - M. D'Onofrio, *Orfani delle istituzioni. Lavoratori, sindacati e le «fabbriche terziarie digitalizzate» di Amazon*, cit., 20. Nell'intervista citata *retro* (nota n. 47, seconda pagina), S. Pellecchia spiega che ciò si deve al fatto che «[n]ella visione originaria Amazon si considerava un “negozio” e riteneva che l'attività di consegna del prodotto acquistato dal cliente fosse secondaria [ma che] [s]uccessivamente la multinazionale si è caratterizzata per essere una “vetrina” e le attività di logistica e di trasporto hanno assunto un ruolo preminente».

condizioni di lavoro (e di vita) di facchini e trasportatori di Amazon sarà modesto. Il confronto vero, per così dire, sarà quello che, archiviata la firma dei Protocolli, si terrà in sedi diverse da quelle istituzionali e con una minore mediatizzazione degli avvenimenti, sulla base dell’approccio partecipativo che le parti hanno delineato ed affermato di condividere alla presenza del Ministro del Lavoro<sup>(54)</sup>: ma non è scontato che il colosso di Seattle sarà disposto a trattare con i sindacati italiani su temi come l’organizzazione dei turni di lavoro, l’approvvigionamento di personale in forme diverse dal contratto di lavoro subordinato standard, l’articolazione della retribuzione oltre quanto previsto dal Ccnl della logistica o l’utilizzo di strumenti di controllo particolarmente invasivi, come i famosi braccialetti elettronici, solo per dirne alcune. Starà ai sindacati confederali il compito non facile di smentire le voci più critiche, secondo cui i Protocolli di settembre rappresenterebbero in fin dei conti il tentativo, da un lato, di accreditare organizzazioni che, tra i facchini della logistica, hanno perso il contatto con la base dei lavoratori e, dall’altro, di pubblicizzare un’idea di relazioni sindacali partecipative che, in questo settore dell’economia, sarebbe invece lontanissima dalla realtà.

E la concezione “moderna” di concertazione sociale di cui i Protocolli Amazon sarebbero espressione? Una riflessione conclusiva su questo. È vero che non sarebbe prudente attribuire al tweet o al comunicato stampa di un’esponente politica (v. *retro*, § 1) l’attitudine a individuare nuove categorie della riflessione scientifica (una concezione “moderna” di concertazione); ma è anche vero, d’altro canto, che tale locuzione non è priva di interesse e potrebbe anzi consentire di inquadrare meglio l’orientamento dell’attuale Ministero del Lavoro verso le relazioni industriali, specie per quanto attiene a settori particolarmente conflittuali (ed allo stesso tempo mediatizzati). Si pensi alla gestione di un’altra vicenda celebre delle relazioni industriali di questi ultimi anni, quella del settore del *food delivery* mediante piattaforme digitali, in cui il Ministero del Lavoro aveva sollecitato l’associazione datoriale di riferimento (Assodelivery) ad accettare un tavolo istituzionale con le organizzazioni di categoria di Cgil, Cisl e Uil, in vista della stipulazione di un accordo nazionale che potesse regolare in modo dignitoso le condizioni di lavoro dei *riders* e, al contempo, attuare il rinvio

---

<sup>(54)</sup> Per O. La Tegola, *Amazon e sindacati: un punto di svolta*, cit., la «svolta», per le relazioni sindacali e per le condizioni di lavoro in Amazon Italia, è infatti «potenziale»: l’impatto dei Protocolli si misurerà soprattutto con le trattative per il rinnovo del Ccnl Logistica, ad esempio per quanto attiene ai diritti di informazione e consultazione; per il segretario generale della Fit-Cisl (v. *retro*) invece «[l]a firma del protocollo ha creato i prodromi per cominciare a dialogare con l’azienda con maggiore serenità, condividere una serie di obiettivi e, perché no, arrivare alla definizione di un più complesso integrativo aziendale».

legislativo all'autonomia collettiva previsto dal d.lgs. n. 81/2015: si ricorderà che, dopo il fallimento del tavolo istituzionale dovuto alla firma del controverso accordo tra Assodelivery e la neocostituita Ugl rider<sup>(55)</sup>, il Ministero del Lavoro aveva “reagito”, in modo inusuale per la tradizione delle relazioni industriali italiane, con una circolare che aveva sostanzialmente stigmatizzato l'accordo<sup>(56)</sup>. In conclusione, sembra delinearsi, più che una nuova forma di concertazione sociale, una tendenza del Ministero del Lavoro ad intervenire, nel ruolo di “soggetto facilitatore”, nelle relazioni industriali, in settori economici particolarmente problematici, quanto ai rapporti con il sindacato ed alle condizioni di lavoro, in vista della conclusione di accordi di alto profilo con i principali sindacati italiani. Vi sono forse esempi migliori di Amazon e dei *riders*?

---

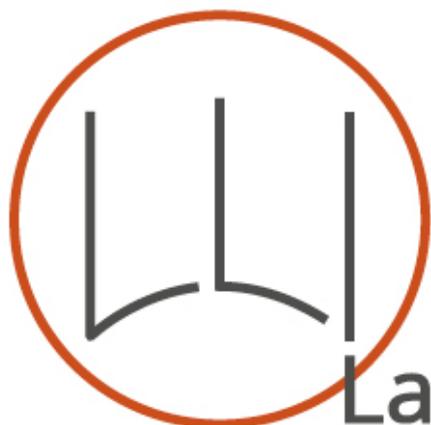
<sup>(55)</sup> Sulla vertenzialità giudiziaria seguita alla stipulazione (ed all'applicazione dell'accordo con Ugl Rider) v. A. Donini, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, *LLI*, 2020, 1, R3 ss.

<sup>(56)</sup> V. la Circolare del 19 novembre 2020.

## Bibliografia

- Allamprese A. - Bonardi O., *Salute e sicurezza del lavoro nella logistica*, in RGL, 2020, I, 429 ss.
- Baccaro L., *Political economy della concertazione sociale*, in SM, 2007, 1, 47 ss.
- Bellardi L., *Dalla concertazione al dialogo sociale: scelte politiche e nuove regole*, in LD, 2004, 1, 183 ss.
- BIT, *Rapport VI Dialogue sociale et tripartisme*, Bureau International du Travail, Genève, 2018.
- Bologna Se. - Curi S., *Relazioni industriali e servizi di logistica: uno studio preliminare*, in DLRI, 2019, 1, 125 ss.
- Bologna Si., *La contrattazione collettiva negli Stati Uniti dal Wagner Act ai nostri giorni*, in RIDL, 2016, I, 428 ss.
- Bonardi O., *Tra Governance delle global value chains e frammentazione del tessuto produttivo nazionale: quale regolazione per il lavoro nel settore della logistica?*, in A. Allamprese - O. Bonardi (a cura di), *Logistica e lavoro*, Ediesse, 2018, 20 ss.
- Campanella P., *Logistica in lotta: primi sguardi*, in RGL, 2020, I, 475 ss.
- Capotosti P.A., *Concertazione e riforma dello Stato sociale nelle democrazie pluraliste*, in QC, 1999, 3, 475 ss.
- Carrieri M., *L'altalena della concertazione*, Donzelli, 2008.
- Carta C., *Azione collettiva e circolazione stradale: contributo allo studio dei diritti sociali fondamentali in Europa*, in RGL, 2020, I, 519 ss.
- Caruso B., *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in ADL, 2017, 3, 555 ss.
- Cattero B. - D'Onofrio M., *Orfani delle istituzioni. Lavoratori, sindacati e le «fabbriche terziarie digitalizzate» di Amazon*, in QRS, 2018, 7 ss.
- Centamore G. - Romei R., *Una nuova stagione per la concertazione?*, in <https://www.labourlawcommunity.org/wp-content/uploads/2021/06/Centamore-Romei-II-Itinerario-Una-nuova-stagione-per-la-concertazione-giugno-2021-1.pdf>.
- Centamore G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bup, 2020.
- Cessari A., *Pluralismo neocorporativismo neocontrattualismo*, RIDL, 1983, I, 167 ss.
- Cini L. - Goldmann B., *Dal Controllo alla mobilitazione. Le lotte dei ciclofattorini e dei facchini della logistica in Italia*, in LLI, 2020, 1, 1 ss.
- D'Antona M., *Il Protocollo sul costo del lavoro e l'«autunno freddo» dell'occupazione*, in RIDL, 1993, I, 411 ss.
- Donini A., *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, LLI, 2020, 1, R3 ss.
- Ferrante V., *Le fonti e il dialogo sociale*, in Labor, 2020, 4, 403 ss.
- Ghera E., *La pratica della concertazione in Italia*, in QC, 1999, 3, 501 ss.
- Grappi G., *La governance delle catene del valore e le sfide per l'organizzazione dei lavoratori: una prospettiva globale*, in RGL, 2020, I, 368 ss.
- Grappi G., *Per Yaya Yafa: logistica, migranti e i limiti del sindacato*, in <https://www.connessioniprecarie.org/2021/10/26/per-yaya-yafa-logistica-migranti-e-i-limiti-del-sindacato/>.
- La Tegola O., *Amazon e sindacati: un punto di svolta*, in <https://blog.opencorporation.org/2021/09/21/amazon-e-sindacati-un-punto-di-svolta/>.
- Lassandari A., *La contrattazione collettiva nella logistica*, in A. Allamprese - O. Bonardi (a cura di), *Logistica e lavoro*, Ediesse, 2018, 54 ss.
- Lo Faro A., *Teorie autopoietiche e diritto sindacale*, in LD, 1993, 129 ss.

- Mariucci L., *Uno sguardo alle relazioni industriali negli USA*, in *LD*, 1987, 75 ss.
- Mengoni L., *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, in *RI*, 1988, 11, 13 ss.
- Morini D., *Innovare le strategie per rappresentare i lavoratori di Amazon*, in A. Allamprese - O. Bonardi (a cura di), *Logistica e lavoro*, Ediesse, 2018, 148 ss.
- Nespoli F., *Protocollo Amazon, fu vera storia?*, in *BA*, 20 settembre 2021, n. 32.
- Nespoli F., *Protocollo Amazon, un metodo partecipativo per più elevati standard di qualità. A colloquio con Salvatore Pellicchia (Segretario Generale Fit-Cisl)*, in *BA*, 27 settembre 2021, n. 33.
- OIL, *Le rôle central du dialogue social pour faire face à la crise du COVID-19*, Note d'orientation del 20 maggio 2020, [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/governance/WCMS\\_744409/lang--fr/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/governance/WCMS_744409/lang--fr/index.htm).
- Pedrazzoli M., *Crisi economica da pandemia e costituzione economia e del lavoro: il caso dell'art. 46 Cost.*, in *Labor*, 2020, 4, 489 ss.
- Pellacani G., *Il sindacato nella prospettiva pluriordinamentale oggi*, in AA.VV., *Libertà e attività sindacale dopo i cinquant'anni dello Statuto dei lavoratori*, Atti delle Giornate di studio di Diritto del lavoro Pisa - Lucca, 5 - 6 maggio 2021, La Tribuna, 2021, 99 ss.
- Perulli A., «Diritto riflessivo» e autonomia collettiva al tempo di Covid-19, in *RIDL*, 2020, 2, I, 299 ss.
- Perulli A., *Modelli di concertazione in Italia: dallo «scambio politico» al «dialogo sociale»*, in *RGL*, 2004, 1, I, 21 ss.
- Regini M., *Che cosa induce gli attori collettivi ad accordarsi su soluzioni “second-best”? Interessi, istituzioni, processi cognitivi, azioni simboliche*, in *SL*, 2005, 4, 253 ss.
- Schmitter P.C., *Still the Century of Corporatism?*, in *RP*, 1974, 36, 1, 85 ss.
- Transnational Social Strike Platform, *Strike the giant: Transnational Organisation Against Amazon*, Fall 2019 Journal, in <https://www.transnational-strike.info/articles/publication/>.
- Verdolini E., *Le Regioni fra governo dell'economia e dell'occupazione: concertazione sociale e risorse europee nei «Patti per il lavoro» dell'Emilia-Romagna*, in *IF*, 2021, 1, 245 ss.
- Viscomi A., *Prassi di concertazione territoriale: spunti per una riflessione critica*, in *LD*, 2004, 2, 335 ss.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

**Diritti collettivi di informazione.  
Lezioni dal caso GKN**

**GIULIA FROSECCHI**  
Università di Firenze

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



## **Diritti collettivi di informazione. Lezioni dal caso GKN**

**GIULIA FROSECCHI**

Università di Firenze  
Ricercatrice di Diritto del Lavoro  
giulia.frosecchi@unifi.it

---

### ABSTRACT

---

The essay addresses the recent decision of the Labour Court of Florence on the anti-trade union behaviour of GKN, a company belonging to a financial fund based in UK, which has been ordered to revoke the collective redundancy procedure initiated on 9 July 2021. The Author focuses on the information rights violated by the company and their normative source, and it emphasises the central role of collective agreements in guaranteeing the effectiveness of such rights.

**Keywords:** Information and consultation rights; anti-trade union behaviour; collective agreement at national level; collective agreement at company level; European Works Council.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14082>

---

## **Diritti collettivi di informazione.**

### **Lezioni dal caso GKN**

SOMMARIO: 1. Dall'articolo 9 del CCNL Metalmeccanici alla direttiva 2002/14/CE e ritorno. – 2. La «costruzione» del diritto di informazione nel decreto del Tribunale di Firenze. – 3. Il decreto Gianetti Ruote e l'altra faccia dell'articolo 9. – 4. C'è, ma non si vede: una storia di CAE. – 5. Brevi note conclusive.

#### **1. Dall'articolo 9 del CCNL Metalmeccanici alla direttiva 2002/14/CE e ritorno**

Quando la Commissione europea adottò la direttiva su informazione e consultazione, n. 2002/14<sup>(1)</sup>, l'obbligo di informazione non costituiva una modalità di interazione completamente nuova al CCNL Metalmeccanici, che già prevedeva, nell'allora articolo 6 della Sezione prima (in questa numerazione sia nel 1999 sia nel 2003), un obbligo di informazione a carico delle imprese con più di 350 dipendenti<sup>(2)</sup>.

A seguito dell'implementazione della direttiva 2002/14/CE nel nostro ordinamento, con il d.lgs. n. 25/2007<sup>(3)</sup>, l'obbligo di informazione disciplinato dal CCNL Metalmeccanici è stato ulteriormente elaborato e parzialmente corredato dell'obbligo di consultazione, in attuazione della norma legale di rinvio contenuta nell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 25/2007, che delega, in termini generici, al «contratto collettivo di lavoro» l'obbligo di stabilire le modalità di informazione e consultazione dei lavoratori nelle imprese e nelle unità produttive situate in Italia.

Così, l'articolo 9, Sezione prima, del CCNL vigente distingue tra imprese con più di 50 dipendenti e imprese con più di 150 dipendenti. La prima fattispecie fa sorgere in capo all'impresa, a fronte di una richiesta delle rappresentanze sindacali, l'obbligo di fornire annualmente alle RSU e alle Organizzazioni sindacali territoriali informazioni su «la situazione, la struttura e

---

<sup>(1)</sup> Tra i molti, cfr. S. Sciarra, *Imprese comunitarie, gruppi di imprese di dimensioni comunitarie ed organizzazione dei procedimenti di informazione e consultazione sindacale a livello transnazionale (CAE e procedura di informazione e consultazione)*, NGL, 1995, 35; M. Corti, *L'informazione e la consultazione dei lavoratori tra art. 27 della "Carta di Nizza" e direttiva 2002/14/CE: un diritto "condizionato"*, DRI, 2014, 4, 1178.

<sup>(2)</sup> A. Lassandari, *Commento agli artt. 7 e 8*, in *Commentario al contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmeccanici*, a cura di M.G. Garofalo - M. Roccella, Cacucci, 2010, 99.

<sup>(3)</sup> C. Zoli, *I diritti di informazione e di c.d. consultazione: il decreto legislativo 6 febbraio 2007*, RIDL, 2008, I, 161; S. Leonardi (a cura di), *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa. I diritti di informazione e consultazione dopo il D.lgs. 25/2007*, Ediesse, 2010.

l'andamento prevedibile dell'occupazione nonché in caso di previsioni di rischio per i livelli occupazionali le eventuali misure di contrasto previste al fine di evitare o attenuarne le conseguenze». Segue l'ulteriore obbligo di fornire informazioni sulle decisioni suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro e dei contratti di lavoro con riferimento a «sostanziali modifiche del sistema produttivo che investano in modo determinante le tecnologie adottate o l'organizzazione complessiva del lavoro, o il tipo di produzione in atto ed influiscano complessivamente sull'occupazione o che abbiano rilevanti conseguenze sulle condizioni prestativa» e ad «operazioni di scorporo e di decentramento permanente al di fuori dello stabilimento di importanti fasi dell'attività produttiva in atto qualora esse influiscano complessivamente sull'occupazione». L'obbligo di fornire informazioni sugli aspetti testé menzionati sorge automaticamente, senza la necessità che vi sia un'esplicita richiesta da parte delle organizzazioni sindacali, dovendo per altro avvenire «nel corso di un apposito incontro».

Secondo quanto stabilito dall'articolo 9, in mancanza di altre procedure che assorbano gli obblighi anzi detti, tra cui quella per licenziamento collettivo ex l. n. 223/1991, gli agenti sindacali di cui sopra possono chiedere l'avvio di un esame congiunto in merito alle informazioni ricevute, esercitando così il conseguente diritto di consultazione.

La possibilità di richiedere e ottenere una forma di consultazione non si estende alle informazioni rese in ottemperanza all'ulteriore obbligo posto a carico delle imprese con una dimensione occupazionale che supera i 150 dipendenti. Difatti, questa seconda ipotesi non attua la disciplina di cui al d.lgs. n. 25/2007, ma si colloca nella scia delle precedenti norme del CCNL Metalmeccanici che prevedevano un obbligo di informazione a carico delle grandi imprese e si riferisce a una serie eterogenea di materie e temi, tra cui «i livelli occupazionali suddivisi per tipologia di rapporto di lavoro e previsioni sulle dinamiche occupazionali anche in relazione all'andamento della domanda e dei conseguenti carichi di lavoro»<sup>(4)</sup>. Quanto alle modalità, tali informazioni dovranno essere fornite annualmente, nel corso di un apposito incontro, ma neanche qui si fa menzione di un onere a carico delle rappresentanze sindacali di richiedere l'avvio della procedura.

---

<sup>(4)</sup> A. Lassandari, *Commento agli artt. 7 e 8*, cit.

## 2. La «costruzione» del diritto di informazione nel decreto del Tribunale di Firenze

La fonte contrattual-collettiva appena riportata, che si fa forte di un portato legale che risale sino all'ordinamento unionale, si pone alla base della vicenda processuale che ha visto coinvolta, da un lato, la GKN Driveline Firenze spa (di seguito "GKN"), azienda che produce componenti automobilistiche, di proprietà del fondo finanziario Melrose, e, dall'altro, la FIOM CGIL della Provincia di Firenze – nonché, indirettamente, i 422 dipendenti addetti allo stabilimento di Campi Bisenzio – la quale, il 30 luglio 2021, ha presentato ricorso per condotta antisindacale al Tribunale di Firenze, ex art. 28, l. n. 300/70<sup>(5)</sup>.

Il decreto emesso il 21 settembre dello stesso anno ha accertato il comportamento antisindacale, alla luce degli obblighi assunti dall'impresa sulla base dell'articolo 9 del CCNL Metalmeccanici e del contratto collettivo di livello aziendale concluso con la RSU il 9 luglio 2020, obbligando l'impresa a revocare la procedura di licenziamento collettivo già avviata.

L'articolo 9 del CCNL Metalmeccanici e l'accordo aziendale, perlomeno nell'interpretazione che ne dà la Giudice fiorentina, rappresentano un obbligo tutt'altro che formale, che garantisce la trasparenza delle relazioni industriali e rafforza la possibilità delle organizzazioni sindacali di agire con consapevolezza e tempismo.

Nell'interpretazione fornita dal Tribunale di Firenze, in un decreto articolato e acuto, il diritto di informazione previsto dall'articolo 9, per la parte in cui prevede un obbligo di informazione in capo al datore di lavoro che occupa più di 150 dipendenti, è tale da non essere «limitato alla comunicazione della decisione assunta», ma esteso «alla fase di formazione della decisione stessa». Da ciò si desume, secondo la Giudice, «che parte datoriale è tenuta a condividere con il sindacato non solo i dati aziendali (sull'andamento del mercato, i livelli produttivi ed altro), ma anche ogni valutazione effettuata in ordine ai suddetti dati, tutte le volte che, come nel caso di specie, tale valutazione comporti «una previsione di rischio per i livelli occupazionali»». Dunque, nella sua opera di «costruzione»<sup>(6)</sup>, la Giudice fa rientrare nell'oggetto dell'obbligo di informazione

---

(5) Un primo commento al decreto è stato pubblicato su *Questione Giustizia*: A. Terzi, *I licenziamenti GKN, il giudice e l'impresa*, *QG*, 2021, disponibile a <https://www.questionegiustizia.it/articolo/i-licenziamenti-gkn-il-giudice-e-l-impresa>

(6) Nel significato che ne dà M.V. Ballestrero, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, *LD*, 2016, 4, 764: «[P]arlando di «costruzione» ho voluto dire che il lavoro dei giudici non consiste solo nell'attribuire significato ad un testo normativo, ma di frequente

non solo i dati sull'andamento aziendale, ma, altresì, la riflessione interna alla direzione aziendale sul futuro dello stabilimento, sostenuta da quegli stessi dati.

Nondimeno si può ignorare, e non lo ignora il relativo decreto, che i lavoratori della GKN si facevano forti anche di un accordo aziendale, firmato «liberamente e volontariamente», come precisa la Giudice fiorentina, dall'azienda e dalla RSU il 9 luglio 2020 (un anno esatto prima che fosse avviata la procedura di licenziamento collettivo), il cui contenuto ha contribuito in maniera sostanziale a rafforzare i vincoli datoriali e i rispettivi diritti sindacali di cui sopra, tramite la previsione di un obbligo in capo al datore di lavoro di impegnarsi al confronto con la RSU in caso di mutamento del corrente contesto e delle condizioni di mercato, escludendo, al momento della conclusione dell'accordo, «l'uso di licenziamenti coercitivi».

Il decreto fa scaturire dalle clausole contrattual-collettive applicabili a GKN un diritto delle organizzazioni sindacali firmatarie ad «interloquire» nella delicata fase di formazione della decisione di procedere alla cessazione totale dell'attività d'impresa, ossia una «facoltà di intervenire sull'*iter* di formazione della decisione datoriale», non potendo, il datore di lavoro «elidere o comunque ridurre le possibilità di reazione» del Sindacato, che deve poter «esercitare al meglio le proprie funzioni, ivi compresa quella di condizionare le future determinazioni e scelte gestionali dell'azienda», «con le ordinarie e legittime modalità di confronto ed eventualmente di contrasto». Anche la tempestività con cui tali informazioni devono essere rese pare ineludibile, dato che clausole contrattuali come quelle in oggetto obbligano la GKN «ad effettuare le proprie scelte solo dopo aver sentito il sindacato». Queste, prevedendo diritti di informazione che attengono alla stessa fase di formazione della decisione imprenditoriale, ampliano il margine di manovra del Sindacato e rafforzano la capacità di quest'ultimo di svolgere la sua funzione di organizzare e farsi portavoce dell'autotutela collettiva, ossia conferiscono ad esso maggiore possibilità di agire, e di farlo consapevolmente, «nel conflitto», per come questo è legittimo nel dato contesto materiale. Difatti, è proprio l'aver firmato, «liberamente e volontariamente» quelle clausole ad avere esteso l'ambito di azione del legittimo conflitto, sì da ricomprendervi anche l'obbligo di condividere con la RSU determinate informazioni, nonché le dinamiche di

---

anche «nel costruire – a partire da norme “esplicite”, espressamente formulate dalle autorità normative – norme “inespresse” (“implicite”, ma in un senso molto ampio, non logico, di questa parola): norme, insomma, che nessuna autorità normativa ha mai formulato», norme cioè di cui non si può dire che costituiscono il significato (uno dei significati) di una determinata disposizione».

relazioni industriali che possono scaturire a seguito di un siffatto passaggio di informazioni.

Ne deriva che negare l'applicazione di simili clausole e il corretto funzionamento della dialettica tra datore di lavoro e rappresentanze sindacali, per come pattuita nei contratti collettivi, configura, inevitabilmente, «un comportamento illecito mirante ad opporsi “al conflitto”»<sup>(7)</sup>.

Il ricevere adeguate informazioni sull'andamento dei livelli occupazionali diventa un presupposto essenziale perché i Sindacati possano inserirsi nel processo decisionale, con la modalità che essi stessi prediligeranno. Questa può inverarsi in un conflitto aperto<sup>(8)</sup>, oppure, in alternativa, rispondere a un approccio di stampo più partecipativo<sup>(9)</sup>, essendo possibile che l'organizzazione sindacale o la RSU scelga di confrontarsi con l'azienda per trovare una soluzione condivisa agli squilibri organizzativi o alle previsioni di rischio per i livelli occupazionali (pratica già attuata dalla RSU GKN, come si evince dal testo del decreto). Il punto è che, stante le disposizioni contrattuali perno della vicenda processuale GKN, sta al sindacato scegliere quale modalità di intervento adottare a fronte di una compiuta informazione, poiché quest'ultimo non può essere privato del suo legittimo spazio di conflitto per una estemporanea scelta datoriale.

Tali clausole non creano quindi un diritto di partecipazione<sup>(10)</sup>, a meno che non si voglia accettare la distinzione elaborata in dottrina tra partecipazione c.d. “debole”, che si esaurisce nei diritti di informazione, e partecipazione c.d. “forte”, che implica un inserimento organico dei rappresentanti dei lavoratori

---

(7) Una distinzione, quella tra «opporsi nel conflitto» e «opporsi al conflitto», tanto classica da essere di scuola, ma che bene si presta a riportare le conclusioni del Tribunale di Firenze entro le tradizionali categorie del diritto sindacale, v. G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci Editore, 2014, 124.

(8) Che non necessariamente si esprimerà in una o più azioni di sciopero. Sulle modalità legittime in cui può esercitarsi il conflitto collettivo, cfr., tra i molti, G. Orlandini, *Conflitto collettivo*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali IX*, Giuffrè, 2016, 100-104.

(9) «Partecipativo» è qui da intendersi in senso atecnico, sebbene il significato della nozione di «partecipazione» rimanga «ambiguo», così M. D'Antona, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXII, 1990, 2, e «sfuggente», così L. Zoppoli, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, DLRI, 2005, 347. Per una compiuta disamina sui diritti di partecipazione, che non è possibile approfondire in questa sede, cfr. M. Biasi, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia*, Egea, 2013; M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori*, Vita & Pensiero, 2012. Da ultimo, cfr. D. Marino, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese nella contrattazione collettiva*, DRI, 2020, 4, 1033-1036, il quale sembra far rientrare le clausole contrattuali attuative del d.lgs. n. 25/2007 nell'alveo della partecipazione dei lavoratori articolata nella contrattazione collettiva.

(10) Come invece sembra suggerire V. Bavaro, *Appunti sul diritto del potere collettivo del lavoro*, LD, 2021, 3-4, 563-582.

nei processi decisionali, nel qual caso anche l'obbligo di informazione a carico del datore di lavoro si articola in maniera peculiare<sup>(11)</sup>. Tuttavia è incontestabile che esse costituiscano il presupposto necessario perché il Sindacato possa scegliere di porsi in un'ottica partecipativa nei confronti della direzione aziendale. Ammesso che, dall'altra parte, vi sia la volontà di accettare una siffatta offerta sindacale.

Si potrebbe interpretare in questo senso il riferimento del decreto del Tribunale di Firenze alle parole della Corte costituzionale<sup>(12)</sup>, secondo cui si deve «escludere "l'aprioristica persuasione" che il rapporto sia connotato da "un inevitabile e irriducibile contrasto fra datori di lavoro e lavoratori", nonché da "Un incessante conflitto fra opposti interessi degli uni e degli altri"».

Pertanto, dai diritti di informazioni istituiti dall'articolo 9 del CCNL Metalmeccanici e dall'accordo aziendale deriva una mera possibilità per il sindacato di scegliere se adottare un approccio collaborativo ed elaborare soluzioni alternative da offrire all'impresa per garantire la continuazione della produzione e la conservazione dei livelli occupazionali.

Neanche si può parlare, in questo scenario, di diritto alla consultazione, essendo l'esame congiunto solo eventuale e subordinato alla libera decisione imprenditoriale. Quella scaturita dalle clausole che creano diritti di informazione rimane, quindi, una dinamica incardinata nella struttura della contrattazione collettiva, fondata «sulla contrapposizione di interessi e sulla reciproca libertà d'azione»<sup>(13)</sup>, all'interno della quale la posizione dei lavoratori è, nel caso di specie, rafforzata dalla titolarità di diritti di informazione riconosciuti proprio dagli accordi collettivi.

### 3. Il decreto Gianetti Ruote e l'altra faccia dell'articolo 9

Gli obblighi che derivano dalle previsioni contrattuali applicabili al caso GKN non rappresentano, per la Giudice fiorentina, una formalità, una mera accortezza procedurale, ma un vero e proprio presupposto perché il Sindacato possa esercitare le prerogative che gli sono riconosciute.

---

<sup>(11)</sup> Per tutti, v. M. Biasi, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia*, cit.

<sup>(12)</sup> C. cost. 19 giugno 1980, n. 99.

<sup>(13)</sup> P. Olivelli - G. Ciocca, *La partecipazione del sindacato in generale*, in *Conflitto, concertazione e partecipazione*, a cura di F. Lunardon, Cedam, 2011, 780, a differenza della partecipazione che presuppone l'istituzione di organismi, procedure e reciproci vincoli.

Tuttavia, non si può ignorare che l'orientamento espresso da quest'ultima non rappresenti l'unico approccio esegetico possibile alla norma contrattuale-collettiva sui diritti di informazione<sup>(14)</sup>.

È di poche settimane successive l'interpretazione difforme dello stesso articolo 9 del CCNL Metalmeccanici elaborata dal Tribunale di Monza nell'ordinanza emessa l'8 ottobre 2021, a seguito del ricorso promosso congiuntamente da FIOM-CGIL Brianza, UILM-UIL di Milano-Monza Brianza e FIM-CISL Monza Brianza Lecco contro Gianetti FAD Wheels s.r.l., il 29 luglio 2021, in conseguenza della chiusura dello stabilimento di Ceriano Laghetto e del licenziamento dei 152 lavoratori ivi addetti. Una decisione che restringe, o persino inaridisce, la portata della norma contrattuale e rischia di stravolgere le convinzioni che si erano formate leggendo il decreto relativo alla vicenda GKN.

Una volta accertata la legittimità del comportamento dell'azienda rispetto agli obblighi previsti dall' art. 4, l. n. 223/1991 da parte dell'azienda, principalmente fondata sulla corretta comunicazione alle organizzazioni sindacali e sulla successiva partecipazione a «numerosi incontri» adibiti allo svolgimento dell'esame congiunto - i quali paiono provare *in re ipsa* il pieno rispetto della procedura da parte di Gianetti -, la Giudice monzese muove a valutare il rispetto dell'articolo 9 del CCNL di settore.

A tal fine, il decreto continua ad adottare un approccio quantitativo, orientato a valorizzare il verificarsi degli incontri, più che l'effettivo svolgimento di questi e il loro contenuto, ed elenca le date degli incontri tenutisi nel 2020, che, per il solo fatto di essersi verificati, dovrebbero apparentemente corroborare il rispetto degli obblighi derivanti dall'art. 9 del CCNL di settore. Difatti non viene specificato quando si sia tenuto «l'apposito incontro», con cui la direzione è tenuta a fornire «annualmente alle Rappresentanze sindacali unitarie e, tramite l'Associazione imprenditoriale di competenza, alle Organizzazioni territoriali dei sindacati stipulanti [...] informazioni su: – i livelli occupazionali suddivisi per tipologia di rapporto di lavoro e previsioni sulle dinamiche occupazionali anche in relazione all'andamento della domanda e dei conseguenti carichi di lavoro», a norma della seconda parte dell'articolo 9, ossia quella che prevede obblighi che non possono essere assorbiti dall'avvio della procedura *ex l. n. 223/1991*.

---

(14) Sul ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro e sulla mutevolezza degli orientamenti delle Corti, si suggerisce la lettura di M.V. Ballestrero, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro* cit. e, in risposta, R. De Luca Tamajo, *Il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro: luci e ombre di una attitudine creativa*, LD, 2016, 4, 813.

Qualsiasi riflessione sull'articolo 9 è, tuttavia, resa irrilevante dal periodo conclusivo. L'ordinanza si chiude con una perentoria dichiarazione di prevalenza, si potrebbe dire assoluta, della procedura *ex* l. n. 223/1991 sulle disposizioni dell'articolo 9 CCNL Metalmeccanici, laddove risolve il ragionamento asserendo che «[A]d ogni modo, la citata norma contrattuale prevede che “Le Parti si danno atto che le procedure previste dalla Legge 23 luglio 1991, n. 223, dalla Legge 29 dicembre 1990, n. 428 nonché dal D.P.R. n. 218 del 2000, assorbono e sostituiscono le procedure di informazione e consultazione in materia”; pertanto, posto il corretto avvio della procedura, si esclude che ad una violazione dell'art. 9 del CCNL possa conseguirne l'annullamento».

Anche a voler allontanare il dubbio che la Giudice non colga la rilevanza della fonte contrattuale, rimane opinabile la tesi secondo la quale un'eventuale violazione della norma contrattuale in esame non sia idonea ad inficiare l'avvio della procedura *ex* l. n. 223/1991, che, come ci insegna il decreto GKN, ben può essere revocata se disposta a seguito di una condotta antisindacale, quale la violazione degli obblighi contrattuali, perché il procedimento *ex* art. 28 possa esprimere la sua funzione ripristinatoria<sup>(15)</sup>.

Il decreto Gianetti interpreta in maniera talmente diversa gli obblighi contrattuali assunti nel CCNL Metalmeccanici, al punto di ammettere che, per invalidarne la forza vincolante, sia sufficiente che il datore di lavoro avvii correttamente la procedura di licenziamento collettivo. In altre parole, le conclusioni dell'ordinanza monzese suggeriscono che l'avvio della procedura *ex* l. n. 223/1991 diventa presupposto di inapplicabilità dell'intero articolo 9 del CCNL, ossia anche della seconda parte, che prescrive l'obbligo di informazione posto a carico delle sole imprese con una dimensione occupazionale superiore a 150 dipendenti. Una conclusione che non tiene conto della posizione nel testo della disposizione che prevede l'assorbimento degli obblighi di informazione da parte della procedura *ex* l. n. 223/1991, la quale è stata collocata dopo la previsione degli obblighi imposti alle imprese con più di 50 dipendenti, ma prima degli oneri ulteriori posti a carico delle imprese con più di 150 dipendenti. Il che suggerisce, come condivisibilmente inteso dal Tribunale di Firenze, che essa sia applicabile solo alla prima parte dell'articolo 9 e quindi non all'obbligo di condividere informazioni relative alle «previsioni sulle dinamiche occupazionali anche in relazione all'andamento della domanda e dei conseguenti

---

<sup>15</sup> Sull'articolo 28, l. n. 300/1970, da ultimo M. Falzone, *La repressione della condotta antisindacale fra spiazzamenti, potenzialità inesprese ed esigenze di manutenzione*, *LD*, 2021, 2, 373.

carichi di lavoro», cui il datore di lavoro deve adempiere annualmente e da cui non può svincolarsi neanche avviando la procedura *ex l. n. 223/1991*.

#### 4. C'è, ma non si vede: una storia di CAE

La lettura del decreto del Tribunale di Firenze invita altresì ad interrogarsi su un profilo che, ad onor del vero, appare solo nel testo del ricorso, dove lo si trova, peraltro, confusamente combinato con gli articoli 9 e 10 del CCNL e con l'accordo sindacale del 9 luglio 2020, ed è del tutto ignorato dalla Giudice fiorentina.

Le disposizioni in parola sono gli «articoli 4, 6, 9 e 11 della direttiva 94/95/CE», che, supponendo vi sia stato un errore materiale da parte dei ricorrenti, dovrebbe essere la direttiva 94/45 riguardante l'istituzione di un Comitato aziendale europeo (CAE) o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese o nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, in realtà abrogata e sostituita dalla direttiva 2009/38/CE. Evitando di indugiare sul sospetto - giustificato dall'errore sul riferimento normativo difficilmente spiegabile altrimenti - che vi sia un'acuta ritrosia delle organizzazioni sindacali territoriali e dei rispettivi avvocati verso l'istituto di diritto unionale, è opportuno soffermarsi sul profilo della supposta violazione degli obblighi relativi ai rapporti con il CAE da parte di GKN, che avrebbe meritato di essere adeguatamente presentato nel ricorso e, di conseguenza, vagliato dal decreto del Tribunale di Firenze.

Il presupposto di una simile asserzione sta nell'esistenza di un CAE GKN, istituito, nella forma attuale, nel 2019 (ma preceduto da un organismo analogo, denominato *European Forum*, fondato nel 1995), all'interno del quale i lavoratori italiani erano rappresentati proprio dal delegato dello stabilimento di Campi Bisenzio. A norma del dettagliato accordo istitutivo del CAE, la direzione centrale aveva un obbligo di informazione, ossia di «transmission of data by GKN to the Employee Representatives in order to enable them to acquaint themselves with the subject matter and to examine it. Information shall be given at such time, in such fashion and with such content as is appropriate, to enable the Employee Representatives to undertake an in-depth assessment of the possible impact and, where appropriate, prepare for consultation with GKN», nonché un conseguente obbligo di consultazione, tale da consentire ai rappresentanti dei lavoratori designati di «meet with the Central Management and obtain a response, and the reasons for that response, to any opinion they might express».

Il perno del duplice obbligo di informazione e consultazione sta nella definizione di *Transnational matters*, qui definiti come «matters which concern: (a) the European Operations as a whole; or (b) at least two of the European Operations' establishments or undertakings situated in different European Countries. These include matters which, regardless of the number of European Countries involved, are of importance to the European workforce in terms of the scope of their potential effects or which involve transfers of activities between European Countries». Si noti che questa definizione incorpora il testo del considerando 16 della direttiva 2009/38/CE dove viene definito il “carattere transnazionale di una questione” e, al contempo, costituisce una definizione di maggior favore rispetto a quella prevista dal d.lgs. n. 113/2012, di attuazione della direttiva 2009/38/CE, secondo il quale «[S]ono considerate questioni transnazionali quelle riguardanti l'impresa di dimensioni comunitarie o il gruppo di imprese di dimensioni comunitarie nel loro complesso o almeno due imprese o stabilimenti dell'impresa o del gruppo ubicati in due Stati membri diversi» (art. 1, comma 7), giacché apre anche a temi genericamente reputati di importanza per la forza lavoro europea o che riguardano trasferimento di attività tra Stati membri<sup>(16)</sup>.

Il profilo di cosa rientri nella definizione di transnazionale ai fini dell'adempimento dell'obbligo di informazione e consultazione a carico di GKN è determinante per stabilire se l'impresa fosse tenuta ad informare non solo le rappresentanze nazionali, alla luce dei vincoli interni, ma, altresì, il Comitato Aziendale Europeo, in ottemperanza all'accordo istitutivo<sup>(17)</sup>.

Per altro, l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea aveva reso necessario un emendamento dell'accordo, che designasse il rappresentante della

---

<sup>(16)</sup> L. Zoppoli (a cura di), *L'attuazione della direttiva sui Comitati aziendali europei: un'analisi comparata*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998; Per una ricostruzione sulle cc.dd. direttive CAE, cfr. A. Loffredo, *Democrazia aziendale, imprese transnazionali e dumping sociale*, Editoriale Scientifica, 2018, 41 ss.

<sup>(17)</sup> A quanto mi consta, non esistono casi giurisprudenziali italiani dove i giudici si siano cimentati nella definizione di cosa debba essere considerato *transnazionale* ai fini della normativa sui CAE, ma altri Tribunali europei hanno fornito interessanti spunti di riflessione, tra questi, il Tribunale di Rotterdam, nella sentenza del 27 novembre 2018, ha stabilito che gli esuberanti intimati da Alcoa (US) in Spagna, a seguito della chiusura di due stabilimenti, fossero da considerarsi questioni transnazionali, in quanto riguardanti il 20% della forza lavoro europea dell'impresa, e quindi di competenza del Comitato aziendale europeo di Alcoa, stabilito in Olanda. Su questo ed altri casi, cfr. EWC News, n. 4/2018, <https://www.ewc-news.com/en042018.htm>. Il testo della sentenza del Tribunale di Rotterdam è disponibile al link:

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI%3ANL%3ARBROT%3A2018%3A9722>.

direzione centrale situato in uno Stato membro (conformemente all'art. 4, par. 2, direttiva 2009/28), non potendo più essere la stessa direzione centrale, poiché situata a Birmingham, e che, di conseguenza, modificasse la scelta della legge applicabile alle controversie relative all'accordo e la competenza giurisdizionale. La modifica dell'accordo, che avrebbe previsto l'assegnazione della funzione di rappresentante a GKN Driveline international GmbH, situata in Germania, era in corso di approvazione proprio nei giorni in cui è giunta la comunicazione di avvio della procedura di licenziamento collettivo.

Essendo un'impresa di dimensioni comunitarie ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lett. b), GKN era tenuta a provvedere all'istituzione di un CAE, o di un'analoga procedura di informazione e consultazione - e, conseguentemente, ad adempiervi - in attuazione della direttiva 2009/38/CE, e, in particolare, dalla prospettiva italiana, del d.lgs. n. 113/2012 che l'ha implementata nel nostro ordinamento.

Il vago riferimento all'articolo 10 del CCNL Metalmeccanici nel ricorso della FIOM CGIL si giustifica poiché la disposizione del contratto collettivo di settore richiama il d.lgs. n. 113/2012 al fine assicurare una completa adesione delle organizzazioni sindacali e datoriali al summenzionato decreto (e non per attuare una norma legale di rinvio che non sussiste in questo caso a differenza di quanto si è visto per l'articolo 9), in vista dell'obiettivo «di sviluppare un'attitudine costruttiva al cambiamento fondata su un effettivo dialogo sociale».

Il tentativo di far rientrare la procedura di licenziamento collettivo che ha colpito lo stabilimento di Campi Bisenzio tra le materie su cui vigeva l'obbligo di informare e consultare il CAE sarebbe stato più che lecito e si sarebbe potuto esperire di fronte al Tribunale di Firenze, sostenendo il carattere antisindacale della mancata informazione, a dispetto di quanto disposto sulla competenza giurisdizionale e la legge applicabile dall'accordo istitutivo del CAE.

Difatti, sebbene l'accordo identificasse la legge applicabile e il foro competente nel Regno Unito e, a modifica ultimata, in Germania, siamo pur sempre nell'ambito di un istituto di diritto del lavoro, per cui non può escludersi a priori l'applicazione del Regolamento Roma I, n. 593/2008/CE e del conseguente principio del *favor laboris*, per cui «[L]a legge applicabile è rimessa sempre alla volontà delle parti, ma la scelta compiuta non può comportare per il lavoratore la rinuncia alla protezione garantita dalle norme inderogabili della

legge che sarebbe applicabile in mancanza di scelta»<sup>(18)</sup>, dove quest'ultima si identifica applicando il principio della *lex loci laboris*, secondo il quale prevale la legge del luogo dove il lavoratore svolge abitualmente la propria attività, se identificabile, su norme contrattuali peggiorative. Analogo discorso può essere fatto con riguardo alla selezione del foro competente, in applicazione del Regolamento n. 44/2001/CE<sup>(19)</sup>.

La difficile azionabilità dei diritti del CAE è nota<sup>(20)</sup>, ma sarebbe auspicabile scommettere su questo strumento, anche stimolando un'elaborazione giurisprudenziale in merito e cogliendo le occasioni che si presentano per sollevare gli aspetti più problematici di un istituto che, benché nato con le migliori intenzioni, stenta a trovare un preciso collocamento all'interno dei rapporti di forza dell'impresa multinazionale, come dimostra l'esperienza GKN<sup>(21)</sup>.

## 5. Brevi note conclusive

Le clausole contrattuali che garantiscono diritti di informazione, come quelle affrontate in questo contributo, possono certamente rappresentare un efficace strumento di contrasto ai processi di disintermediazione<sup>(22)</sup>, sia perché condizionano i rapporti di forza interni all'azienda incidendo sullo squilibrio informativo – *ergo* sullo squilibrio di potere –, a favore delle rappresentanze aziendali, che ne escono rafforzate nella loro capacità di azione, sia perché le clausole stesse, soprattutto laddove ottenute a livello aziendale, rappresentano il

---

<sup>(18)</sup> G. Orlandini, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, WP CSDLE, It., n. 137/2012, 10.

<sup>(19)</sup> La questione qui sollevata è estremamente complessa e chiama in causa questioni irrisolte di diritto privato internazionale, che non possono essere affrontate in questo contributo, ma che meriterebbero sicuramente attenzione da parte della giurisprudenza, anche nazionale; sul tema cfr. A.A.H. Van Hoek, *Finding a legal framework for transnational collective agreements through international private law*, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, No. 2016-12; G. Orlandini, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit.

<sup>(20)</sup> R. Jagodzinski, *European works councils related litigation - Rationale for a systematic analysis*, a cura di F. Dorssemont - T. Blanke, *The recast of the European works council Directive*, Intersentia, 2010, 107-113.

<sup>(21)</sup> Per ulteriori evidenze, cfr. E. Vozz, *Comitati aziendali europei. valutazioni e requisiti*, ETUI, 2016.

<sup>(22)</sup> Favorendo la “re-intermediazione”, nelle parole di B. Caruso, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, WP CSDLE, It., n. 326/2017; sul tema cfr. anche L. Mariucci, *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberalismo*, LD, 2020, 1, 24-26.

prodotto di un sindacalismo efficace e concludente e contribuiscono a legittimare l'organizzazione collettiva.

L'accordo aziendale con il quale è stato posto un ulteriore e più puntuale vincolo in capo all'impresa è un – lungimirante – esempio di come si possa utilizzare il secondo livello di contrattazione non a vantaggio del potere unilaterale del datore di lavoro, ma come uno strumento idoneo a rafforzare gli obblighi, in questo caso di informazione, in capo a quest'ultimo<sup>(23)</sup>; d'altro canto, essendo il contratto collettivo il prodotto della mediazione di contrapposti interessi, è necessario costruire, a monte del testo contrattuale, rapporti di forza interni tali da permettere ai rappresentanti sindacali di porre sul tavolo della contrattazione gli interessi dei lavoratori, quale quello ad essere preventivamente informati della possibilità che si verifichino licenziamenti collettivi. Difatti, l'accordo aziendale di GKN è il frutto di un'opera progressiva di incidenza sui rapporti di forza interni all'azienda, portata avanti a partire dall'istituzione, con formale riconoscimento da parte della dirigenza, di un sistema di rappresentanza diffuso, chiamato “Collettivo di fabbrica”, istituito in risposta alla creazione delle figure dei *team leader* nel 2017<sup>(24)</sup>, nonché con gli strumenti tipici del conflitto, quali le assemblee e lo sciopero<sup>(25)</sup>, finalizzati al riconoscimento da parte dell'azienda di diritti esigibili (non solo sindacali, rientrandovi l'accordo che garantisce l'applicazione dell'art. 18, l. n. 300/1970, pre-riforma Fornero e la previsione di un sistema di progressiva internalizzazione dei lavoratori somministrati).

Un'esperienza sindacale, questa di GKN, che valorizza l'intermediario sindacale agli occhi dei lavoratori e si pone come solida alternativa alla tendenza del sindacato di rafforzare il piano della fornitura di servizi, quale strategia per affrontare la progressiva diminuzione delle adesioni<sup>(26)</sup>. La clausola dell'accordo

---

<sup>(23)</sup> Sul decentramento della contrattazione collettiva come strumento di rafforzamento del potere unilaterale del datore di lavoro v. A. Lassandari, *Il sistema di contrattazione collettiva oggi: processi disgregativi e sussulti di resistenza*, LD, 2016, 4; un rischio che diventa reale soprattutto in presenza di un sindacato debole o poco rappresentativo. Una diversa prospettiva sul decentramento contrattuale è offerta, tra gli altri, da D. Carrieri, *Prima di tutto le relazioni industriali*, in corso di pubblicazione per DLRI, in dialogo con le autorevoli tesi di Loralba Bellardi.

<sup>(24)</sup> A. Longo, *Un Collettivo di fabbrica a prova di democrazia*, *Il Manifesto*, 31.07.2021.

<sup>(25)</sup> Sulla perdita del ruolo centrale dello sciopero nell'autotutela collettiva, cfr., *inter alia*, L. Corazza, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Milano, 2012.

<sup>(26)</sup> Sia quello della contrazione delle adesioni, sia quello della risposta burocratica del sindacato non rappresentano tendenze nuove, in proposito v. S. Leonardi, *Bilateralità e servizi. Quale ruolo per il sindacato?*, Futura, 2005 e M. Carrieri - P. Feltrin, *Al bivio. Lavoro, sindacato e rappresentanza nell'Italia di oggi*, Donzelli, 2016.

del 9 luglio 2020, in continuità con l'articolo 9 del CCNL di settore, ben esprime le potenzialità della funzione obbligatoria del contratto collettivo e la capacità di quest'ultimo di consentire l'esercizio di un controllo, sebbene pur sempre esterno, sulle scelte datoriali. Non si può escludere, infatti, che se in Gianetti fosse esistito un accordo analogo, anche la Giudice monzese si sarebbe trovata costretta ad accordare agli obblighi di informazione di fonte contrattuale un peso maggiore di quello, quasi del tutto inesistente, riconosciuto nel decreto.

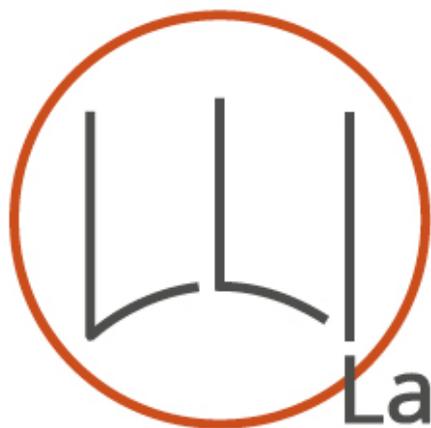
Un elemento di congruità si può, tuttavia, riscontrare tra il decreto GKN e il decreto Gianetti: in entrambi i casi non si ravvisa un rilievo sistematico degli obblighi di informazione e consultazione, la cui effettività pare dipendere, di fatto, da norme contrattual-collettive che non attuano la norma legale di rinvio, giacché è la parte non attuativa del d.lgs. n. 25/2007 a decretare la vittoria dei lavoratori di Campi Bisenzio, che è, invece, la parte del tutto ignorata dalla Giudice monzese.

Resterebbe da valutare se il CCNL Metalmeccanici abbia correttamente interpretato il potere di delega sancito agli articoli 1 e 4 del d.lgs. n. 25/2007, laddove prevede che gli obblighi di informazione e consultazione siano assorbiti dall'avvio della procedura di licenziamento collettivo. In tal senso, viene da chiedersi se le finalità perseguite dagli obblighi previsti dal decreto che ha attuato la direttiva 2002/14/CE siano compatibili con quelle per le quali sono state disposte le procedure *ex l.* n. 223/1991 e se, pertanto, gli obblighi di informazione e consultazione a carico dell'impresa siano, veramente, funzionalmente assorbibili dalle interazioni che si realizzano nel corso di una procedura per licenziamento collettivo. In particolare, è significativo che l'articolo 8, comma 1, d.lgs. n. 25/2007 disponga che «[R]estano ferme le procedure di informazione e di consultazione di cui [...] alla legge 23 luglio 1991, n. 223», escludendo perciò che la l. n. 223/1991 possa essere assorbita dalle procedure articolate in attuazione del d.lgs. n. 25/2007, ma, al contempo, non faccia menzione della possibilità per la procedura di licenziamento collettivo di sostituire o assorbire gli obblighi derivanti dal decreto, ossia dalla direttiva europea.

## Bibliografia

- Ballestrero M.V., *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *LD*, 2016, 4, 761-812.
- Bavaro V., *Appunti sul diritto del potere collettivo del lavoro*, in *LD*, 2021, 3-4, 563-582.
- Biasi M., *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia*, Egea, 2013.
- Carrieri D., *Prima di tutto le relazioni industriali*, in *DLRI*, in corso di pubblicazione.
- Carrieri M. - Feltrin P., *Al bivio. Lavoro, sindacato e rappresentanza nell'Italia di oggi*, Donzelli, 2016.
- Caruso B., *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *WP CSDLE*, It., n. 326/2017.
- Corazza L., *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Milano, 2012.
- Corti M., *L'informazione e la consultazione dei lavoratori tra art. 27 della "Carta di Nizza" e direttiva 2002/14/CE: un diritto "condizionato"*, in *DRI*, 2014, 4, 1178-1186.
- Corti M., *La partecipazione dei lavoratori*, Vita & Pensiero, 2012.
- D'Antona M., *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXII, 1990.
- De Luca Tamajo R., *Il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro: luci e ombre di una attitudine creativa*, in *LD*, 2016, 4, 813.
- Falsone M., *La repressione della condotta antisindacale fra spiazzamenti, potenzialità inespresse ed esigenze di manutenzione*, in *LD*, 2021, 2, 373.
- Giugni G., *Diritto sindacale*, Cacucci Editore, 2014.
- Jagodzinski R., *European works councils related litigation - Rationale for a systematic analysis*, in Dorsemont F. - Blanke T. (a cura di), *The recast of the European works council Directive*, Intersentia, 2010, 107-113.
- Lassandari A., *Commento agli artt. 7 e 8*, in M.G. Garofalo - M. Roccella (a cura di), *Commentario al contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmeccanici*, Cacucci, 2010, 99.
- Lassandari A., *Il sistema di contrattazione collettiva oggi: processi disgregativi e sussulti di resistenza*, in *LD*, 2016, 4, 975-983.
- Leonardi S. (a cura di), *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa. I diritti di informazione e consultazione dopo il D.lgs. 25/2007*, Ediesse, 2010.
- Leonardi S., *Bilateralità e servizi. Quale ruolo per il sindacato?*, Futura, 2005.
- Loffredo A., *Democrazia aziendale, imprese transnazionali e dumping sociale*, Editoriale Scientifica, 2018.
- Longo A., *Un Collettivo di fabbrica a prova di democrazia*, in *Il Manifesto*, 31.07.2021.
- Marino D., *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese nella contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2020, 4, 1024-1053.
- Mariucci L., *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberismo*, in *LD*, 2020, 1, 19-40.
- Olivelli P. - Ciocca G., *La partecipazione del sindacato in generale*, in F. Lunardon (a cura di) *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Cedam, 2011, 780.
- Orlandini G., *Conflitto collettivo*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali IX*, Giuffrè, 2016, 100-104.
- Orlandini G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in *WP CSDLE*, It., n. 137/2012.
- Sciarra S., *Imprese comunitarie, gruppi di imprese di dimensioni comunitarie ed organizzazione dei procedimenti di informazione e consultazione sindacale a livello transnazionale (CAE e procedura di informazione e consultazione)*, in *NGL*, 1995, 35.

- Terzi, A. *I licenziamenti GKN, il giudice e l'impresa*, in *QG*, 2021.
- Van Hoek A.A.H., *Finding a legal framework for transnational collective agreements through international private law*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, No. 2016-12.
- Vozz E., *Comitati aziendali europei. valutazioni e requisiti*, ETUI, 2016.
- Zoli C., *I diritti di informazione e di c.d. consultazione: il decreto legislativo 6 febbraio 2007*, in *RIDL*, 2008, I, 161.
- Zoppoli L. (a cura di), *L'attuazione della direttiva sui Comitati aziendali europei: un'analisi comparata*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.
- Zoppoli L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *DLRI*, 2005, 347.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

**Le collaborazioni organizzate dal committente  
e le incertezze della giurisprudenza  
sul lavoro tramite piattaforma**

**ANDREA PILATI**

Università degli Studi di Verona

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695





# Le collaborazioni organizzate dal committente e le incertezze della giurisprudenza sul lavoro tramite piattaforma

**ANDREA PILATI**

Università degli Studi di Verona  
Associato di Diritto del Lavoro  
andrea.pilati@univr.it

---

## ABSTRACT

---

The essay first of all highlights the difficulties of doctrine in interpreting art. 2 of the legislative decree n. 81/2015, relating to the collaborations organized by the client. The author criticizes the thesis, which considers these collaborations as self-employment relationships, subject to the discipline of subordinate work. In particular, he points out the irrationality of the effects of this opinion and the difficulties it causes in identifying the discipline of subordinate employment relationships applicable to these collaborations. The author also highlights the uncertainties of the jurisprudence regarding the discipline applicable to the collaboration relationships of platform workers. He believes that art. 2 has implicitly qualified these collaborations as subordinate and that this solution guarantees rationality to the legislative system and certainty of the applicable discipline.

**Keywords:** Hetero-organisation; digital platforms; qualification; *riders*.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14086>

---

## Le collaborazioni organizzate dal committente e le incertezze della giurisprudenza sul lavoro tramite piattaforma<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Lo smarrimento della dottrina di fronte ai recenti interventi legislativi sulle collaborazioni personali e continuative. – 2. L’art. 2 del d. lgs. n. 81/2015 sottintende la qualificazione come subordinate delle collaborazioni organizzate dal committente. – 3. Il testo della norma non consente di sostenere la tesi della natura autonoma delle collaborazioni etero-organizzate. – 4. Alle collaborazioni organizzate dal committente si applica l’intera disciplina del rapporto di lavoro subordinato. – 5. Le incertezze della giurisprudenza sulla disciplina applicabile alle collaborazioni etero-organizzate svolte tramite piattaforme digitali. – 6. Dallo smarrimento all’inquietudine.

### 1. Lo smarrimento della dottrina di fronte ai recenti interventi legislativi sulle collaborazioni personali e continuative.

Di fronte alle incursioni del legislatore nell’area delle collaborazioni personali e continuative intervenute negli anni 2015-2019<sup>(1)</sup>, la dottrina giuslavoristica ha in più occasione manifestato un senso di «smarrimento»<sup>(2)</sup>, di «spaesamento»<sup>(3)</sup> o di «disorientamento»<sup>(4)</sup>. A causarlo è stato «l’ingorgo»<sup>(5)</sup> o il

---

(\*) Il saggio rientra nell’attività di ricerca del *team* «Tecniche di tutela del lavoro autonomo, imprenditoriale e non imprenditoriale», nell’ambito del Progetto di Eccellenza «Diritto, Cambiamenti e Tecnologie» del Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università degli Studi di Verona

(1) Si v. specialmente l’art. 2 d. lgs. n. 81/2015, rubricato «collaborazioni organizzate dal committente», come modificato in particolare dall’art. 1, comma 1, lett. a), d.l. n. 101/2019, conv. dalla l. n. 128/2019; l’art. 15, comma 1, lettera a), l. n. 81/2017, che ha integrato l’art. 409, n. 3, c.p.c.; l’art. 1, comma 1, lettera c), del d.l. n. 101/2019, che ha introdotto nel d. lgs. n. 81/2015 il capo V bis, dedicato alla ««tutela del lavoro tramite piattaforme digitali» (artt. da 47 bis a 47octies).

(2) M. Marazza, *Jobs Act e prestazioni d’opera organizzate*, GC, 2016, 1, 216. Di «senso di incertezza e smarrimento» parla anche C. Pisani, *Le nuove collaborazioni etero-organizzate, il lavoro tramite piattaforme digitali e gli indici presuntivi della subordinazione*, ADL, 2019, 1191.

(3) M. Magnani, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, DRI, 2020, 105. P. Albi, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione*, Labor, 2019, 126, nota lo «spaesamento assiologico» della dottrina.

(4) T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, DLRI, 2015, 155, parla, più in generale, di un «disorientamento diffuso fra gli studiosi e i politici più consapevoli».

(5) G. Proia, *Il lavoratore autonomo continuativo e le collaborazioni “organizzate” tra esigenze di tutela e contrasto agli abusi*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro-Passarelli. Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, Giappichelli, 2018, I, 503 s.; Id., *Le “collaborazioni organizzate” dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, DRI, 2020, 508. Di «ingorgo normativo» parla anche F. Carinci, *La subordinazione rivisitata alla luce dell’ultima legislazione: dalla “subordinazione” alle “subordinazioni”?*, ADL, 2018, 981.

«groviglio»<sup>(6)</sup> delle fattispecie e delle tutele, determinato dal sopraggiungere di provvedimenti, che hanno determinato un «rebus» normativo<sup>(7)</sup>.

Si è invero osservato che «si affastellano, nel composito mondo del lavoro autonomo, una molteplicità di figure variamente sovrapposte e/o differenziate quanto a discipline e rimedi, in maniera non sempre limpida e ragionevole»<sup>(8)</sup>. Nell'ordinamento «si è venuta a realizzare una proliferazione scarsamente controllata (dal punto di vista della tecnica legislativa) di diverse fattispecie (giuridicamente rilevanti) di lavoro, che sono tra loro contigue o addirittura parzialmente sovrapponibili»<sup>(9)</sup>. Il riferimento è alle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., come integrato dall'art. 15, l. n. 81/2017; alle collaborazioni organizzate dal committente anche mediante piattaforme digitali, di cui al primo comma dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 (d'ora in poi anche solo art. 2); alle collaborazioni di cui al secondo comma del medesimo articolo, che sono escluse dal campo di applicazione del primo comma; all'attività di consegna di beni «attraverso piattaforme anche digitali», di cui agli artt. 47-bis ss., d.lgs. n. 81/2015. Questi provvedimenti hanno «finito per ampliare nel diritto del lavoro l'area delle incertezze proprio su una tematica che per la sua rilevanza socio-economica richiede, a differenza di quel che si è verificato sinora, degli approdi ... sicuri sia a livello dottrinario che giurisprudenziale»<sup>(10)</sup> e «si sono create maggiori zone di ambiguità in un nodo cruciale del diritto del lavoro»<sup>(11)</sup>. Il risultato è «un quadro normativo a dir poco tormentato»<sup>(12)</sup>.

Una siffatta situazione è stata in gran parte addebitata alla «“ambigua

---

<sup>(6)</sup> F. Martelloni, *I rimedi nel “nuovo” diritto del lavoro autonomo*, LD, 2017, 533; di «groviglio normativo» parlano anche M. Persiani, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, LDE, 2020, 1, 1; A. Perulli, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP CSDLE, It. n. 410/2020, 40.

<sup>(7)</sup> R. Del Punta, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, RIDL, 2019, II, 358 ss., che parla anche di «ginepraio»; R. Voza, *Nuove sfide per il welfare: la tutela del lavoro nella gig economy*, RDSS, 2018, 668, individua «il labirinto della qualificazione giuridica del lavoro tramite piattaforma»; M. Magnani, *Subordinazione*, op. cit., 114.

<sup>(8)</sup> F. Martelloni, *I rimedi*, op. cit., 532.

<sup>(9)</sup> G. Proia, *Le “collaborazioni organizzate” dal committente*, op. cit., 500; in posizione adesiva si v. C. De Marco-A. Garilli, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, WP CSDLE, It. n. 435/2021, 4.

<sup>(10)</sup> G. Vidiri, *La gig economy e le nuove forme di tutela del lavoro tra autonomia e subordinazione*, ADL, 2019, 717.

<sup>(11)</sup> G. Vidiri, *La gig economy*, op. cit., 720; secondo tale Autore, *ivi*, 723, «spetterà ... al giudice – sino a quando i nuovi contratti di lavoro non si tradurranno da contratti *sociali* ed *atipici* in contratti *legali* – il difficile compito di prescrivere le regole per le nuove forme di lavoro dei *riders* e più in generale delle piattaforme digitali».

<sup>(12)</sup> M. Magnani, *Subordinazione*, op. cit., 109.

nozione” di collaborazione etero-organizzata»<sup>(13)</sup>, di cui all’art. 2, d. lgs. n. 81/2015. Tale previsione è stata bollata come «ibrido normativo»<sup>(14)</sup>, «norma enigmatica e controversa»<sup>(15)</sup> e «dalla tecnica disinvolta destinata pertanto a creare incertezze in sede applicativa»<sup>(16)</sup>. Questo spiega il motivo per cui su di esso «si è scatenata una battaglia interpretativa senza precedenti»<sup>(17)</sup>, un dibattito «sproporzionato»<sup>(18)</sup> e una «querelle infinita»<sup>(19)</sup>, al punto da essere considerato «la disposizione più discussa del diritto del lavoro del nuovo secolo»<sup>(20)</sup>.

## 2. L’art. 2, d. lgs. n. 81/2015 sottintende la qualificazione come subordinate delle collaborazioni organizzate dal committente.

Ai fini della riflessione che si intende svolgere, non è necessario riassumere le diverse opzioni ermeneutiche che la dottrina ha accolto, nel tentativo di individuare la più acconcia sistemazione dogmatica per le collaborazioni organizzate dal committente anche tramite piattaforma digitale. Si prenderanno le mosse dall’analisi della tesi, a cui ha aderito un ampio settore della dottrina, che ha configurato l’art. 2 come mera norma di disciplina e non di fattispecie ed ha attribuito natura autonoma alle collaborazioni ivi contemplate.

Questa tesi sostiene che l’art. 2, d. lgs. n. 81/2015 non ha qualificato tali collaborazioni come rapporti di lavoro subordinato, né è intervenuto sul tipo legale della subordinazione *ex art.* 2094 c.c., al fine di ampliarlo e ricondurre al suo interno queste collaborazioni. La norma in questione si è invero limitata, in presenza degli indici fattuali dalla stessa elencati, ad estendere l’applicazione

---

<sup>(13)</sup> M.V. Ballestrero, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, LD, 2016, 776; di «ambiguità normativa», con riferimento all’art. 2, parla anche F. Santoni, *I modelli contrattuali del lavoro che cambia*, DML, 2018, 18.

<sup>(14)</sup> P. Tullini, *Il lavoro nell’economia digitale: l’arduo cammino della regolazione*, in *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, a cura di A. Perulli, Cedam, 2018, 184.

<sup>(15)</sup> M. Magnani, *Subordinazione*, *op. cit.*, 107; *ivi*, 110, parla di una tecnica normativa approssimativa e ambigua; in posizione adesiva si v. A. Zoppoli, *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, DRI, 2020, 709.

<sup>(16)</sup> G. Vidiri, *La gig economy*, *op. cit.*, 724, nota 48. Di «ircocervo di non agevole decodificazione» parla S. D’Ascola, *La collaborazione organizzata cinque anni dopo*, LD, 2020, 10.

<sup>(17)</sup> O. Mazzotta, *Lo strano caso delle “collaborazioni organizzate dal committente”*, *Labor*, 2016, n. 1-2, 7. Id., *L’inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, *Labor*, 1-2/2020, 17 ss., ritiene sia sorto «un dibattito senza precedenti».

<sup>(18)</sup> F. Santoni, *Autonomia e subordinazione nel riordino delle tipologie contrattuali del lavoro non dipendente*, DML, 2016, 511.

<sup>(19)</sup> G. Santoro Passarelli, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, WP CSDLE, It. n. 411/2020, 3.

<sup>(20)</sup> F. Martelloni, *La tutela del lavoro nel prisma dell’art. 35 Cost.*, RIDL, 2020, I, 407.

della disciplina del lavoro subordinato a rapporti che si collocano – e continuano a farlo anche successivamente – nell’area del lavoro autonomo<sup>(21)</sup>.

Nei confronti di questa ricostruzione sono già stati avanzati alcuni rilievi critici. Si è affermato, in particolare, che «l’aver qualificato la disposizione del primo comma dell’art. 2, d.lgs. n. 81/2015 come una “norma di disciplina” nemmeno ha un senso logico, prima ancora che giuridico. Ciò perché è un vero e proprio nonsenso una norma che detti soltanto una disciplina, senza individuare a quale fattispecie essa sia applicabile»<sup>(22)</sup>. In quest’ordine di considerazioni si è osservato che «una norma privatistica delinea, per definizione, una fattispecie, cui ricollega determinati effetti in termini di disciplina applicabile»<sup>(23)</sup> e che «non c’è una fattispecie senza una disciplina né c’è una disciplina senza una fattispecie che della prima altro non è se non il campo di applicazione»<sup>(24)</sup>. Di conseguenza, non può essere contestato che l’art. 2 «crei, comunque, una nuova fattispecie legale – quella, appunto, delle “collaborazioni organizzate” dal committente – che, pur non configurando un nuovo tipo (o sottotipo) contrattuale, costituisce un distinto centro di

---

<sup>(21)</sup> Si v., tra gli altri, R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2015, 371; Id., *Sui riders e non solo*, *op. cit.*, A. Perulli, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, LD, 2015, 271 e ss.; Id., *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, WP CSDLE, It. n. 272/2015, 11 ss.; Id., *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, RGL, 2016, I, 27 s.; Id., *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”*, *op. cit.*, 15 s.; Id., *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come “orientarsi nel pensiero”*, DRI, 2020, 267 e ss., spec. 279 s., 302 s. e 306 s.; Id., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, 98, 109 e 130; Id., *Il rider di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione, e libertà*, ADL, 2021, 50 e ss.; R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, WP CSDLE, It. n. 282/2015, 11 ss.; P. Ichino, *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di A. Vallebona, MGL, 2015, 52 ss.; M. Marazza, *Jobs Act e prestazioni d’opera organizzate*, *op. cit.*, 215 ss.; S. Ciucciovino, *Le “collaborazioni organizzate dal committente” nel confine tra autonomia e subordinazione*, RIDL, 2016, I, 322 ss.; A. Zoppoli, *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, WP CSDLE, It. n. 296/2016, 7 ss.; A. Occhino, *Autonomia e subordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, VTDL, 2016, 209 ss.; F. Martelloni, *I rimedi*, *op. cit.*, 521; U. Carabelli, *Introduzione*, RGL, 2016, I, 5 s.; M.T. Carinci, *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. n. 1663/2020: verso un nuovo sistema dei contratti in cui è dedotta un’attività di lavoro*, DRI, 2020, 488 ss.; G. Proia, *Le “collaborazioni organizzate” dal committente*, *op. cit.*, 499 e s.; M. Persiani, *Note sulla vicenda*, *op. cit.*, 4 s.; A. Maresca, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, DRI, 2020, 147 ss.; Id., *Brevi cenni sulle collaborazioni eteroorganizzate*, RIDL, 2020, I, 73 ss.; C. De Marco-A. Garilli, *L’enigma qualificatorio dei riders*, *op. cit.*, 19 ss.

<sup>(22)</sup> M. Persiani, *Note sulla vicenda*, *op. cit.*, 4; in posizione adesiva si v. F. Carinci, *Il percorso giurisprudenziale sui rider. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020*, ADL, 2021, 8.

<sup>(23)</sup> O. Mazzotta, *L’inafferrabile etero-direzione*, *op. cit.*, 20 s.

<sup>(24)</sup> O. Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, DRI, 2020, 365, richiamando M. Pallini, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione*, RGL, 2016, I, 78.

imputazione di propri effetti giuridici»<sup>(25)</sup>.

Se l'intento della tesi che ravvisa nell'art. 2 una norma di disciplina era quello sopra ricordato, si può convenire con chi ha ritenuto che queste critiche sono ingenerose<sup>(26)</sup> ed eccessive. I fautori dell'opinione in esame non hanno infatti mai messo in discussione che anche le collaborazioni organizzate dal committente siano riconducibili ad una fattispecie. Anzi, lo hanno espressamente riconosciuto<sup>(27)</sup>. E' quindi un dato acquisito che anche l'analisi della disciplina applicabile alle collaborazioni organizzate dal committente debba prendere le mosse dall'individuazione della fattispecie delineata dal legislatore<sup>(28)</sup>.

In realtà il *punctum dolens* dell'interpretazione dell'art. 2 come norma di disciplina è rinvenibile proprio nella ricostruzione della fattispecie di riferimento ed è già stata messo a nudo, ponendo il seguente interrogativo: «come è possibile che il legislatore abbia ritenuto integralmente applicabile ... la disciplina del lavoro subordinato al lavoro autonomo?»<sup>(29)</sup>.

In effetti, anche alcuni sostenitori della tesi in esame riconoscono «la difficoltà (*in primis* concettuale)»<sup>(30)</sup> di questo risvolto. Ammettono cioè che «potrà suscitare perplessità, dal punto di vista dogmatico la scelta del legislatore consistente nell'estensione della disciplina della subordinazione a figure in senso lato autonome»<sup>(31)</sup> e sono consapevoli dell'emergere di «un evidente disallineamento tra la fattispecie (lavoro autonomo) e i suoi effetti (disciplina del lavoro subordinato), con l'inevitabile difficoltà di dover spiegare come e in che misura la disciplina del lavoro subordinato dovrebbe trovare applicazione ad una prestazione di lavoro che, a ben vedere, subordinata non è»<sup>(32)</sup>. Non

---

<sup>(25)</sup> G. Proia, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente*, op. cit., 501. Nello stesso senso O. Mazzotta, *L'inafferrabile etero-direzione*, op. cit., 20 s.

<sup>(26)</sup> F. Martelloni, *La tutela* op. cit., 409, n. 31.

<sup>(27)</sup> R. Del Punta, *Sui riders e non solo*, op. cit., 359 s.; A. Zoppoli, *La collaborazione eteroorganizzata*, op. cit., 21 s.; Id., *Le collaborazioni eteroorganizzate*, op. cit., 720 e 739; A. Perulli, *Collaborazioni etero-organizzate*, op. cit., spec. 277.

<sup>(28)</sup> Sul punto sono ancor oggi fondamentali gli studi di T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, tomo I, Giuffrè, 1959, 75 e s.; Id., *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, ivi, 169; Id., *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, ivi, 185 e ss.; Id., *Inesistenza e nullità*, ivi, 230 s.; Id., *Personalità giuridica e sua portata*, ivi, 240 e n. 5.

<sup>(29)</sup> O. Razzolini, *I confini tra subordinazione*, op. cit., 367.

<sup>(30)</sup> A. Maresca, *La disciplina*, op. cit., 147; *contra*, A. Occhino, *Autonomia e subordinazione*, op. cit., 215, secondo la quale l'art. 2 «non pecca quindi di razionalità quando impone l'applicazione di una disciplina pensata in origine per i lavoratori subordinati a lavoratori diversi».

<sup>(31)</sup> A. Perulli, *Costanti e varianti*, op. cit., 274; Id., *Il lavoro autonomo*, op. cit., 16.

<sup>(32)</sup> M. Marazza, *Jobs Act e prestazioni d'opera organizzate*, op. cit., 219.

nascondono insomma il sorgere di «una delicata questione di coerenza interna al sistema»<sup>(33)</sup>, di significative difficoltà applicative<sup>(34)</sup> e di «scenari “enigmatici”»<sup>(35)</sup>.

Per superare questa difficoltà, è necessario riconoscere che il primo comma dell’art. 2, benchè non attribuisca espressamente natura subordinata alle collaborazioni da esso disciplinate, ha implicitamente effettuato la loro qualificazione proprio in questi termini<sup>(36)</sup>.

Al riguardo è opportuno ricordare che, secondo la sua tradizionale definizione, la fattispecie è «l’insieme di tutti gli elementi necessari e sufficienti al prodursi di un determinato effetto giuridico»<sup>(37)</sup> o, più sinteticamente, è «causa di effetti giuridici»<sup>(38)</sup>. Si è peraltro sostenuto che, per giungere ad una sua più appagante configurazione, è necessario evidenziare il giudizio di valore insito nella presa in considerazione della realtà sociale da parte del legislatore. Partendo dal rilievo che gli effetti giuridici rappresentano la risposta dell’ordinamento alle nuove situazioni di fatto e trovano la loro ragione e giustificazione nella valutazione delle stesse ad opera dell’ordinamento<sup>(39)</sup>, la fattispecie è stata definita come «l’oggetto della valutazione» da parte dell’ordinamento giuridico<sup>(40)</sup>. Attingendo a questa ricostruzione, si può sostenere che con il primo comma dell’art. 2 il legislatore ha «inteso ribadire un giudizio di disvalore nei confronti del lavoro autonomo non genuino»<sup>(41)</sup> e ha reagito, disponendo che, qualora siano presenti gli indici fattuali ivi indicati, sussiste subordinazione. Proprio per questo, «si applica» la disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Solo se si coglie questa sottintesa qualificazione delle collaborazioni eteroorganizzate quali collaborazioni subordinate, l’art. 2 riesce ad avere una propria razionalità ed una propria coerenza sistematica. Il vero nonsenso, infatti, sarebbe qualificare un rapporto di lavoro come autonomo e sottoporlo alla

---

<sup>(33)</sup> U. Carabelli, *Introduzione*, *op. cit.*, 8.

<sup>(34)</sup> R. Pessi, *Il tipo contrattuale*, *op. cit.*, 15.

<sup>(35)</sup> A. Zoppoli, *Le collaborazioni eteroorganizzate*, *op. cit.*, 720 e 739 ss.

<sup>(36)</sup> Anche a giudizio di E. Ghera, *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, *op. cit.*, 50, l’art. 2 stabilisce «un indicatore legale della natura effettivamente subordinata della prestazione lavorativa e perciò un criterio di qualificazione della fattispecie» e «riconosce la natura subordinata di ogni collaborazione organizzata dal creditore di una prestazione di lavoro che sia esclusivamente personale e continuativa».

<sup>(37)</sup> P.G. Monateri, voce *Fattispecie*, *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, vol. VIII, Utet, 1992, 223 s.

<sup>(38)</sup> A. Cataudella, voce *Fattispecie*, *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, 1967, 927; v. anche C. Maiorca, voce *Fatto giuridico - Fattispecie*, *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, 1961, Utet, 111 ss.

<sup>(39)</sup> E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, XV, tomo 2, Utet, 1952, 2 e s.; in posizione adesiva A. Cataudella, *op. cit.*, 933.

<sup>(40)</sup> A. Cataudella, *op. cit.*, 934 s.

<sup>(41)</sup> F. Santoni, *Autonomia e subordinazione*, *op. cit.*, 516.

disciplina del lavoro subordinato (o viceversa)<sup>(42)</sup>. Solamente se si riconosce l'implicita qualificazione delle collaborazioni organizzate dal committente come subordinate, la fattispecie descritta è coerente con gli effetti prodotti dalla norma che la contempla.

Al riguardo è opportuno ricordare che «quando ci si pone nell'ottica dell'applicazione del diritto, la fattispecie va di pari passo con la tutela ad essa imputata e una qualche correlazione tra i due termini deve essere configurata»<sup>(43)</sup>. In questo ordine di considerazioni, si è più esplicitamente affermato che, per «cercare ciò che è tipico, nel senso di essenziale ad un certo tipo contrattuale piuttosto che ad un altro», il confronto va fatto «non solo tra le disposizioni che definiscono i tipi stessi, ma *tra la loro intera disciplina*. Solo questa comparazione reciproca consente, infatti, di chiarire quali siano i profili essenziali all'uno piuttosto che all'altro tipo contrattuale»<sup>(44)</sup>. Per tornare quindi al primo comma dell'art. 2, «applicare la disciplina del lavoro dipendente significa risalire alla individuazione della fattispecie di appartenenza, non essendo consentito pensare che una disciplina costruita sul modello del lavoro subordinato si applichi a una categoria che non abbia i caratteri tipologici che configurano in senso lato la subordinazione»<sup>(45)</sup>. Insomma, l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato «reagisce sulla stessa definizione»<sup>(46)</sup>.

Del resto, una volta applicata la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, che autonomia – in termini giuridicamente rilevanti – potrebbe mai sopravvivere per queste collaborazioni? La risposta non può che essere la seguente: «ai rapporti di lavoro organizzati dal committente si applica la disciplina sostanziale del rapporto di lavoro subordinato, quindi dire che sono autonomi non ha alcuna rilevanza giuridica»<sup>(47)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> G. Ferraro, *Collaborazioni organizzate dal committente*, RIDL, 2016, I, 60, parla, in questo contesto, di una «tollerabilità costituzionale e una sua intrinseca razionalità e proporzionalità degli effetti provocati» dell'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015. Nel senso che sarebbe «irragionevole» estendere la disciplina del lavoro subordinato ad ipotesi di lavoro autonomo si v. anche O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, WP CSDLE, It. n. 266/2015, 4.

<sup>(43)</sup> M. Pedrazzoli, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, QDLRI, n. 21, 1998, 13.

<sup>(44)</sup> L. Nogler, *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'“autorità del punto di vista giuridico”*, WP CSDLE, It. n. 267/2015, 19.

<sup>(45)</sup> G. Ferraro, *Collaborazioni*, op. cit., 60.

<sup>(46)</sup> F. Carinci, *La subordinazione rivisitata*, op. cit., 969.

<sup>(47)</sup> G. Santoro Passarelli, *Modalità di lavoro e nuove collaborazioni*, in *Il lavoro e i suoi luoghi* a cura di A. Occhino, Vita e Pensiero, 2018, 22. Sul punto si v. anche M. Pallini, *Dalla eterodirezione*, op. cit., 78.

### 3. Il testo della norma non consente di sostenere la tesi della natura autonoma delle collaborazioni etero-organizzate.

Contrariamente a quanto affermato da alcuni suoi sostenitori, la tesi della natura autonoma delle collaborazioni organizzate dal committente non trova un adeguato sostegno neppure nella lettera del primo comma dell'art. 2<sup>(48)</sup>.

È indubbio che le espressioni ivi utilizzate (in particolare: «committente», «anche ai rapporti di collaborazione», «prestazioni di lavoro prevalentemente personali») appartengono al lessico del lavoro autonomo. La scelta di questo linguaggio però si spiega agevolmente, se si considera che, nell'ottica antielusiva e antifraudolenta propria di questa norma, il legislatore ha visualizzato l'ipotesi di un rapporto di collaborazione solo formalmente di natura autonoma, ma in realtà caratterizzato dalla c.d. etero-organizzazione. A fronte di tale realtà fattuale, l'ordinamento reagisce, applicando la disciplina del lavoro subordinato. E' dunque naturale che il legislatore abbia descritto il rapporto di lavoro contemplato dal primo comma dell'art. 2, utilizzando la terminologia propria delle collaborazioni (apparentemente o fittiziamente) autonome. Tuttavia, «al verificarsi delle caratteristiche delle collaborazioni individuate dal D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 2, comma 1, la legge ricollega imperativamente l'applicazione della disciplina della subordinazione»<sup>(49)</sup>.

Né può giovare alla tesi in esame il fatto che, secondo il primo comma dell'art. 2, la disciplina sul lavoro subordinato si applichi solo «a far data dal 1° gennaio 2016». La mancata applicazione, prima di tale data, di questa disciplina non è un dato dal quale è possibile desumere la natura autonoma di questi rapporti. Il criterio temporale indica semplicemente la data, a partire dalla quale

---

<sup>(48)</sup> Tra gli autori che hanno invece valorizzato i dati letterali, al fine di escludere il riferimento a rapporti di lavoro subordinato, si v. A. Perulli, *Costanti e varianti, op. cit.*, 270; Id., *Il lavoro autonomo, op. cit.*, 14 s.; M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione (artt. 1, 2, 52, 55, d. lgs. n. 81/2015)*, in *I contratti di lavoro*, a cura di M. Magnani - A. Pandolfo - P.A. Varesi, Giappichelli, 2016, 10; A. Zoppoli, *La collaborazione eteroorganizzata, op. cit.*, 7; A. Zoppoli, *Le collaborazioni eteroorganizzate, op. cit.*, 708 s.; M. Marazza, *Jobs Act e prestazioni d'opera organizzate, op. cit.*, 220. Per l'infondatezza del tentativo di ricondurre le collaborazioni ex art. 2 nell'area del lavoro parasubordinato sulla scorta di tali argomenti letterali si v. O. Mazzotta, *Lo strano caso, op. cit.*, 10.

<sup>(49)</sup> Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, RIDL, 2020, II, 76, nt. Ichino, *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*; la sentenza è stata commentata, tra gli altri, anche da M.T. Carinci, *Il lavoro etero-organizzato, op. cit.*, 488 ss.; Ead., *I contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro alla luce di Cass. n. 1663/2020*, RIDL, 2020, I, 49 ss.; R. Romei, *I rider in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, RIDL, 2020, I, 89 ss.; G. Proia, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente, op. cit.*, 499 ss.; G. Santoro Passarelli, *L'interpretazione dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 e i riders nella sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, DRI, 2020, 512 ss.

è entrato in vigore il nuovo meccanismo antifraudolento di cui all'art. 2. Questo congegno ha sostituito nella medesima logica antielusiva quello predisposto in precedenza tramite il lavoro a progetto, che è stato disattivato a partire dal 25 giugno 2015 dall'art. 52, comma 1, d. lgs. n. 81/2015.

Tra gli argomenti utilizzati dall'opinione qui esaminata vi è anche quello, secondo cui solo il riconoscimento della natura autonoma delle collaborazioni organizzate dal committente eviterebbe la lesione del principio di indisponibilità del tipo lavoro subordinato, altrimenti realizzata dalle eccezioni/esclusioni all'applicazione della disciplina del lavoro subordinato previste dal secondo comma dell'art. 2<sup>(50)</sup>. Come noto, questo principio è stato così espresso dalla Corte Costituzionale in due sentenze degli anni novanta del secolo scorso: «non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato»<sup>(51)</sup>. «A maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato»<sup>(52)</sup>. Si sostiene dunque che, qualora le collaborazioni organizzate dal committente avessero natura subordinata, la sottrazione dall'area di applicazione della disciplina del rapporto di lavoro di quelle elencate nel secondo comma dell'art. 2 determinerebbe una lesione del principio di indisponibilità del tipo.

Neppure questo argomento convince. Al di là dei tentativi di ripensamento critico del principio di indisponibilità del tipo<sup>(53)</sup>, è evidente che siffatta questione riguarda solo il capoverso dell'art. 2. Questo rischio non può

---

<sup>(50)</sup> Tra gli altri, si v. R. Del Punta, *Sui riders e non solo*, *op. cit.*, 362 ss.; A. Perulli, *Costanti e varianti*, *op. cit.*, 273; Id., *Il lavoro autonomo*, *op. cit.*, 14 s.; Id., *Le nuove frontiere*, *op. cit.*, 15 ss.; M. Marazza, *Jobs Act e prestazioni d'opera organizzate*, *op. cit.*, 221 s.; F. Santoni, *Autonomia e subordinazione*, *op. cit.*, 522; M.T. Carinci, *Il lavoro etero-organizzato*, *op. cit.*, 490; C. De Marco-A. Garilli, *L'enigma qualificatorio dei riders*, *op. cit.*, 21 s.

<sup>(51)</sup> C. cost. 29 marzo 1993, n. 121, *FI*, 1993, I, 2432.

<sup>(52)</sup> C. cost. 31 marzo 1994, n. 115, *MGL*, 1995, 523. Più di recente si v. C. cost. 7 maggio 2015, n. 76, *ADL*, 2016, 318, nt. Bertocco, *Indisponibilità del tipo legale tra certezze della giurisprudenza e nuovi orientamenti dogmatici*.

<sup>(53)</sup> Sui quali cfr. O. Razzolini, *La nuova disciplina*, *op. cit.*, 20 ss.; Ead., *I confini tra subordinazione*, *op. cit.*, 368 ss.; G. Ferraro, *Collaborazioni*, *op. cit.*, 60; Id., *Subordinazione e autonomia tra pronunzie della Corte costituzionale e processi evolutivi*, *LG*, 2016, 224 ss.

invece condizionare l'interpretazione del primo comma di questa norma<sup>(54)</sup>, che rimane estraneo ad eventuali censure di illegittimità costituzionale.

In realtà, solo riconoscendo la natura subordinata ai rapporti di collaborazione di cui al primo comma dell'art. 2 si riesce a sottrarli da possibili dubbi di illegittimità costituzionale. Occorre infatti ricordare che «il principio di indisponibilità del tipo ... opera in termini bidirezionali» e vale anche «nel senso che non è possibile negare l'appartenenza a una determinata categoria, ancorché dilatata, a rapporti sociali a cui si applica la relativa disciplina»<sup>(55)</sup>.

Si aggiunga che le collaborazioni di cui al secondo comma dell'art. 2 non presentano, agli occhi del legislatore, il tratto dell'eteroorganizzazione di cui al primo comma<sup>(56)</sup>. Proprio per questo la disciplina del rapporto di lavoro subordinato non viene loro applicata. Tralasciando l'ipotesi di cui alla lettera a), si tratta invero di categorie di lavoratori o di settori in cui «non sussiste una situazione patologica di lavoro subordinato mascherato»<sup>(57)</sup>. Non a caso essi erano stati in parte già esclusi dall'art. 61, comma 3, d. lgs. n. 276/2003, n. 276, dall'applicazione della disciplina sul lavoro a progetto<sup>(58)</sup>.

#### **4. Alle collaborazioni organizzate dal committente si applica l'intera disciplina del rapporto di lavoro subordinato**

La tesi in esame, dunque, non trova solide fondamenta neppure nell'esegesi dell'art. 2.

Essa finisce anzi per forzare in maniera inammissibile il testo di questa previsione, nel momento in cui limita l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, introducendo il filtro della sua compatibilità con l'asserita natura autonoma delle collaborazioni ivi considerate. Siffatta palese violazione del tenore della norma, a cui i sostenitori della tesi in questione sono costretti a

---

<sup>(54)</sup> Sull'«errore metodologico di ricostruire la categoria generale sulla base delle disposizione esoneratrice» si v. G. Ferraro, *Collaborazioni*, *op. cit.*, 62; si v. anche V. Nuzzo, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, WP CSDLE, It. n. 280/2015, 13 s.

<sup>(55)</sup> G. Ferraro, *Collaborazioni*, *op. cit.*, 60, richiamando R. De Luca Tamajo, *Il limite della discrezionalità qualificatoria del legislatore*, in *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, a cura di R. Scognamiglio, Esi, 2006, 35 ss.

<sup>(56)</sup> Per l'opinione contraria si v., ad es., A. Zoppoli, *La collaborazione eteroorganizzata*, *op. cit.*, 27.

<sup>(57)</sup> L. Nogler, *La subordinazione*, *op. cit.*, 25.

<sup>(58)</sup> Ho cercato di dimostrare la ragionevolezza delle esclusioni relative agli amministratori di società in *Lavoro e funzione degli amministratori di società per azioni*, Esi, 2012, 117 ss. e in *Essere o non essere parasubordinati: il dilemma degli amministratori di società per azioni*, GC, 2017, I, 1084 ss.

ricorrere, rafforza i dubbi sulla bontà di questa interpretazione. Tale selezione della disciplina applicabile, di cui nell'art. 2 non c'è traccia, stravolge completamente il disposto dell'art. 2, che afferma invece che alle collaborazioni organizzate dal committente «si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato» senza alcuna eccezione. Com'è già stato rilevato, «la norma non opera distinguo: l'ingegnosa proposta apre la strada ad un soggettivismo interpretativo incontrollabile»<sup>(59)</sup>.

In realtà, il criterio della compatibilità indebolisce la dottrina che l'ha elaborato. Quanti si sono incamminati su questa strada hanno infatti manifestato rilevanti dubbi proprio in relazione a quale e quanta disciplina del rapporto di lavoro subordinato sia effettivamente applicabile alle collaborazioni di cui al primo comma dell'art. 2. Non è qui possibile dare puntualmente conto delle divergenze di opinioni, di coloro che si sono espressi al riguardo. È sufficiente evidenziare che le esclusioni riguardano ampi ed importanti settori della materia. In particolare si sono ritenute inapplicabili le norme relative ai poteri/doveri del rapporto individuale di lavoro (*in primis*, potere direttivo e

---

<sup>(59)</sup> M. Magnani, *Subordinazione*, *op. cit.*, 113. A favore dell'integrale applicazione della disciplina prevista per il rapporto di lavoro subordinato si sono espressi, tra gli altri, Ead., *Autonomia*, *op. cit.*, 12; C. Pisani, *Eterorganizzazione ed eterodirezione: c'è davvero differenza tra l'art. 2, dlgs. n. 81/2015 e l'art. 2094 cod. civ.?*, in [http://csdle.lex.unict.it/Archive/OT/From%20our%20users/20151201-010553\\_Pisani\\_Eterorganizzazione\\_e\\_eterodirezione.pdf](http://csdle.lex.unict.it/Archive/OT/From%20our%20users/20151201-010553_Pisani_Eterorganizzazione_e_eterodirezione.pdf), 7; A. Andreoni, *La nuova disciplina per i collaboratori etero-organizzati: prime osservazioni*, *RDSS*, 2015, 739; G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterodiretto eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, *RGL*, 2016, I, 95; Id., *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, *DRI*, 2016, 17; Id., *Modalità di lavoro e nuove collaborazioni*, *op. cit.*, 24; Id., *Sui lavoratori*, *op. cit.*, 5 s.; Id., *L'interpretazione dell'art. 2*, *op. cit.*, 515; M. Pallini, *Dalla eterodirezione*, *op. cit.*, 66; F. Carinci, *La subordinazione rivisitata*, *op. cit.* 969; R. Diamanti, *Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e continuative*, *DRI*, 2018, 117 e 138; S. Giubboni, *I riders e la legge*, *RDSS*, 2019, 847 ss.; M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, *LLI*, 2019, 2, 44 s.; O. Razzolini, *I confini tra subordinazione*, *op. cit.*, 367; S. D'Ascola, *La collaborazione organizzata*, *op. cit.*, 6 e 21; E. Raimondi, *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, *LLI*, 2019, 2, 80.

dovere di obbedienza<sup>(60)</sup>, ma anche potere di vigilanza<sup>(61)</sup> e disciplinare<sup>(62)</sup>, mansioni<sup>(63)</sup> e *ius variandi*<sup>(64)</sup>, alla retribuzione<sup>(65)</sup>, all'orario di lavoro<sup>(66)</sup>, al contratto a termine e al trasferimento d'azienda<sup>(67)</sup>, al licenziamento<sup>(68)</sup>, nonché alla disciplina previdenziale e assistenziale<sup>(69)</sup> e quella amministrativa<sup>(70)</sup>.

In tal modo, la c.d. norma di disciplina non riesce paradossalmente a

---

<sup>(60)</sup> Si cfr., con varie sfumature, A. Perulli, *Costanti e varianti*, op. cit., 273; Id., *Il lavoro autonomo*, op. cit., 15 s.; R. Pessi, *Il tipo contrattuale*, op. cit., 14 s., che si riferisce ai “profili gestionali” del rapporto; M. Marazza, *Jobs Act e prestazioni d'opera organizzate*, op. cit., 231; A. Zoppoli, *La collaborazione eterorganizzata*, 22 ss.; Id. *Le collaborazioni eterorganizzate*, 740 s.; A. Occhino, *Autonomia e subordinazione*, op. cit., 215; A. Di Stasi, *Parasubordinazione e subordinazione: un ennesimo giro di valzer?*, VTDL, 2016, 253; U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, a cura di U. Carabelli - S. Fassina, Ediesse, 2018, 56 s.; M.T. Carinci, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada ... sulle ruote dei riders di Foodora*, RIDL, 2019, II, 355; Ead, *Il lavoro etero-organizzato*, op. cit., 496; A. Maresca, *La disciplina*, op. cit., 150; C. De Marco-A. Garilli, *L'enigma qualificatorio dei riders*, op. cit., 21.

<sup>(61)</sup> A. Di Stasi, *Parasubordinazione*, op. cit., 253; A. Zoppoli, *Le collaborazioni eterorganizzate*, op. cit., 741.

<sup>(62)</sup> A. Occhino, *Autonomia e subordinazione*, op. cit., 215; A. Di Stasi, *Parasubordinazione*, op. cit., 253; U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale*, op. cit., 56 s.; M.T. Carinci, *Il lavoro eterorganizzato*, op. cit., 355; Ead, *Il lavoro etero-organizzato*, op. cit., 496; A. Maresca, *La disciplina*, op. cit., 150; A. Zoppoli, *Le collaborazioni eterorganizzate*, op. cit., 741; C. De Marco-A. Garilli, *L'enigma qualificatorio dei riders*, op. cit., 21.

<sup>(63)</sup> A. Perulli, *Costanti e varianti*, op. cit., 273; Id., *Il lavoro autonomo*, op. cit., 15 s.; G. Prosperetti, *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, op. cit., 113; A. Occhino, *Autonomia e subordinazione*, op. cit., 215; F. Martelloni, *I rimedi* op. cit., 522; A. Maresca, *La disciplina*, op. cit., 150.

<sup>(64)</sup> A. Perulli, *Costanti e varianti*, op. cit., 273; Id., *Il lavoro autonomo*, op. cit., 15 s.; U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale*, op. cit., 56 s.; M.T. Carinci, *Il lavoro eterorganizzato*, op. cit., 355; Ead., *Il lavoro etero-organizzato*, op. cit., 496; A. Maresca, *La disciplina*, op. cit., 151; A. Zoppoli, *Le collaborazioni eterorganizzate*, 741; C. De Marco-A. Garilli, *L'enigma qualificatorio dei riders*, op. cit., 21.

<sup>(65)</sup> F. Martelloni, *I rimedi*, op. cit., 522; U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale*, op. cit., 56 s. (limitatamente al cottimo); A. Maresca, *La disciplina*, op. cit., 150

<sup>(66)</sup> A. Di Stasi, *Parasubordinazione*, op. cit., 253; F. Martelloni, *I rimedi*, op. cit., 522; U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale*, op. cit., 56 s.; A. Zoppoli, *Le collaborazioni eterorganizzate*, op. cit., 740 s.

<sup>(67)</sup> G. Prosperetti, *Sulle collaborazioni*, op. cit., 113.

<sup>(68)</sup> A. Maresca, *La disciplina*, op. cit., 146 ss., relativamente ai limiti causali al recesso del “committente”.

<sup>(69)</sup> A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, op. cit., 15 s.; G. Prosperetti, *Sulle collaborazioni*, op. cit., 113; M. Persiani, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, ADL, 2015, 1265 e ss.; Id., *Ancora note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, ADL, 2016, 313 e ss., ove vengono più ampi rilievi critici in merito all'applicazione integrale della disciplina del rapporto di lavoro subordinato; P. Sandulli, *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, op. cit., 119; A. Maresca, *La disciplina*, op. cit., 151; A. Alaimo, *Il lavoro autonomo fra nuove debolezze e deficit di protezione sociale: tutele rima, durante e dopo la pandemia*, RDSS, 2021, 230 ss.

<sup>(70)</sup> A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, op. cit., 15 s.

realizzare l'obiettivo a cui questa sua «designazione» allude, ovvero lascia eccessivi margini di incertezza proprio in relazione all'individuazione della regolamentazione da applicare alle collaborazioni organizzate dal committente. A ben guardare, la combinazione per sommatoria delle varie opinioni che sono state espresse al riguardo paralizzerebbe completamente gli effetti dell'art. 2, ovvero l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato. Sarebbe un altro modo per rendere questa previsione una «norma apparente»<sup>(71)</sup>.

### **5. Le incertezze della giurisprudenza sulla disciplina applicabile alle collaborazioni etero-organizzate svolte tramite piattaforme digitali.**

Al momento dell'individuazione della disciplina da applicare *ex primo* comma dell'art. 2, dunque, i nodi vengono al pettine.

Alcuni tra gli autori che hanno avanzato la tesi della natura autonoma delle collaborazioni organizzate dal committente hanno espresso l'auspicio, che la giurisprudenza riesca a svolgere il delicato compito della selezione della disciplina applicabile<sup>(72)</sup>. Le prime decisioni dei giudici, che si sono cimentati nell'interpretazione dell'art. 2, hanno riguardato i rapporti di lavoro dei *platform workers*, specialmente *riders* e *shoppers*. Erano del resto questi i collaboratori a cui il legislatore aveva pensato, quando – con una delle modifiche introdotte nel primo comma dell'art. 2 dal d.l. n. 101/2019, conv. dalla l. n. 128/2019 – ha precisato che «le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali». Uno sguardo complessivo a queste pronunce fornisce in realtà l'impressione che anche la giurisprudenza stia faticando a trovare il bandolo della matassa<sup>(73)</sup>.

Emblematica in questo senso è l'incertezza che si annida nelle pieghe della prima e finora unica sentenza della Corte di Cassazione<sup>(74)</sup>. Questa decisione ha evitato di affrontare espressamente il problema qualificatorio dei

---

<sup>(71)</sup> Il riferimento è alla tesi espressa da P. Tosi, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, *ADL*, 2015, 1117 ss.

<sup>(72)</sup> V., ad es., U. Carabelli, *Introduzione*, *op. cit.*, 8; G. Vidiri, *La gig economy*, *op. cit.*, 723.

<sup>(73)</sup> R. Voza, *Nuove sfide per il welfare*, *op. cit.*, 672, segnala «il disorientamento interpretativo di fronte al problema qualificatorio» da parte della giurisprudenza. Anche V. Maio, *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazione del rapporto e tutele*, *ADL*, 2019, 584, ritiene che la giurisprudenza non abbia «ancora consolidato un orientamento affidante cui fare riferimento».

<sup>(74)</sup> Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, *cit.*

rapporti di collaborazione oggetto del giudizio ed ha adottato una prospettiva «rimediale». Quest'ultima valorizza «una distribuzione differenziata delle tutele secondo i bisogni e la variazione dei lavori al di là del rigido schema della subordinazione e delle tutele attribuite in blocco a tale fattispecie»<sup>(75)</sup>. La Suprema Corte ha infatti affermato che «non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perchè ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina». «Tanto si spiega» – hanno continuato i giudici di legittimità – «in una ottica sia di prevenzione sia “rimediale”. ... quando l'etero-organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato»<sup>(76)</sup>.

Nella successiva argomentazione, tuttavia, la Corte di Cassazione ha dapprima affermato che «al verificarsi delle caratteristiche delle collaborazioni individuate dal D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 2, comma 1, la legge ricollega imperativamente l'applicazione della disciplina della subordinazione. Si tratta, come detto, di una norma di disciplina, che non crea una nuova fattispecie. La norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata *ex post* alla variabile interpretazione dei singoli giudici». Subito dopo, però, la Suprema Corte ha aggiunto che «non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con la fattispecie da regolare»<sup>(77)</sup>. Questa ambiguità giustifica la sensazione di provvisorietà che tale

---

<sup>(75)</sup> T. Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, LD, 2017, 396; tale Autore precisa che «la prospettiva rimediale non scaccia la logica su cui si fonda la fattispecie, ma la mette fra parentesi o sullo sfondo, ponendo in primo piano gli strumenti per la tutela dei diritti e per la realizzazione dell'interesse in questione. Soprattutto essa supera la pretesa totalizzante e unitaria tipica della fattispecie giuridica, in particolare della categoria subordinazione» (ivi, 397). Si v. anche Id., *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, WP CSDLE, Int. n. 136/2017 e P. Tullini, *Effettività dei diritti fondamentali dei lavoratori: attuazione, applicazione, tutela*, DLRI, 2016, 291 ss.

<sup>(76)</sup> Per considerazioni critiche su questo passaggio della sentenza cfr. A. Perulli, *Collaborazioni etero-organizzate*, op. cit., 270; C. De Marco - A. Garilli, *L'enigma qualificatorio dei riders*, op. cit., 15.

<sup>(77)</sup> La contraddizione è stata colta, ad es., da A. Perulli, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione"*, op. cit. 17; Id., *Collaborazioni etero-organizzate*, op. cit., 306; A. Zoppoli, *Le collaborazioni eteroorganizzate*, op. cit., 740 s. Nega invece il carattere contraddittorio delle due

decisione ha trasmesso ad alcuni dei suoi commentatori: «questa sentenza segna il primo tratto di un percorso che non si è ancora concluso»<sup>(78)</sup>. In giudizi più severi, la sentenza è apparsa fare riferimento «a concetti vaghi o tautologici»<sup>(79)</sup> ed è risultata «un arresto debole ed interlocutorio, che apre più questioni di quelle che intende risolvere. I passaggi più significativi della pronuncia appaiono problematici e restano rimangono sospesi, mentre le tante questioni tecniche vengono accuratamente evitate tanto nel loro profilo teorico quanto dal punto di vista pratico»<sup>(80)</sup>.

I giudici di merito, che si erano pronunciati sulla stessa vicenda, erano pervenuti a conclusioni diverse, pur negando entrambi la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Il Tribunale aveva escluso di poter ricondurre le collaborazioni alla previsione dell'art. 2<sup>(81)</sup>. La Corte d'Appello aveva invece ricondotto i rapporti di lavoro in esame a questa norma, ritenendo che essa individui «un terzo genere, che si viene a porre tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 c.c. e la collaborazione come prevista dall'articolo 409 n. 3 c.p.c.». Non aveva però ritenuto applicabile la disciplina sui

---

affermazioni G. Ferraro, *Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche*, RIDL, 2020, I, 364 s.; lo considera solo apparente F. Martelloni, *La tutela*, op. cit., 422.

<sup>(78)</sup> G. Santoro Passarelli, *Sui lavoratori*, op. cit., 10; Id., *L'interpretazione dell'art. 2*, op. cit., 518.; R. Romei, *I rider in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, RIDL, 2020, I, 89 ss.

<sup>(79)</sup> M. Persiani, *Ancora sul concetto di coordinamento*, RIDL, 2020, I, 337.

<sup>(80)</sup> A. Perulli, *Collaborazioni etero-organizzate*, op. cit., 268. Anche O. Mazzotta, *L'inafferrabile etero-direzione*, op. cit., 19, parla di «un contributo importante, ancorché provvisorio».

<sup>(81)</sup> T. Torino 7 maggio 2018, n. 778, ADL, 2018, 1220, nt. Biasi, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*; su tale pronuncia v. anche P. Tullini, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul "caso Foodora". La qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro dei gig-workers; nuove pronunce e vecchi approcci metodologici*, LDE, 2018, 1, 1 ss.; P. Ichino, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, RIDL, 2018, II, 294 ss.; M. Del Conte - O. Razzolini, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, DLRI, 2018, 673 ss.; V. Ferrante, *Subordinazione ed autonomia: il gioco dell'oca*, DRI, 2018, 1196 ss. La natura subordinata della collaborazione dei riders è stata esclusa anche da T. Milano 10 settembre 2018, n. 1853, RGL, 2019, II, 82, nt. Spinelli, *Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo*; su di essa v. anche E. Dagnino, *Ancora ostacoli sulla "via giurisprudenziale" alla protezione dei lavoratori della gig economy in Italia*, ADL, 2019, 156 ss. Essa è stata invece riconosciuta da T. Palermo 24 novembre 2020, n. 3570, che è stata commentata, tra l'altro, da A. Perulli, *Il rider di Glovo*, op. cit., 37 ss.; V. Ferrante, *Ancora in tema di qualificazione dei lavoratori che operano grazie ad una piattaforma digitale*, DRI, 2021, 215 ss.; M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, LLI, 2021, n. 2, 61 ss.; G. Cavallini, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, Giustizia civile.com, 21 dicembre 2020, 1-21.

licenziamenti<sup>(82)</sup>.

Altre incertezze sono rinvenibili, più di recente, in un'altra questione affrontata dalla giurisprudenza di merito. Alcuni decreti, emanati all'esito di altrettanti procedimenti per repressione della condotta antisindacale, si sono inevitabilmente imbattuti nella questione dell'applicabilità o meno, sulla scorta del primo comma dell'art. 2, dell'art. 28 St. lav. a rapporti di collaborazione non qualificabili come subordinati, quantomeno alla luce dei contratti individuali che li avevano originati. Dopo aver ricondotto tali rapporti alla previsione del primo comma dell'art. 2, i Tribunali hanno espresso opinioni discordanti, pur senza indugiare su più impegnative ricostruzioni sistematiche<sup>(83)</sup>.

Una prima decisione ha ritenuto che l'estensione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, prescritta dal primo comma dell'art. 2, «concerna solo la disciplina sostanziale relativa al trattamento economico e normativo dei rapporti individuali di lavoro subordinato»<sup>(84)</sup>. Per precludere alle organizzazioni sindacali di questi collaboratori etero-organizzati l'accesso all'art. 28 St. lav., tale pronuncia ha fatto leva sulla formulazione letterale dell'art. 2, comma 2, lett. a), che stabilisce la mancata applicazione del suo primo comma con riferimento «alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il *trattamento economico e normativo*, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore». Come si è già rilevato in termini critici, questa decisione ha fatto «retroagire ... indebitamente ... sul co. 1 dell'art. 2 la locuzione impiegata nel co. 2, laddove si menziona il solo “trattamento

---

<sup>(82)</sup> A. Torino 11 gennaio 2019, n. 26, *RIDL*, 2019, II, 340, nt. Del Punta, *Sui riders e non solo*, *op. cit.*, e M.T. Carinci, *Il lavoro eteroorganizzato*, *op. cit.* Su tale decisione si v. anche R. De Luca Tamajo, *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, *LDE*, 2019, n. 1, 1 ss.; P. Tullini, *Le collaborazioni eteroorganizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, *LDE*, 2019, n. 1, 1 ss.; U. Carabelli-C. Spinelli, *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, *RGL*, 2019, II, 92 ss.; M. Novella, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, *LLI*, 2019, n. 1, 83 ss.

<sup>(83)</sup> Si tratta di T. Firenze 9 febbraio 2021, T. Milano 28 marzo 2021 e T. Bologna 14 aprile 2021, pubblicati, tra l'altro, in calce al saggio di A. Donini, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, *LLI*, 2021, 1, 17 e ss. Per ulteriori commenti a queste decisioni si v. F. Martelloni, *Un giudice disarmato i “cavalieri della pandemia”: niente condotta antisindacale per le piattaforme di food-delivery*, *RIDL*, 2021, II, 136 e ss.; M. Falsone, *La repressione della condotta antisindacale oltre la subordinazione: una storia tutta da riscrivere*, *ADL*, 2021, 1032 e ss.; O. Razzolini, *Riders, condotta antisindacale e ruolo del sindacato: il processo come strumento di rilancio dell'azione sindacale nella gig economy*, *Giustizia civile.com*, 13 settembre 2021.

<sup>(84)</sup> T. Firenze 9 febbraio 2021.

economico e normativo” dei collaboratori»<sup>(85)</sup>.

I successivi decreti sono pervenuti alla conclusione opposta. Essi non hanno condiviso la restrizione dell'estensione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato al solo trattamento economico e normativo ed hanno ritenuto che l'applicazione di tale disciplina debba comprendere anche le norme processuali. L'estensione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato alle collaborazioni etero-organizzate «non può che riguardare ogni profilo, sia di carattere sostanziale che processuale. Riduttivo sarebbe, invero, se il legislatore avesse riconosciuto ai collaboratori un diritto privo della possibilità di tutela»<sup>(86)</sup>.

In relazione a questi contrastanti decreti è già stato condivisibilmente osservato che, anche in relazione all'art. 28 St. lav., «l'autorevole avallo della Corte di Cassazione che considera l'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 come una norma cd. “di disciplina” ... non pare in questo caso risolutivo»<sup>(87)</sup>.

## 6. Dallo smarrimento all'inquietudine.

Oltre che nella dottrina, anche nella giurisprudenza richiamata nel paragrafo precedente si percepisce la mancanza di una chiara opzione qualificatoria delle collaborazioni c.d. etero-organizzate, che sola può costituire una guida sicura per l'interpretazione.

Se l'individuazione della disciplina applicabile *ex primo comma* dell'art. 2 è certamente «il quesito di maggior rilievo»<sup>(88)</sup>, occorre ricordare che «qualunque modello regolativo si scelga di adottare, non si potrà mai eludere il problema della qualificazione giuridica del lavoro. Anche il più piccolo frammento di tutela esige che si stabilisca quale sia il suo campo di applicazione (se non vogliamo usare l'espressione ‘fattispecie’»<sup>(89)</sup>. Pertanto, «le questioni relative all'individuazione della fattispecie e dell'*actio finium regundorum* sono e

---

<sup>(85)</sup> F. Martelloni, *Un giudice*, *op. cit.*, 140.

<sup>(86)</sup> T. Milano 28 marzo 2021; in posizione adesiva T. Bologna 14 aprile 2021. L'applicabilità dell'art. 28 st. lav. alle collaborazioni etero-organizzate è stata riconosciuta anche da T. Bologna 30 giugno 2021, reperibile in <https://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2021/07/Trib.-Bologna-decreto-30-giugno-2021.pdf>.

<sup>(87)</sup> A. Donini, *Condotta antisindacale*, *op. cit.*, 11.

<sup>(88)</sup> A. Zoppoli, *La collaborazione eteroorganizzata*, *op. cit.*, 20.

<sup>(89)</sup> R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, *WP CSDLE*, It. n. 336/2017, 6; Id., *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione*, in *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, *Quaderni RGL*, n. 2/2017, Ediesse, 76; in posizione adesiva si v. M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, *op. cit.*, 19. Pure a giudizio di C. Pisani, *Le nuove collaborazioni*, *op. cit.*, 1192, il compito del giurista è quello di sussumere in una fattispecie astratta anche l'algoritmo.

restano ineludibili»<sup>(90)</sup>.

Non è quindi consigliabile imboccare la strada, certamente meno impegnativa, che ritiene «più proficuo bypassare l'approccio per fattispecie dal momento che ai rapporti eterodiretti ed etero organizzati si applica la stessa disciplina»<sup>(91)</sup>. E' infatti una scorciatoia solo apparente quella di ritenere che l'interprete debba avere come necessario oggetto della sua indagine «l'individuazione della disciplina da applicare al caso concreto ..., senza che la questione strettamente definitoria appaia davvero indispensabile né tanto meno esaustiva»<sup>(92)</sup>.

Da un altro punto di vista, neppure la tesi che riconduce le collaborazioni c.d. eterorganizzate all'area del lavoro autonomo è idonea a fornire un'adeguata sistemazione dell'art. 2. Solo ancorando tale previsione alla fattispecie del lavoro subordinato si riesce a dotare questa disposizione di razionalità e coerenza sistematica. Questa opzione da un lato consente di identificare come applicabile l'intera disciplina del rapporto di lavoro subordinato. Dall'altro, rende più agevole l'individuazione della linea di demarcazione tra le collaborazioni organizzate dal committente e le collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409, n. 3, c.p.c.

La riflessione non può ovviamente ritenersi conclusa qui.

Come si è potuto constatare (retro, § 5), il contenzioso sull'art. 2 per ora ha riguardato i *platform workers*. La peculiarità dei loro rapporti di collaborazione non riguarda le modalità di esecuzione della prestazione di lavoro, ma le modalità di esercizio del potere organizzativo nei confronti dei collaboratori. Le sfide che l'intelligenza artificiale sta ponendo al diritto del lavoro inducono pertanto ad «utilizzare le categorie tradizionali in modo appropriato, consentendo loro di “respirare le novità”»<sup>(93)</sup>. Di conseguenza, «piuttosto che ipotizzare variazioni delle categorie concettuali del diritto del lavoro occorre portare l'attenzione sull'operazione di qualificazione tenendo conto che i tradizionali indici spia della subordinazione dovranno essere esaminati anche attraverso la lente dell'algoritmo che fa funzionare la piattaforma digitale,

---

<sup>(90)</sup> G. Proia, *Le “collaborazioni organizzate” dal committente*, op. cit., 501.

<sup>(91)</sup> G. Santoro Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, WP CSDLE, It. n. 278/2015, 16. Al riguardo si v. già la critica di A. Perulli, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, RGL, 2016, I, 26, secondo il quale questa tesi ha evitato «lo sforzo ricostruttivo che il legislatore, introducendo la categoria dell'eteroorganizzazione, impone agli interpreti».

<sup>(92)</sup> A. Di Stasi, *Parasubordinazione*, op. cit., 247 s.

<sup>(93)</sup> Così G. Bolego, *Intelligenza artificiale e regolazione delle relazioni di lavoro*, Labor, 2019, n. 1, 61, riprendendo l'espressione di L. Nogler, *Gli spazi di lavoro nelle città*, in *Il lavoro e i suoi luoghi* a cura di A. Occhino, Vita e pensiero, 2018, 32.

plasmando la realtà fattuale e le modalità organizzative del lavoro»<sup>(94)</sup>.

L'uso appropriato delle tradizionali categorie e la consapevolezza della necessità di concepire i concetti giuridici come «costitutivamente aperti alle modificazioni di significato che il contesto sociale imprime – anche grazie allo sviluppo tecnologico – alla realtà stessa»<sup>(95)</sup> consentono di superare il senso di smarrimento che il capitalismo delle piattaforme ha determinato nella considerazione giuridica dei rapporti di lavoro. Sullo sfondo tuttavia rimane un'inquietudine: l'art. 2 ha rimodellato, in via interpretativa o additiva, la/e fattispecie di subordinazione utilizzata/e dagli interpreti o ha insinuato il dubbio che, nonostante gli incessanti e poderosi sforzi compiuti, la nozione di subordinazione *ex art. 2094 c.c.* non sia ancora stata adeguatamente delineata? Ma questa, come si suol dire, è un'altra storia.

---

<sup>(94)</sup> G. Bolego, *Intelligenza artificiale e regolazione delle relazioni di lavoro*, *Labor*, 2019, n. 1, 62.

<sup>(95)</sup> L. Nogler, *Gli spazi di lavoro nelle città*, *op. cit.*, 36, ma v. già Id., *La subordinazione*, *op. cit.*, 29.

## Bibliografia

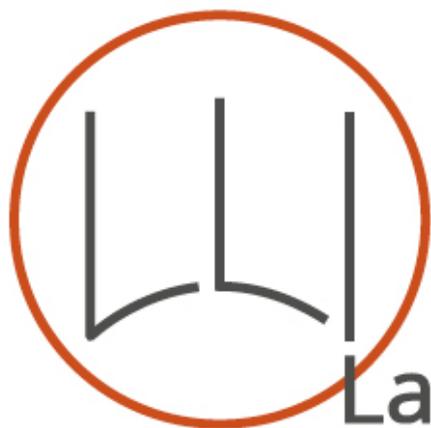
- Alaimo A., *Il lavoro autonomo fra nuove debolezze e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, in *RDSS*, 2021, 209-242.
- Albi P., *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione*, in *Labor*, 2019, 125-130.
- Andreoni A., *La nuova disciplina per i collaboratori etero-organizzati: prime osservazioni*, in *RDSS*, 2015, 731-742.
- Ascarelli T., *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, 1959, 69-111.
- Ascarelli T., *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, in *Problemi giuridici*, tomo I, Giuffrè, 1959, 165-184.
- Ascarelli T., *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, in *Problemi giuridici*, tomo I, Giuffrè, 1959, 185-224.
- Ascarelli T., *Inesistenza e nullità*, in *Problemi giuridici*, tomo I, Giuffrè, 1959, 227-232.
- Ascarelli T., *Personalità giuridica e sua portata*, in *Problemi giuridici*, tomo I, Giuffrè, 1959, 237-271.
- Ballestrero M. V., *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *LD*, 2016, 761-812.
- Bertocco S., *Indisponibilità del tipo legale tra certezze della giurisprudenza e nuovi orientamenti dogmatici*, in *ADL*, 2016, 318 ss.
- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclotattorini*, in *LLI*, 2019, 2, I.1-56.
- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, 2021, n. 2, R.61-92.
- Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, XV, tomo 2, Utet, 1952.
- Biasi M., *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*, in *ADL*, 2018, 1227 ss.
- Bolego G., *Intelligenza artificiale e regolazione delle relazioni di lavoro*, in *Labor*, 2019, n. 1, 51-67.
- Carabelli U., *Introduzione*, in *RGL*, 2016, I, 3-10.
- Carabelli U.- Fassina S. (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, 2018.
- Carabelli U., *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in U. Carabelli - S. Fassina (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, 2018, 41-64.
- Carabelli U. - Spinelli C., *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *RGL*, 2019, II, 92 ss.
- Carinci F., *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, in *ADL*, 2018, 961-982.
- Carinci F., *Il percorso giurisprudenziale sui rider. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020*, in *ADL*, 2021, 1-25.
- Carinci M. T., *Il lavoro eteroorganizzato si fa strada ... sulle ruote dei riders di Foodora*, in *RIDL*, 2019, II, 350-358.
- Carinci M. T., *I contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro alla luce di Cass. n. 1663/2020*, in *RIDL*, 2020, I, 49-59.
- Carinci M.T., *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. n. 1663/2020: verso un nuovo sistema dei contratti*

- in cui è dedotta un'attività di lavoro, in *DRI*, 2020, 488-498.
- Cataudella A., voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, 1967, 926-941.
- Cavallini G., *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustizia civile.com*, 21 dicembre 2020, 1-21.
- Ciucciovino S., *Le "collaborazioni organizzate dal committente" nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *RIDL*, 2016, I, 321-343.
- Dagnino E., *Ancora ostacoli sulla "via giurisprudenziale" alla protezione dei lavoratori della gig economy in Italia*, in *ADL*, 2019, 156-167.
- D'Ascola S., *La collaborazione organizzata cinque anni dopo*, in *LD*, 2020, 3-31.
- Del Conte M. - Razzolini O., *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *DLRI*, 2018, 673-682.
- Del Punta R., *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2015.
- Del Punta R., *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2019, II, 358-367.
- De Luca Tamajo R., *Il limite della discrezionalità qualificatoria del legislatore*, in R. Scognamiglio (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Esi, 2006, 35-42.
- De Luca Tamajo R., *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *LDE*, 2019, n. 1, 1-11.
- De Marco C. - Garilli A., *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in *WP CSDLE*, It. n. 435/2021.
- Diamanti R., *Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e continuative*, in *DRI*, 2018, 105-144.
- Di Stasi A., *Parasubordinazione e subordinazione: un ennesimo giro di valzer?*, in *VTDL*, 2016, 243-263.
- Donini A., *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, in *LLI*, 2021, 1, R.2-16.
- Falsone M., *La repressione della condotta antisindacale oltre la subordinazione: una storia tutta da riscrivere*, in *ADL*, 2021, 1032-1037.
- Ferrante V., *Subordinazione ed autonomia: il gioco dell'oca*, in *DRI*, 2018, 1196-1202.
- Ferrante V., *Ancora in tema di qualificazione dei lavoratori che operano grazie ad una piattaforma digitale*, in *DRI*, 2021, 215-222.
- Ferraro G., *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2016, I, 53-76.
- Ferraro G., *Subordinazione e autonomia tra pronunzie della Corte costituzionale e processi evolutivi*, in *LG*, 2016, 221-227.
- Ferraro G., *Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche*, in *RIDL*, 2020, I, 349-376.
- Ghera E., *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, in *MGL*, 2015, 50-51.
- Giubboni S., *I riders e la legge*, in *RDSS*, 2019, 847-852.
- Ichino P., *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in A. Vallebona (a cura di), in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2015, 52-55.
- Ichino P., *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *RIDL*, 2018, II, 294-303.
- Ichino P., *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, in *RIDL*, 2020, II, 90-97.
- Magnani M., *Autonomia, subordinazione, coordinazione (artt. 1, 2, 52, 55, d. lgs. n. 81/2015)*, in M.

- Magnani -A. Pandolfo - P.A. Varesi (a cura di), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, 2016, 1-21.
- Magnani M., *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, 2020, 105-115.
- Maio V., *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazione del rapporto e tutele*, in *ADL*, 2019, 582-598.
- Maiorca C., voce *Fatto giuridico - Fattispecie*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, 1961, Torino, 111-133.
- Marazza M., *Jobs Act e prestazioni d'opera organizzate*, in *GC*, 2016, I, 215-231.
- Maresca A., *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in *DRI*, 2020, 146-152.
- Maresca A., *Brevi cenni sulle collaborazioni eterorganizzate*, in *RIDL*, 2020, I, 73-87.
- Martelloni F., *I rimedi nel "nuovo" diritto del lavoro autonomo*, in *LD*, 2017, 517-536.
- Martelloni F., *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, in *RIDL*, 2020, I, 399-428.
- Martelloni F., *Un giudice disarmato i "cavalieri della pandemia": niente condotta antisindacale per le piattaforme di food-delivery*, in *RIDL*, 2021, II, 136-142.
- Mazzotta O., *Lo strano caso delle "collaborazioni organizzate dal committente"*, in *Labor*, 2016, 1-2, 7-14.
- Mazzotta O., *L'inafferrabile eterodirezione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, n. 1, 3-23.
- Monateri P. G., voce *Fattispecie*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, vol. VIII, Utet, 1992, 223-227.
- Nogler L., *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'"autorità del punto di vista giuridico"*, in *WP CSDLE*, It., n. 267/2015.
- Nogler L., *Gli spazi di lavoro nelle città*, in A. Occhino (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e pensiero, 2018, 27-46.
- Novella M., *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *LLI*, 2019, n. 1, I.83-103.
- Nuzzo V., *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in *WP CSDLE*, It. n. 280/2015, 1-22.
- Occhino A., *Autonomia e subordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 2016, 203-241.
- Occhino A. (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018.
- Pallini M., *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione*, in *RGL*, 2016, I, 65-98.
- Pedrazzoli M., *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *QDLRI*, n. 21, 1998, 9 ss.
- Persiani M., *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 2015, 1257-1266.
- Persiani M., *Ancora note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 2016, 313-317.
- Persiani M., *Ancora sul concetto di coordinamento*, in *RIDL*, 2020, I, 337-348.
- Persiani M., *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2020, n. 1, 1-10.
- Perulli A., *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, in *LD*, 2015, 259-283.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP CSDLE*, It. n. 272/2015, 1-54.
- Perulli A., *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *RGL*, 2016, I, 11-36.
- Perulli A. (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018.
- Perulli A., *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime*

- per i riders autonomi*, in *WP CSDLE*, It. n. 410/2020.
- Perulli A., *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come "orientarsi nel pensiero"*, in *DRI*, 2020, 267-311.
- Perulli A., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.
- Perulli A., *Il rider di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione, e libertà*, in *ADL*, 2021, 37-70.
- Pessi R., *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE*, It. n. 282/2015.
- Pilati A., *Lavoro e funzione degli amministratori di società per azioni*, Esi, 2012.
- Pilati A., *Essere o non essere parasubordinati: il dilemma degli amministratori di società per azioni*, in *GC*, 2017, I, 1084-1113.
- Pisani C., *Eterorganizzazione ed eterodirezione: c'è davvero differenza tra l'art. 2, dlgs. n. 81/2015 e l'art. 2094 cod. civ.?*, in [http://csdle.lex.unict.it/Archive/OT/From%20our%20users/20151201-010553\\_Pisani\\_Eterorganizzazione\\_e\\_eterodirezione.pdf](http://csdle.lex.unict.it/Archive/OT/From%20our%20users/20151201-010553_Pisani_Eterorganizzazione_e_eterodirezione.pdf), 1-10.
- Pisani C., *Le nuove collaborazioni etero-organizzate, il lavoro tramite piattaforme digitali e gli indici presuntivi della subordinazione*, in *ADL*, 2019, 1191-1210.
- Proia G., *Il lavoratore autonomo continuativo e le collaborazioni "organizzate" tra esigenze di tutela e contrasto agli abusi*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro-Passarelli. Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, Giappichelli, 2018, tomo I, 501-512.
- Proia G., *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *DRI*, 2020, 499-511.
- Prosperetti G., *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, in *MGL*, 2015, 113-114.
- Raimondi E., *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, in *LLI*, 2019, 2, I.58-94.
- Razzolini O., *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *WP CSDLE*, It. n. 266/2015.
- Razzolini O., *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *DRI*, 2020, 345-380.
- Razzolini O., *Riders, condotta antisindacale e ruolo del sindacato: il processo come strumento di rilancio dell'azione sindacale nella gig economy*, in *Giustizia civile.com*, 13 settembre 2021, 1-21.
- Romei R., *I rider in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, in *RIDL*, 2020, I, 89-100.
- Sandulli P., *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, in *MGL*, 2015, 119-121.
- Santoni F., *Autonomia e subordinazione nel riordino delle tipologie contrattuali del lavoro non dipendente*, in *DML*, 2016, 505-527.
- Santoni F., *I modelli contrattuali del lavoro che cambia*, in *DML*, 2018, 5-24.
- Santoro Passarelli G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in *WP CSDLE*, It. n. 278/2015, 1-25.
- Santoro-Passarelli G., *Lavoro eterodiretto eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *RGL*, 2016, I, 91-98.
- Santoro-Passarelli G., *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in *DRI*, 2016, 7-62.
- Santoro-Passarelli G., *Modalità di lavoro e nuove collaborazioni*, in A. Occhino (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, 22-26.
- Santoro-Passarelli G., *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il*

- ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in *WP CSDLE*, It. n. 411/2020.
- Santoro-Passarelli G., *L'interpretazione dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 e i riders nella sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *DRI*, 2020, 512-518.
- Spinelli C., *Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo*, in *RGL*, 2019, II, 83-90.
- Tosi P., *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, 1117-1132.
- Treu T., *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 2015, 155-181.
- Treu T., *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, in *WP CSDLE*, Int. n. 36/2017, 1-27.
- Treu T., *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD*, 2017, 367-405.
- Tullini P., *Effettività dei diritti fondamentali dei lavoratori: attuazione, applicazione, tutela*, in *DLRI*, 2016, 291-316.
- Tullini P., *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018, 171-195.
- Tullini P., *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul "caso Foodora". La qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro dei gig-workers; nuove pronunce e vecchi approcci metodologici*, in *LDE*, 2018, n. 1, 1-9.
- Tullini P., *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutela applicabili?*, in *LDE*, 2019, n. 1, 1-7.
- Vidiri G., *La gig economy e le nuove forme di tutela del lavoro tra autonomia e subordinazione*, in *ADL*, 2019, 707-727.
- Voza R., *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP CSDLE*, It. n. 336/2017, 1-19.
- Voza R., *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione*, in *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, *Quaderni RGL*, n. 2/2017, Ediesse, 71-81.
- Voza R., *Nuove sfide per il welfare: la tutela del lavoro nella gig economy*, in *RDSS*, 2018, 657-685.
- Zoppoli A., *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *WP CSDLE*, It. n. 296/2016, 1-31.
- Zoppoli A., *Le collaborazioni eteroorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *DRI*, 2020, 703-748.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

**Le ferie:  
il dialogo tra le Corti si fa intenso**

**ANNA FENOGLIO**  
Università di Torino

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



## Le ferie: il dialogo fra le Corti si fa intenso

**ANNA FENOGLIO**

Università di Torino

Associata di Diritto del Lavoro

[anna.fenoglio@unito.it](mailto:anna.fenoglio@unito.it)

---

### ABSTRACT

---

The right to paid annual leave has gained in recent years increasing importance, not only in the domestic and in international sphere but above all in the uni-European one, thanks to the progressive elevation of the *status* of this right and to the growing attention shown by jurisprudence. In an attempt to put the matter in order, the essay discusses the rich jurisprudence elaborated by the Court of Justice and the internal judges, focusing on the main issues still debated today that continue to animate the dialogue between the Courts.

**Keywords:** paid annual leave; Court of Justice; untaken paid annual leave; leave periods; carry-over period.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14087>

---

## Le ferie: il dialogo fra le Corti si fa intenso

SOMMARIO: 1. Il progressivo rafforzamento di un diritto fondamentale. 2. La collocazione del periodo di ferie. 2.1 L'utilizzo delle ferie durante l'emergenza Covid. 3. I profili retributivi del diritto alle ferie. 3.1 Il diritto al pagamento dell'indennità per ferie non godute. 3.2. Dubbi sulla legittimità uni-europea della norma in tema di *spending review* operante nella pubblica amministrazione. 4. Un filone giurisprudenziale in continuo sviluppo: la sovrapposizione fra ferie e congedo di malattia. 4.1 Ancora su ferie e malattia: l'interruzione del periodo di comporto. 4.2. La sovrapposizione fra le ferie e altri periodi di non lavoro. 5. Il riporto: qualche riflessione sulla dubbia legittimità uni-europea della normativa italiana.

### 1. Il progressivo rafforzamento di un diritto fondamentale

Gli anni recenti hanno segnato una stagione di intensa fioritura del diritto alla ferie grazie alla crescente attenzione mostrata dalla giurisprudenza e alla progressiva elevazione dello *status* di tale diritto, non solo in ambito interno<sup>(1)</sup> e internazionale<sup>(2)</sup> ma soprattutto in quello uni-europeo. Il diritto dell'Unione ha infatti contribuito a irrobustire significativamente la tutela riconosciuta al riposo annuale: la strada compiuta è davvero lunga, se si considera che nella versione originaria del Trattato l'unica norma relativa al periodo di riposo annuale poteva essere ravvisata nell'art. 120 che impegnava gli Stati membri «a mantenere l'equivalenza esistente nei regimi di congedi retribuiti», oggi riprodotta «come una sorta di reperto fossile»<sup>(3)</sup> nell'art. 158 TFUE (già 142 TCE). A piccoli passi si è infatti giunti dapprima a riconoscere, con l'art. 8 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori adottata nel 1989, il diritto di «ogni lavoratore della Comunità europea [...] a ferie annuali retribuite i cui periodi devono essere via via ravvicinati, in modo da ottenere un progresso, conformemente alle prassi nazionali» e, successivamente, il diritto ad un periodo minimo di quattro settimane di ferie retribuite, ad opera dell'art. 7 della direttiva

---

<sup>(1)</sup> Nel sancirne il carattere irrinunciabile, l'art. 36 Cost. detta una regolamentazione parziale del diritto alle ferie mediante l'indicazione di clausole che il contratto di lavoro deve necessariamente contenere. Il diritto soggettivo al godimento delle ferie, dunque, non è soltanto perfetto ed indisponibile ma è anche immediatamente efficace nei confronti del datore di lavoro.

<sup>(2)</sup> Si pensi all'art. 2 della Carta sociale europea, all'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'ONU sottoscritta nel 1948, all'art. 7 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, alle Convenzioni OIL n. 52/1936 e n. 132/1970.

<sup>(3)</sup> M. Roccella - T. Treu - M. Aimo - D. Izzi, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Wolters Kluwer, 2019, 331.

2003/88 (frutto dell'opera di *restyling* delle precedenti direttive adottate in materia di orario di lavoro). Un significativo passo in avanti è stato compiuto con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE nel 2000, che nel sancire il diritto alle ferie nell'art. 31, comma 2, ha elevato lo *status* del diritto in questione dandone la «più qualificata e definitiva conferma del fatto che il diritto alle ferie ha natura di diritto fondamentale»<sup>(4)</sup> ed «assoluto [...], non [...] soggetto ad alcuna eccezione né deroga»<sup>(5)</sup>.

Ancora prima che la Carta di Nizza acquistasse piena efficacia vincolante, la Corte di Giustizia aveva peraltro già provveduto ad attribuire all'art. 7 della direttiva 2003/88 – che riconosce il diritto a 4 settimane di ferie – il carattere di principio «particolarmente importante del diritto sociale comunitario, al quale non si può derogare»<sup>(6)</sup>, chiarendo che gli Stati membri possono «definire, nella loro normativa interna, le condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie annuali retribuite, precisando le circostanze concrete in cui i lavoratori possono avvalersi di tale diritto, [...] ma non possono affatto condizionare la costituzione stessa del diritto, che scaturisce direttamente dalla direttiva»<sup>(7)</sup>. Quest'indicazione è stata poi significativamente rafforzata con la sentenza *Dominguez* con cui la Corte ha precisato che «sebbene l'art. 7 della direttiva 2003/88 lasci agli Stati membri un certo margine di discrezionalità [...], tale circostanza tuttavia non incide sul carattere preciso e incondizionato dell'obbligo previsto da tale articolo»<sup>(8)</sup>: ragion per cui a tale norma deve essere riconosciuta efficacia diretta “verticale”, potendo essere direttamente applicata nei rapporti tra i privati e lo Stato.

Il passo è poi stato allungato nel momento in cui la Carta di Nizza ha acquisito la medesima efficacia giuridica dei Trattati (ad opera dell'art. 6 TFUE), favorendo così una lettura combinata dell'art. 7 della direttiva con l'art. 31 della Carta di Nizza, alla luce della quale la Corte di Giustizia ha riconosciuto al diritto alle ferie anche una efficacia diretta “orizzontale”, precisando cioè che il diritto in questione può essere direttamente invocato anche nei rapporti interprivati. Tale risultato è stato raggiunto da un tritico di sentenze emesso nella stessa

---

(4) Conclusioni dell'avvocato generale Antonio Tizzano presentate l'8 febbraio 2001 in merito alla causa C-173/99, *BECTU* (punto 28).

(5) Conclusioni dell'avv. gen. Jean Mischo, presentate il 3 aprile 2003 in merito alla causa C-342/01, *Merino Gómez*, punti 32 e 33. Nello stesso senso, v. le conclusioni dell'avvocato generale Verica Trstenjak presentate il 24 gennaio 2008 in merito alla causa C-350/06, *Schultz-Hoff* e le conclusioni dell'avv. gen. Christine Stix-Hackl, presentate il 27 ottobre 2005 in merito alle cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele*.

(6) Corte giust. 26 giugno 2001, C-173/99, *Bectu*, punto 43 della motivazione.

(7) Corte giust. 26 giugno 2001, *Bectu*, cit., punto 53 della motivazione.

(8) Corte giust. 24 gennaio 2012, C-282/10, *Dominguez*, punto 35 della motivazione.

udienza del 6 novembre 2018 dalla *Grande Chambre* della Corte di Lussemburgo<sup>(9)</sup>; la più rilevante delle tre è quella relativa al caso *Max-Planck*, la cui importanza trascende il solo diritto alle ferie retribuite, facendo luce sul rapporto giuridico tra i diritti contenuti nella Carta e le direttive che ne definiscono il contenuto normativo e ne costituiscono espressione concreta, qualora siano invocati nelle controversie fra privati. Con tale pronuncia la Corte ha chiarito che, qualora il giudice del rinvio non possa interpretare la normativa nazionale in modo da garantirne la conformità all'art. 31.2 della Carta, quest'ultimo sarà tenuto «ad assicurare, nell'ambito delle proprie competenze, la tutela giuridica derivante dalla suddetta disposizione e a garantire la piena efficacia della medesima, disapplicando all'occorrenza tale normativa nazionale», indipendentemente dal fatto che la controversia sorga con un datore di lavoro che riveste la qualità di autorità pubblica o la qualità di privato<sup>(10)</sup>. Secondo la Corte, il diritto a un periodo di ferie annuali retribuite costituisce infatti un «principio essenziale del diritto sociale dell'Unione» che riveste, «quanto alla sua stessa esistenza, carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato»: l'articolo 31.2 non contiene infatti alcun rinvio ai «casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali»<sup>(11)</sup>, diversamente dall'art. 27 della Carta relativo al diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, su cui la Corte è intervenuta con la sentenza *Association de médiation sociale*<sup>(12)</sup> escludendo in quel caso l'ipotesi di applicabilità diretta della norma.

È evidente il «fortissimo timbro garantistico»<sup>(13)</sup> della pronuncia in questione, volto a garantire l'effettività del diritto alle ferie così da scongiurare le ipotesi di indiretto indebolimento attraverso l'imposizione di oneri a carico della «parte debole» del rapporto di lavoro. Con le sentenze gemelle del 2018 la

---

<sup>(9)</sup> Corte giust. 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal v. Bauer e Willmeroth v. BroBonn*; Corte giust. 6 novembre 2018, C-619/16, *Kreuziger v. Land Berlin*; Corte giust. 6 novembre 2018, C-684/16, *Max-Planck v. Shimizu*. Per un'attenta analisi di tali pronunce v. G. Bronzini, *Il "Tritico" della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*, *Federalismi.it*, n. 10/2019.

<sup>(10)</sup> Con la sentenza Corte Giust. 6 novembre 2018, *Max-Planck*, cit., è stato chiarito che un lavoratore non può perdere automaticamente i diritti alle ferie annuali retribuite maturati perché non ha chiesto ferie. Se, invece, il datore di lavoro dimostra che il lavoratore, deliberatamente e con piena consapevolezza, si è astenuto dal fruire delle proprie ferie annuali retribuite dopo essere stato posto in condizione di esercitare in modo effettivo il suo diritto alle medesime, il diritto dell'Unione non osta alla perdita di tale diritto né, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, alla correlata mancanza di un'indennità finanziaria.

<sup>(11)</sup> Corte giust. 6 novembre 2018, *Max-Planck*, cit., punti 73 e 74 della motivazione.

<sup>(12)</sup> Corte giust. 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*.

<sup>(13)</sup> G. Bronzini, *op. cit.*, 9.

Corte ha dunque chiarito il ruolo delle fonti di diritto secondario dell'Unione e delle fonti nazionali, che sono «solo chiamate a precisare la durata esatta delle ferie annuali e, eventualmente, talune condizioni di esercizio di tale diritto»<sup>(14)</sup>, senza alcuna incidenza sull'esistenza del diritto stesso, formulando un chiaro invito ai giudizi nazionali a disapplicare la normativa interna della quale non sia possibile procedere ad un'interpretazione conforme alla luce del diritto uni-europeo.

Benché agli Stati membri sia lasciato un certo margine di discrezionalità relativamente alle condizioni di ottenimento e di concessione del diritto alle ferie annuali retribuite, il diritto dell'Unione europea predispone una tutela piuttosto robusta. L'art. 7 della direttiva 2003/88 è infatti formulato in termini incondizionati, non equivoci e precisi: pur collocato in una direttiva definita non a torto «schizoide»<sup>(15)</sup> per via delle numerose deroghe che consentono di determinare una vera e propria disapplicazione di disposizioni che ne rappresentano il cuore pulsante, tale norma non conosce possibilità di eccezione, rendendo così possibile determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere apprestata dagli Stati membri.

Su questo nucleo di “tutela minima” in materia di ferie garantita dal diritto dell'Unione si è via via formato un ricco *corpus* giurisprudenziale, riguardante molteplici profili e sui quali vale la pena fare ordine: senza dilungarsi sulle questioni che possono essere ormai considerate risolte grazie alla consolidata giurisprudenza interna e uni-europea, come ad es. il principio di introannualità delle ferie<sup>(16)</sup>, ci si soffermerà sulle principali questioni ancora oggi dibattute e che continuano ad animare il dialogo fra le Corti.

## 2. La collocazione del periodo di ferie

Nel partire lungo questo *excursus*, è opportuno anzitutto soffermarsi sugli aspetti che non sono regolati dal diritto dell'Unione: benché, per ammissione della Corte di Giustizia, il diritto alle ferie costituisca un principio «particolarmente importante del diritto sociale comunitario»<sup>(17)</sup>, la direttiva n.

---

<sup>(14)</sup> Corte giust. 6 novembre 2018, *Max-Planck*, cit., punto 74 della motivazione.

<sup>(15)</sup> A. Supiot, *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del «tempo di lavoro»)*, LD, 1997, 16.

<sup>(16)</sup> C. cost. 10 maggio 1963, n. 66. Tale principio è poi stato riconosciuto anche a livello europeo: Corte giust. 26 giugno 2001, *Bectu*, cit.; Corte giust. 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union Syndicale Solidaires Isère*.

<sup>(17)</sup> Fra le tante pronunce che ribadiscono questa affermazione, v. Corte giust. 26 giugno 2001, *Bectu*, cit., punto 43 della motivazione.

2003/88 si limita a fissare in quattro settimane la durata minima di ferie annuali retribuite e a vietare la sostituzione di queste ultime con erogazioni patrimoniali, salvo in caso di cessazione del rapporto di lavoro. La direttiva rinuncia però in partenza ad intervenire su altre questioni di cruciale rilievo, come la collocazione temporale del periodo di riposo: la definizione delle «condizioni di ottenimento e di concessione» delle ferie (art. 7, comma 1, direttiva n. 2003/88) è infatti delegata *in toto* alla legislazione o alle prassi nazionali.

Si tratta di un limite non da poco, che consente agli ordinamenti interni di prevedere regolamentazioni “al ribasso”. È quanto fatto dal legislatore italiano che – diversamente da altri legislatori europei<sup>(18)</sup> – nel dettare le regole per la fruizione del periodo di congedo annuale non ha riconosciuto ai lavoratori la possibilità di scegliere la collocazione del periodo di riposo, ma ha al contrario attribuito un ampio potere in tal senso al datore di lavoro.

Solo in pochissime eccezioni individuate in sede giurisprudenziale i lavoratori possono infatti autonomamente mettersi in ferie: è quel che accade, ad es., qualora l'anno di maturazione si stia esaurendo e l'effettività del diritto sia messa in pericolo dall'inerzia o dal rifiuto del datore di lavoro di concedere il periodo di congedo annuale<sup>(19)</sup>; oppure qualora la fruizione del congedo annuale sia richiesta dal lavoratore al fine di interrompere il decorso del periodo di comporta ed evitare così il licenziamento<sup>(20)</sup> (su cui v. *infra*, § 4.1); un potere

---

<sup>(18)</sup> V. ad es l'art. 38 dell'*Etatuto de los trabajadores*, secondo cui il periodo di ferie deve essere scelto «di comune accordo» dalle parti e le eventuali controversie sorte in materia devono essere affidate all'autorità giudiziaria che decide con una procedura d'urgenza. Per una riflessione non solo sulla normativa spagnola ma anche su quella francese sia consentito rinviare a A. Fenoglio, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 182 ss.

<sup>(19)</sup> P. Milano 28 dicembre 1995, *LG*, 1996, 317; P. Busto Arsizio 7 settembre 1998, *RCDL*, 1999, 199; T. Milano 17 gennaio 2002, *LG*, 2002, 904; A. Firenze 3 aprile 2007, *RIDL*, 2008, II, 106; nello stesso senso v. anche A. Firenze 12 marzo 2010, *RCDL*, 2010, 488.

<sup>(20)</sup> Cass. 14 settembre 2020, n. 19062, *D&G*, 15 dicembre 2020; Cass. 29 ottobre 2018, n. 27392, *GCM*, 2018; Cass. 5 aprile 2017, n. 8834, *GCM*, 2017; Cass. 14 aprile 2016, n. 7433; Cass. 17 dicembre 2001, n. 15954, *GCM*, 2001, 2173. Sulla questione cfr. anche Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, *MGL*, 2000, 61; Cass. 19 novembre 1998, n. 11691, *GCM*, 1998, 2390; Cass. 28 gennaio 1997, n. 873, *RIDL*, 1997, II, 545. La possibilità di usufruire del periodo di ferie per interrompere il decorso del periodo di comporta è stata ora riconosciuta anche dalla giurisprudenza dell'Unione europea: Corte giust. 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff*; Corte giust. 10 settembre 2009, C-277/08, *Vicente Pereda*. Da segnalare Trib. Milano 18 aprile 2013, *RCDL*, 2013, 1-2, 178, secondo cui deve ritenersi illegittimo il licenziamento intimato al lavoratore che si sia collocato autonomamente in ferie senza aver ricevuto l'autorizzazione del datore di lavoro, qualora dalle circostanze della vicenda (e in particolare dall'inerzia del datore di lavoro a fronte della richiesta) possa ritenersi la buona fede del dipendente. Nel caso specifico, il giudice ha tenuto conto dei precedenti casi di approvazione delle assenze a posteriori, del silenzio del responsabile in merito alla pur

di autodeterminazione del periodo di ferie è inoltre generalmente riconosciuto ai dirigenti apicali<sup>(21)</sup>.

In tutte le altre situazioni l'effettivo godimento delle ferie è subordinato all'atto determinativo del datore di lavoro, cui spetta il compito di sceglierne la collocazione temporale: pertanto, l'assenza del lavoratore nel periodo oggetto della richiesta di ferie che siano state negate dal datore di lavoro deve ritenersi assenza ingiustificata legittimante il licenziamento senza preavviso, ove previsto dal CCNL<sup>(22)</sup>.

Nel chiarire che le ferie sono fruite «nel tempo che l'imprenditore stabilisce», l'art. 2109, comma 2, c.c., precisa che occorre però tener conto non solo delle esigenze dell'impresa ma anche «degli interessi del prestatore di lavoro». La portata di tale specificazione è stata chiarita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione che, al fine di limitare la contraddizione fra la configurazione del diritto alle ferie come diritto irrinunciabile della persona garantito a tutti i lavoratori e la scelta del legislatore di demandarne le modalità di esercizio al potere del datore di lavoro, hanno posto via via alcuni importanti "paletti": è stato così precisato che il datore di lavoro deve organizzare il periodo delle ferie «in modo utile per le esigenze dell'impresa, ma non ingiustificatamente vessatorio nei confronti del lavoratore e dimentico delle legittime esigenze di questi»<sup>(23)</sup>, temperando le esigenze aziendali con quelle del lavoratore secondo un livello di correttezza e buona fede e comunicando al lavoratore con adeguato anticipo la collocazione del periodo di riposo<sup>(24)</sup>. La Consulta ha inoltre precisato che il potere di scegliere la

---

tempestiva richiesta inoltratagli del lavoratore, dell'assenza di precedenti casi di silenzio-rifiuto delle ferie.

<sup>(21)</sup> Va però segnalato che il potere del dirigente di autodeterminare il periodo di godimento delle ferie può essere limitato da una previsione contrattuale contraria che subordini la scelta dei tempi di fruizione ad un accordo con il datore di lavoro: Cass. 21 dicembre 2016, n. 26464, *GCM*, 2017.

<sup>(22)</sup> Così Cass. 6 luglio 2018 n. 17885, *DJ*; Cass. 26 novembre 2014, n. 25159, *FI*, 2015, 1, I, 92; Cass. 11 dicembre 1996, n. 11028, *MGL*, 1997, 67.

<sup>(23)</sup> Cass. 24 ottobre 2000, n. 13980, *RIDL*, 2001, II, 504; nello stesso senso v. Cass. 21 febbraio 2001, n. 2569, *MGL*, 2001, 730.

<sup>(24)</sup> Cass. 19 luglio 2002, n. 10622, *GI*, 2003, 670; Cass. 24 ottobre 2000, n. 13980, *RIDL*, 2001, II, 504; T. Monza 9 febbraio 2012, *RCDL*, 2012, 181; A. Bologna 14 maggio 2010; T. Parma 10 marzo 2006; P. Milano 20 gennaio 1999; P. Milano 16 novembre 1996; T. Milano 24 febbraio 1996. Sul punto v. anche T. Roma 20 gennaio 2009, *LG*, 2009, 418, secondo cui qualora il datore di lavoro disponga di propria iniziativa le ferie del lavoratore senza che le stesse rispondano a un'esigenza di quest'ultimo, il dipendente avrà la facoltà di far presente al datore di lavoro le proprie esigenze: qualora la disposizione del datore di lavoro sia arbitraria e illegittima, il lavoratore potrà opporsi rifiutandosi di usufruire delle ferie, chiedendo di godere delle stesse in un periodo differente o programmandole con un congruo anticipo. Al

collocazione temporale delle ferie non può essere esercitato «in modo da vanificare le finalità cui è preordinato l'istituto», cosa che certamente avverrebbe non soltanto nel caso di «frantumazione del riposo feriale in brevi o brevissimi periodi», ma anche qualora non si consenta «al lavoratore di usufruire integralmente nel corso dell'anno del periodo di ferie che annualmente gli compete»<sup>(25)</sup>. Peccato che il legislatore italiano abbia lasciato al datore di lavoro non soltanto la facoltà di fissare il periodo di ferie, ma anche la possibilità di posticipare il godimento di parte del periodo minimo annuale di quattro settimane di riposo ai diciotto mesi successivi al termine dell'anno di maturazione (art. 10, d.lgs. 66/2003, così come modificato dal d.lgs. n.213/2004): disposizione che dunque pone qualche dubbio in ordine alla sua legittimità costituzionale (ma, come si dirà *infra*, § 5, anche in ordine alla legittimità uni-europea).

L'unica facoltà prevista in capo ai lavoratori è dunque quella di fruire di due settimane di ferie in modo consecutivo, formulando un'espressa richiesta al datore di lavoro: in assenza dell'individuazione di un vero e proprio diritto alla continuità del periodo di riposo – diritto che è invece riconosciuto dal legislatore d'oltralpe<sup>(26)</sup> – pare superfluo soffermarsi sulle pressioni di segno contrario cui tale norma rischia di sottoporre i dipendenti.

## 2.1 L'utilizzo delle ferie durante l'emergenza Covid

Benché il datore di lavoro nel definire il periodo di ferie debba tener conto delle esigenze dei dipendenti, vi sono tuttavia situazioni che legittimano l'utilizzo delle c.d. ferie forzate, generalmente previo accordo con le parti sociali: è quel che accade ad esempio a fronte di una crisi aziendale in cui può essere concordato con le rappresentanze sindacali il ricorso alle ferie in luogo dell'attivazione di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, al fine di riconoscere una condizione di miglior favore per i dipendenti.

---

contrario, non pare meritevole di tutela la condotta del lavoratore che, in presenza di una imposizione datoriale al godimento delle ferie in un determinato periodo, non abbia presentato alcuna rimostranza o sollevato rilievi o esplicitato la non rispondenza dei periodi alle proprie esigenze, ma abbia usufruito integralmente delle ferie, prestando acquiescenza al godimento delle stesse, salvo chiedere il risarcimento del danno in ragione della tardiva comunicazione delle stesse.

<sup>(25)</sup> Tutte le citazioni sono tratte da C. cost. 19 dicembre 1990, n. 543, *RIDL*, 1991, II, 393.

<sup>(26)</sup> L'art. L. 3141-18 del *Code du travail* stabilisce infatti che il periodo di ferie deve essere continuativo qualora non superi i dodici giorni. Al di sopra di tale soglia il frazionamento del congedo è ammesso, a condizione che vi sia un accordo fra lavoratore e datore di lavoro.

Tale possibilità è stata utilizzata in maniera piuttosto rilevante durante l'emergenza sanitaria da Covid-19, quando è stato fatto ricorso alle c.d. ferie forzate per fronteggiare periodi di chiusura aziendale disposti dall'autorità al fine di limitare il diffondersi del virus: l'applicazione di tale strumento è stata incentivata dallo stesso Governo (così l'art. 1, lett. *bb*, d.p.c.m. 26 aprile 2020 e l'art. 1, lett. *b*, dpcm 2 marzo 2021) e appoggiata dalle parti sociali<sup>(27)</sup>.

A tal riguardo va però segnalata una interessante pronuncia di merito<sup>(28)</sup> secondo la quale, nel quadro normativo delineatosi durante l'emergenza sanitaria da Covid-19, qualora il datore di lavoro privato possa concretamente avvalersi del lavoro agile, il ricorso alle ferie deve considerarsi una misura subordinata o quantomeno equiparata ad esso. Pertanto, l'impiego delle ferie non può essere indiscriminato, ingiustificato o penalizzante, specialmente qualora sussista in capo al lavoratore un titolo di priorità nell'adibizione al lavoro agile per motivi di salute. Precisazione senza dubbio importante che pone un limite all'uso delle ferie forzate anche in periodo emergenziale.

Va peraltro segnalato che, in alcuni contesti, la collocazione forzata in ferie è stata disposta dai datori di lavoro nei confronti di dipendenti che abbiano rifiutato la vaccinazione contro il Covid-19. Tale provvedimento è stato considerato legittimo dalla prima giurisprudenza di merito, intervenuta in proposito ben prima che il legislatore introducesse l'obbligo vaccinale per alcune categorie professionali. Secondo la pronuncia in questione, infatti, la vaccinazione degli operatori sanitari che prestano la propria attività in residenze per anziani costituisce una misura di prevenzione resa necessaria dall'obbligo per il datore di lavoro di garantire a tutti un ambiente sicuro, così come disposto dall'art. 2087 c.c.; pertanto, l'esigenza del datore di lavoro di osservare l'obbligo di tutela della salute e della sicurezza dei dipendenti prevale sull'eventuale interesse del prestatore di lavoro di usufruire di un diverso periodo di ferie<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> Si veda il *Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro* del 24 aprile 2020, così come aggiornato il 6 aprile 2021. Sul tema v. A. Maresca, *ContraZIONE del lavoro e flessibilità dei tempi di lavoro indotte dal covid-19: esperienze e prospettive*, RIDL, 2020, II, 287.

<sup>(28)</sup> T. Grosseto, 23 aprile 2020, n. 502, RIDL, 2020, II, 680.

<sup>(29)</sup> T. Belluno, 19 marzo 2021 (ord.), RIDL, 2021, II, 591, nt. Lovo, *Rifiuto del vaccino anti-Covid 19: quali conseguenze sul rapporto di lavoro?* Per un'analisi di tale sentenza: C. Pisani, *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto legge*, GL, 2021, n. 16, 30 ss.; R. Rivero, *Questioni applicative in tema di rifiuto di vaccinarsi: dalla circolare INAIL dell'1.3.2021 all'ordinanza del giudice di Belluno del 19.3.2021*, QG, 29 marzo 2021; P. Pascucci, C. Lazzari, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, DSL, 2021, n. 1, I, 164; M. Biasi, *La collocazione in ferie del personale socio-sanitario renitente al vaccino anti-Covid: un (più che) ragionevole compromesso*, DRI, 2021, 812.

### 3. I profili retributivi del diritto alle ferie

Se sotto il profilo della collocazione del periodo feriale la normativa dell'Unione europea non fornisce indicazioni lasciando un ampio margine di discrezionalità ai legislatori nazionali, il diritto dell'Unione così come interpretato dalla Corte di giustizia si occupa però di molteplici altre questioni contribuendo a rafforzare notevolmente la tutela riconosciuta al diritto alle ferie.

Anzitutto, la Corte di giustizia ha elaborato la nozione di retribuzione spettante per i periodi feriali, chiarendo che la direttiva «tratta il diritto alle ferie annuali e quello all'ottenimento di un pagamento a tale titolo come due aspetti di un unico diritto», con la conseguenza che «il momento in cui vengono pagate le ferie annuali deve essere stabilito in modo che [...] il lavoratore, per quanto riguarda la paga, sia messo in situazione paragonabile a quella dei periodi di lavoro»<sup>(30)</sup>. Durante il periodo di ferie annuali il dipendente ha diritto «non solo al mantenimento del suo stipendio di base, bensì anche, da un lato, a tutti gli elementi intrinsecamente connessi all'espletamento delle mansioni che gli incombono in forza del suo contratto di lavoro e che sono compensati tramite un importo pecuniario incluso nel calcolo della sua retribuzione complessiva e, dall'altro, a tutti gli elementi collegati allo *status* personale e professionale»<sup>(31)</sup>. Conseguentemente, la Corte ha precisato che anche la «provvigione deve essere tenuta in considerazione all'atto del calcolo della retribuzione globale cui un lavoratore [...] ha diritto a titolo di ferie annuali»<sup>(32)</sup>; e che deve essere considerata contraria al diritto dell'Unione la non inclusione, nella retribuzione versata ai lavoratori a titolo di ferie annuali, degli importi supplementari corrisposti ai piloti in ragione delle ore di volo e/o del tempo trascorso fuori della Base<sup>(33)</sup> ovvero del compenso variabile rappresentato da provvigioni sul fatturato realizzato<sup>(34)</sup>. La Corte ha ad ogni modo precisato che contrastano con il diritto dell'Unione la previsione, per contratto collettivo, di una riduzione della indennità per ferie retribuite derivante da una situazione di disoccupazione parziale nel periodo temporale di riferimento<sup>(35)</sup> nonché la riduzione derivante

---

<sup>(30)</sup> Corte giust. 16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele*, punti 58 e 59 della motivazione.

<sup>(31)</sup> Corte giust. 15 settembre 2011, C-155/10, *Williams e a.*, punto 31 della motivazione.

<sup>(32)</sup> Corte giust. 22 maggio 2014, C 539/12, *Z.J.R. Lock*, punto 33 della motivazione.

<sup>(33)</sup> Corte giust. 15 settembre 2011, *Williams*, cit.

<sup>(34)</sup> Corte giust. 22 maggio 2014, *Z.J.R. Lock*, cit.

<sup>(35)</sup> Corte giust. 13 dicembre 2018, C-385/17, *To.He*.

dalla fruizione nel medesimo periodo di un congedo parziale per malattia<sup>(36)</sup>: disposizioni di tal genere equivarrebbero infatti «a subordinare il diritto alle ferie annuali retribuite conferito dalla direttiva 2003/88 all'obbligo di aver lavorato a tempo pieno» durante il periodo di riferimento e finirebbero per far «dipendere il valore di tale diritto dalla data in cui quest'ultimo viene esercitato»<sup>(37)</sup>.

La nozione di retribuzione del periodo di ferie elaborata dalla Corte di Giustizia è stata naturalmente accolta dalla Cassazione, intervenuta sul tema anche di recente ribadendo la necessità di includere nella paga versata durante il periodo di riposo anche le indennità che vengono corrisposte con continuità ai dipendenti durante i periodi lavorativi<sup>(38)</sup>.

### 3.1. Il diritto al pagamento dell'indennità per ferie non godute

Nell'affrontare i profili economici connessi al diritto al riposo annuo, occorre soffermarsi anche sul diritto a percepire l'indennità per ferie non godute: com'è noto, l'art. 7 della direttiva 2003/88 stabilisce che il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di cessazione del rapporto di lavoro. Il medesimo divieto è stato recepito dall'art. 19, d.lgs. n. 66/2003 con riguardo alle quattro settimane garantite per legge, operante salvo il caso della risoluzione del rapporto di lavoro nel corso dell'anno: il datore di lavoro è dunque tenuto ad adottare tutti i provvedimenti idonei a consentire l'esaurimento delle ferie pregresse, non essendo ammissibile la monetizzabilità del diritto, a meno che la concessione non risulti eccessivamente onerosa. Devono perciò considerarsi invalide le clausole contenute in alcuni contratti collettivi che prevedono, decorso un certo periodo di tempo dal superamento dell'anno di maturazione, la "conversione" del diritto nella corrispondente indennità economica<sup>(39)</sup>: anche

---

<sup>(36)</sup> Corte giust. 9 dicembre 2021, C-217/20, *Staatssecretaris van Financiën*, secondo cui «i diritti alle ferie annuali retribuite devono essere determinati, in linea di principio, in funzione dei periodi di lavoro effettivo svolti in forza del contratto di lavoro, senza tener conto del fatto che l'importo di tale retribuzione ha subito una riduzione dovuta a una situazione di inabilità al lavoro a causa di malattia» (punto 39 della motivazione).

<sup>(37)</sup> Corte giust. 9 dicembre 2021, *Staatssecretaris van Financiën*, cit., punti 36 e 37 della motivazione.

<sup>(38)</sup> Cass 17 maggio 2019, n. 13425, *GCM*, 2019; Cass. 15 ottobre 2020, n. 22401 (ord.), *DJ*, riguardante l'indennità di navigazione nello stretto di Messina che viene corrisposta con continuità ai dipendenti di una società di navigazione durante i periodi lavorativi.

<sup>(39)</sup> Sul punto v. V. Leccese, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003 come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, *WP CSDLE*, It. n. 40/2006, 72 s.; R. Del Punta, *La nuova disciplina delle ferie*, in *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, a

quando il termine entro cui le ferie dovrebbero essere godute è ormai trascorso, il lavoratore conserva infatti il diritto all'esecuzione in forma specifica a condizione che non vi siano concrete esigenze aziendali ostative al recupero del riposo annuale<sup>(40)</sup>.

L'indennità per ferie non godute va ad ogni modo retribuita qualora, al momento della risoluzione del rapporto, il lavoratore non abbia goduto di tutte le ferie maturate<sup>(41)</sup>. La natura di tale emolumento è stata a lungo dibattuta dalla giurisprudenza, che oggi propende per riconoscerle valenza non solo risarcitoria ma anche retributiva: oltre ad essere diretta a compensare il danno determinato dalla perdita del periodo di riposo, l'indennità costituisce infatti un ulteriore corrispettivo per l'attività lavorativa non dovuta e comunque svolta<sup>(42)</sup>.

---

cura di V. Leccese, Ipsosa, 2004, 395; G. Lella, *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e "creatività"*, DPL, 2005, n. 21, inserto, XXII.

<sup>(40)</sup> Cass. 24 ottobre 2000, n. 13980, RIDL, 2001, II, 504, nt. Calafà, *Ferie forzate e crisi d'azienda*; Cass. 21 marzo 2001, n. 2569, ADL, 2001, 695 ss., nt. Vallebona, *Ferie non godute: indennità sostitutiva o godimento differito?* Il lavoratore potrebbe però rifiutare l'adempimento tardivo quando esso non soddisfi più il suo interesse al godimento del periodo di riposo al di fuori dell'anno di riferimento e potrebbe quindi denunciare l'inadempimento chiedendo il risarcimento del danno: Cass. 6 giugno 1997, n. 5086, FI, 1997, I, 2446; Cass. 9 luglio 1997, n. 6224, GC, 1998, I, 825; Cass. 8 maggio 1996, n. 4260, GCM, 1996, 688; Cass. 28 ottobre 1995, n. 11279, GI, 1997, I, 1, 396. Cfr. anche Cass. 9 marzo 2017, n. 6115, RIDL, 2017, 4, II, 695, secondo cui il datore di lavoro non può pretendere dal lavoratore il godimento cumulativo delle ferie in prossimità del pensionamento qualora abbia colpevolmente creato i presupposti di tale situazione, poiché l'istituto delle ferie è preordinato al recupero delle energie psicofisiche nel corso del rapporto di lavoro e non alla fine dello stesso. In dottrina v. V. Speciale, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in WP CSDLE It. n. 23/2004, 61.

<sup>(41)</sup> Per il solo fatto che in concreto le ferie non siano effettivamente fruiti, anche senza responsabilità del datore di lavoro, spetta al lavoratore la relativa indennità sostitutiva, la cui funzione è quella di compensare il danno costituito dalla perdita del bene al cui soddisfacimento è destinato l'istituto delle ferie: così Cass. 4 luglio 2013 n. 16735, RIDL, 2014, 2, II, 238; Cass. 9 luglio 2012, n. 11462, RCDL, 2012, 810.

<sup>(42)</sup> A lungo è prevalsa la tesi della natura risarcitoria dell'indennità, secondo la quale nel mancato riposo del lavoratore è ravvisabile un danno *in re ipsa* che prescinde da una specifica allegazione. Secondo tale orientamento, il diritto all'indennità sostitutiva scaturisce dall'art. 1218 c.c. e dall'inadempimento del datore di lavoro all'obbligazione di consentire al lavoratore il godimento del riposo feriale; essa ha la funzione di riparare il danno costituito dal mancato recupero delle energie psicofisiche del prestatore di lavoro e dalla perdita della possibilità di coltivare interessi morali e materiali, personali e sociali di natura extra-lavorativa, cui quest'ultimo avrebbe avuto diritto ai sensi degli artt. 2109 c.c. e 36 Cost. Il diritto all'indennità risulterebbe soggetto alla prescrizione ordinaria decennale ex art. 2946 c.c. (così Cass. 4 luglio 2013, n. 16735, cit.; Cass. 9 luglio 2012, n. 11462, cit.; Cass. 11 maggio 2011, n. 10341, RCDL, 2011, 673). Il secondo orientamento, sviluppatosi successivamente, riconosce all'indennità sostitutiva delle ferie non godute natura retributiva che le deriva dal rapporto di sinallagmaticità della prestazione lavorativa. Secondo questa tesi, l'indennità rappresenterebbe un'attribuzione patrimoniale riconosciuta al lavoratore ai sensi dell'art. 2126, comma 2, c.c. per una prestazione non dovuta ed eseguita in violazione di norme di legge, fermo restando che il

Tale somma non deve invece essere corrisposta qualora la mancata fruizione del riposo discenda da un comportamento del lavoratore<sup>(43)</sup>.

Peculiare è tuttavia la normativa operante nel pubblico impiego a seguito dell'intervento normativo realizzato dal governo Monti nell'ambito della c.d. *spending review*, che ha dato luogo a un vivace dibattito sul quale è senz'altro utile aprire una parentesi.

### **3.2. Dubbi sulla legittimità uni-europea della norma in tema di *spending review* operante nella pubblica amministrazione**

La possibilità di beneficiare dell'indennità per ferie non godute è stata regolata in termini restrittivi nei confronti del personale delle pubbliche amministrazioni ad opera dell'art. 5, comma 8, d.l. n. 95/2012, conv., con

---

prestatore può sempre agire per ottenere un eventuale e distinto risarcimento del danno. Ne deriva l'applicazione del regime prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948 c.c. e l'imponibilità fiscale e contributiva delle somme così erogate (così Cass. 28 agosto 2006, n. 18598, *GD*, 2006, n. 39, 66; Cass. 5 settembre 2005, n. 17761, *GCM*, 2005, 6; Cass. 21 agosto 2003, n. 12311, *GCM*, 2003, 7-8; Cass. 9 novembre 2002, n. 15776, *FI*, 2003, I, 491). Più recentemente, infine, è andato affermandosi un terzo orientamento che attribuisce duplice natura all'indennità sostitutiva delle ferie non fruite: secondo la Cassazione, l'indennità avrebbe natura non soltanto risarcitoria, in quanto finalizzata a compensare un danno costituito dalla perdita del bene del riposo; ma anche retributiva, qualificandosi come ulteriore corrispettivo per attività lavorativa non dovuta e comunque svolta. Al profilo risarcitorio dell'indennità consegue l'applicazione del regime prescrizione decennale ai sensi dell'art. 2946 c.c., mentre dal profilo retributivo deriva il rilievo della somma per il calcolo degli istituti retributivi indiretti; rimane ferma l'ormai acquisita imponibilità dell'emolumento. Abbracciano quest'ultimo orientamento: Cass. 10 febbraio 2020, n. 3021, *FI*, 2020, I, n. 4, 1225; Cass. 9 marzo 2017, n. 6115, cit.; Cass. 29 gennaio 2016, n. 1757, *GCM*, 2016; Cass. 29 gennaio 2016, n. 1756, *GD*, 2016, n. 9, 48; Cass. 12 gennaio 2016, n. 276; Cass. 19 dicembre 2013, n. 28428, *RIDL*, 2014, II, 851.

(43) V. Cass. 7 giugno 2005 n. 11786, *GCM*, 2005, 6, secondo cui il dirigente che, pur avendo il potere di attribuirsi il periodo di ferie senza alcuna ingerenza del datore di lavoro, non eserciti il potere medesimo e non usufruisca quindi del periodo di riposo annuale, non ha il diritto all'indennità sostitutiva delle ferie non godute, a meno che non provi la ricorrenza di necessità aziendali assolutamente eccezionali e obiettive ostative alla fruizione del riposo. La giurisprudenza ha inoltre precisato che è comunque onere dell'impresa dimostrare di aver messo agevolmente in grado il dirigente di fruire delle ferie e, all'occorrenza, di averlo invitato a goderne tempestivamente, avvisandolo che, in contrario, avrebbe perso il diritto vantato: così Cass. 2 luglio 2020 n. 13613, *GI*, 2020, 2187, nt. Lunardon, *Irrinunciabilità del diritto alle ferie, indennità sostitutiva e responsabilità del datore di lavoro*. È stato inoltre precisato che è nulla la clausola contrattuale con la quale il lavoratore preventivamente rinunci all'erogazione della indennità sostitutiva per le ferie maturate e non godute, sia pure a fronte della corresponsione di un superminimo il quale, oltre a compensare con una retribuzione maggiorata l'ordinario lavoro, abbia nel contempo anche la funzione di remunerare in funzione forfettaria eventuali giornate di ferie non godute: così Cass. 19 dicembre 2013 n. 28428, cit. Sul regime prescrizione dell'indennità sostitutiva v. A.M. Battisti, *Indennità per ferie non godute*, *MGL*, 2021, 11.

modificazioni, in l. n. 135/2012, con il quale, al fine di contenere la spesa pubblica, è stato stabilito che le ferie, i riposi ed i permessi «sono obbligatoriamente fruiti secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti e non danno luogo in nessun caso alla corresponsione di trattamenti economici sostitutivi». Tale disposizione è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale che, con una sentenza interpretativa di rigetto<sup>(44)</sup>, ha precisato che il divieto di corrispondere trattamenti sostitutivi è limitato a fronte di fattispecie in cui la cessazione del rapporto di lavoro sia riconducibile a una scelta o a un comportamento del lavoratore (dimissioni o risoluzione consensuale) o ad altri eventi (mobilità, pensionamento, raggiungimento dei limiti di età) che consentano di pianificare per tempo la fruizione delle ferie e di attuare il necessario contemperamento delle scelte organizzative del datore di lavoro con le preferenze manifestate dal lavoratore in merito al periodo di godimento. Richiamando l'esegesi della norma in questione già compiuta da diverse amministrazioni<sup>(45)</sup>, dalla magistratura contabile in sede di controllo<sup>(46)</sup> e da una propria precedente decisione<sup>(47)</sup>, la Consulta ha dunque ritenuto che la compensazione economica deve ritenersi ammessa quando il rapporto di lavoro venga a cessare e il godimento delle ferie sia «compromesso dalla malattia o da altra causa non imputabile al lavoratore». Così interpretato, il divieto previsto dal legislatore sarebbe, secondo la Corte, «coerente con le finalità della disciplina restrittiva» diretta a «reprimere il ricorso incontrollato alla “monetizzazione” delle ferie non godute» e compatibile con i parametri costituzionali. In altre parole, la Consulta ha ritenuto che, unitamente ad altre misure di contenimento della spesa, la disciplina in questione miri «a riaffermare la preminenza del godimento effettivo delle ferie, per incentivare una razionale programmazione

---

<sup>(44)</sup> Corte Cost. 6 maggio 2016, n. 95, *RIDL*, 2016, II, 881, nt. Di Noia, *La Consulta salva il divieto di monetizzazione delle ferie non godute e mitiga il «furore iconoclasta» del d.l. n. 95/2012*. Su tale pronuncia v. anche M. Corti, *Legislazione anticrisi e diritto alle ferie: i difficili equilibri della Corte costituzionale*, *DRI*, 2016, 1129.

<sup>(45)</sup> INPS, messaggio n. 2364 del 6 febbraio 2013; Ragioneria generale dello Stato, nota n. 94806 del 9 novembre 2012; Dipartimento della funzione pubblica, nota n. 40033 dell'8 ottobre 2012.

<sup>(46)</sup> Corte dei conti, sezione di controllo per la Regione Campania, delibera dell'11 dicembre 2014, n. 249; Corte dei conti, sezione di controllo per la Regione Veneto, delibera del 12 novembre 2013, n. 342; Corte dei conti, sezione di controllo per la Regione Valle d'Aosta, delibera del 12 novembre 2013, n. 20; Corte dei conti, sezione di controllo per Regione Sicilia, delibera del 5 giugno 2014, n. 77.

<sup>(47)</sup> Corte Cost. 4 dicembre 2013, n. 286, *FI*, 2014, 10, I, 2690, con la quale la Corte aveva già avuto modo di analizzare incidentalmente la disciplina impugnata, specificando che essa non sopprime affatto la «tutela risarcitoria civilistica del danno da mancato godimento incolpevole».

del periodo feriale e favorire comportamenti virtuosi delle parti nel rapporto di lavoro» e che, in questo contesto, debba essere inquadrato il divieto di “monetizzazione”, che è «volto a contrastare gli abusi, senza arrecare pregiudizio al lavoratore incolpevole»<sup>(48)</sup>.

La conclusione a cui è giunta la Consulta consente dunque di armonizzare la disciplina diretta alla revisione della spesa pubblica ai principi dell’ordinamento in materia di ferie, individuando un difficile punto di equilibrio con le esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica, a cui ha dato nuovo vigore l’introduzione in Costituzione del principio del cd. pareggio di bilancio (art. 81). A tale orientamento si è poi naturalmente confermata la giurisprudenza di legittimità e di merito successiva, precisando che nel rapporto di impiego alle dipendenze della Pubblica Amministrazione le ferie non godute possono essere monetizzate solo nel caso in cui la mancata fruizione sia dipesa da cause di servizio eccezionali o da motivazioni comunque non imputabili alla volontà del lavoratore<sup>(49)</sup>.

Tale orientamento pone però non trascurabili oneri probatori a carico del dipendente: c’è dunque da chiedersi se la disposizione in questione, la cui legittimità costituzionale è stata salvata da una sentenza interpretativa, possa dirsi compatibile anche con la normativa europea. La previsione di oneri probatori rilevanti in capo al lavoratore appare infatti poco coerente con i principi della sentenza della Corte di giustizia *Max-Planck* che, come si è visto, reputa contrastanti con l’art. 31 della Carta di Nizza l’imposizione di oneri a carico della “parte debole” del rapporto che finiscano per ledere l’effettività del diritto alle ferie<sup>(50)</sup>.

Non si può peraltro trascurare che, ad avviso della Corte di giustizia, la direttiva 2003/88 «non assoggetta il diritto a un’indennità finanziaria ad alcuna condizione diversa da quella relativa, da un lato, alla cessazione del rapporto di lavoro e, dall’altro, al mancato godimento da parte del lavoratore di tutte le ferie annuali a cui aveva diritto alla data in cui tale rapporto è cessato»<sup>(51)</sup>, precisando che ai fini del diritto all’indennità sostitutiva «è privo di rilevanza il motivo per cui il rapporto di lavoro è cessato»: secondo i giudici di Lussemburgo, infatti, «la circostanza che un lavoratore ponga fine, di sua iniziativa, al proprio rapporto di lavoro non ha nessuna incidenza sul suo diritto a percepire, se del caso,

---

<sup>(48)</sup> Tutte le citazioni sono tratte da C. cost. 6 maggio 2016, n. 95, cit.

<sup>(49)</sup> Cass. 30 luglio 2018, n. 20091, *GCM*, 2018.

<sup>(50)</sup> G. Bronzini, *op. cit.*, 12.

<sup>(51)</sup> Corte giust. 20 luglio 2016, C-341/15, *Maschek*, punto 27; spunti in questo senso erano già presenti anche in Corte giust. 12 giugno 2014, C-118/13, *Bollacke*.

un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite di cui non ha potuto usufruire prima della cessazione del rapporto di lavoro»<sup>(52)</sup>.

Se l'esegesi dell'art. 5, comma 8, d.l. n. 95/2012 offerta dalla sentenza della Corte costituzionale può porre al riparo la norma della *spending review* dai dubbi di legittimità costituzionale, altrettanto non può dunque dirsi con riguardo ai dubbi di compatibilità uni-europea, che non paiono affatto superabili: con la conseguenza che la norma in questione dovrebbe essere disapplicata dal giudice interno così da dare diretta applicazione al diritto alle ferie (e alla relativa indennità) tutelato dal diritto dell'Unione, come previsto dal tritico di sentenze della Corte di giustizia prima richiamato<sup>(53)</sup>.

#### **4. Un filone giurisprudenziale in continuo sviluppo: la sovrapposizione fra ferie e congedo di malattia**

Uno dei temi che ha certamente più impegnato la Corte di giustizia negli ultimi anni è la sovrapposizione fra ferie e altri congedi, a partire dalla nota sentenza *Merino Gómez*<sup>(54)</sup> con cui è stato riconosciuto il diritto delle lavoratrici a godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello coincidente con il congedo per maternità, principio che era già da tempo applicato nel nostro ordinamento<sup>(55)</sup>. A tale pronuncia è poi seguito un nutrito numero di sentenze che, seguendo le orme del “caso apripista” *Schultz-Hoff*, si sono occupate del rapporto esistente fra ferie e congedo per malattia<sup>(56)</sup>, chiarendo che il godimento del riposo annuale «non può essere subordinato da uno Stato membro all'obbligo di avere effettivamente lavorato durante il periodo di riferimento»<sup>(57)</sup>: la direttiva 2003/88 riconosce infatti il diritto alle ferie ad ogni

---

<sup>(52)</sup> Corte giust. 20 giugno 2016, *Maschek*, cit., punti 28-29.

<sup>(53)</sup> Per tutte, Corte giust. 6 novembre 2018, *Max-Planck*, cit., su cui v. *supra*, § 1. Su tale questione v. M. Corti, *op. cit.*, 1129 ss.

<sup>(54)</sup> Corte giust. 18 marzo 2004, C-342/01, *Merino Gómez*.

<sup>(55)</sup> L'art. 22, d.lgs. n. 151/2001 stabilisce infatti che «le ferie e le assenze eventualmente spettanti alla lavoratrice ad altro titolo non vanno godute contemporaneamente ai periodi di congedo di maternità».

<sup>(56)</sup> Corte giust. 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit.; Corte giust. 10 settembre 2009, *Vicente Pereda*, cit.; Corte giust. 22 novembre 2011, C-214/10, *KHS AG*; Corte giust. 3 maggio 2012, C-337/10, *Neidel*; Corte giust. 21 giugno 2012, C-78/11, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)*; Corte giust. 20 luglio 2016, *Maschek*, cit.; Corte giust. 19 novembre 2019, cause riunite C-609/17 e C-610/17, *TSN*.

<sup>(57)</sup> Corte giust. 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit., punto 41 della motivazione. Il principio secondo cui il lavoratore matura il diritto alle ferie anche durante il congedo per malattia è ormai pacifico nella giurisprudenza italiana: vedi per tutte Cass. S.U. 12 novembre 2001, n. 14020, *RIDL*, 2002, II, 557.

lavoratore, senza porre alcuna distinzione fra coloro che – nel corso del periodo di maturazione – abbiano effettivamente lavorato e quanti invece siano stati in congedo per malattia.

La Corte ha inoltre dichiarato che «un lavoratore, in congedo per malattia durante un periodo di ferie annuali precedentemente fissato, ha diritto, su sua richiesta e affinché possa godere in concreto delle ferie annuali, di beneficiarne in un periodo diverso da quello coincidente con il periodo di congedo per malattia»<sup>(58)</sup>. Tale principio non parrebbe aggiungere nulla di nuovo a quanto già ribadito dalla giurisprudenza italiana, che – successivamente alla parziale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2109, comma 2, c.c. – è intervenuta più volte su tale questione. A ben vedere, tuttavia, fra le righe della giurisprudenza europea potrebbe essere nascosta la soluzione ad un quesito che per lungo tempo ha tormentato i giudici italiani, per poi essere risolto in maniera non del tutto soddisfacente dalle Sezioni Unite: *quando* l'insorgere di una malattia può determinare la sospensione delle ferie?

Nel dichiarare, nel lontano 1987, l'illegittimità costituzionale dell'art. 2109 c.c. nella parte in cui non prevedeva la sospensione delle ferie in caso di insorgenza di una malattia<sup>(59)</sup>, la Consulta aveva invocato l'emanazione di una disciplina di dettaglio con la quale dare completa attuazione al principio della non sovrapponibilità fra i due congedi, normativa di cui si è però tuttora in attesa. Proprio l'inerzia del legislatore ha causato – nel corso degli ultimi trent'anni – l'altalenarsi di posizioni interpretative diverse, con le quali la giurisprudenza ha cercato di chiarire la portata del principio di non sovrapponibilità: mentre secondo alcune pronunce l'effetto sospensivo – nel silenzio della legge – si verificherebbe in presenza di qualunque malattia<sup>(60)</sup>, secondo altre affinché il decorso delle ferie possa essere sospeso occorrerebbe invece procedere ad un'analisi circa la natura della patologia e la sua compatibilità con la fruizione del periodo di riposo<sup>(61)</sup>.

---

<sup>(58)</sup> Corte giust. 10 settembre 2009, *Vincente Pereda*, cit., punto 22 della motivazione.

<sup>(59)</sup> C. cost. 30 dicembre 1987, n. 616, in *FI*, 1988, I, 1062.

<sup>(60)</sup> P. Reggio Emilia 2 luglio 1991, *RIDL*, 1992, II, 706; P. Milano 19 marzo 1992, *OGL*, 1992, 625. Nella giurisprudenza di legittimità vedi Cass. 27 luglio 1996, n. 6808, *RIDL*, 1997, II, 532; Cass. 28 novembre 1994, n. 10110, *MGL*, 1995, 59, che ha definito «del tutto evanescente, e quindi impraticabile, la tesi secondo la quale spetta al lavoratore la prova analitica della “sua incapacità a godere delle ferie”».

<sup>(61)</sup> Nel valutare la compatibilità della malattia con le ferie occorrerebbe tenere conto della natura della malattia, della sua prevista durata e del tipo di prescrizioni terapeutiche rivolte al lavoratore. In giurisprudenza v. Cass. 24 marzo 1994, n. 2833, *LPO*, 1994, 1752; Cass. 27 luglio 1994, n. 6982, *MGL*, 1994, 535; Cass. 22 marzo 1996, n. 2515; Cass. S.U. 23 febbraio 1998, n. 1947, *RIDL*, 1998, II, 743; Cass. 3 agosto 1999, n. 8408, *MGC*, 1999, 1773; Cass. 14

Proprio quest'ultimo orientamento è stato recepito dalle Sezioni Unite, secondo cui la regola della sospensione dovrebbe operare soltanto qualora la funzione di reintegrazione delle energie fisiche e psichiche tipica delle ferie sia pregiudicata «in concreto»<sup>(62)</sup> dall'insorgere dello stato morboso: l'effetto sospensivo si verificherebbe così soltanto in presenza di malattie o infortuni gravi debitamente documentati, di patologie comportanti la necessità per il lavoratore di sottoporsi ad accertamenti clinici o a terapie particolarmente complesse, in caso di ricovero ospedaliero o qualora l'infermità superi una soglia di durata minima fissata dai contratti collettivi; in presenza di affezioni guaribili con trattamenti esclusivamente farmacologici, di malattie di tipo nervoso curabili mediante lo svago e il riposo o di lievi indisposizioni, le ferie continuerebbero invece a decorrere regolarmente<sup>(63)</sup>. Secondo la giurisprudenza prevalente, dunque, la conversione dell'assenza per ferie in assenza per malattia opererebbe soltanto a seguito della comunicazione dello stato di malattia al datore di lavoro, salvo che quest'ultimo non provi l'infondatezza di tale presupposto, allegando la compatibilità della malattia con il godimento delle ferie<sup>(64)</sup>.

Il concetto di malattia accolto è dunque decisamente più ristretto rispetto a quello rilevante ai fini della sospensione del rapporto di lavoro *ex art.* 2110 c.c.<sup>(65)</sup>: non basta l'incapacità al lavoro ma occorre l'incapacità al riposo, intesa come incapacità di godere del tempo libero<sup>(66)</sup>.

---

dicembre 2000, n. 15768, *MGC*, 2000, 2595; Cass. 6 aprile 2006, n. 8016, *LG*, 2006, 980. Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali cfr. G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali, Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005, 378.

<sup>(62)</sup> Cass. S.U., 23 febbraio 1998, n. 1947, cit.

<sup>(63)</sup> T. Monza 6 marzo 1992, *IPrev.*, 1992, 719; T. Milano 13 gennaio 1993, *RIDL*, 1994, II, 186.

<sup>(64)</sup> Cass. 6 giugno 2006 n. 8016, cit.

<sup>(65)</sup> Secondo l'orientamento consolidato, ai fini dell'applicazione dell'art. 2110 c.c. per "malattia" si deve intendere «una concreta ed attuale incapacità al lavoro»: M. Mariani, *Art. 2109 cod. civ.*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, diretto da M. Grandi - G. Pera Cedam, 2009, 531.

<sup>(66)</sup> Secondo l'interpretazione prevalente, infatti, affinché le ferie possano essere sospese lo stato morboso «deve essere tale da rendere il lavoratore incapace non solo di effettuare la prestazione lavorativa ("incapacità al lavoro") ma anche di godere del proprio tempo libero ("incapacità al riposo")»: M. Pagni, *In materia di malattia impeditiva del godimento delle ferie e di relativo onere probatorio*, *RIDL*, 1995, II, 871. Un'interpretazione restrittiva del concetto di malattia come quella fino ad ora prevalsa nelle aule di giustizia italiane pare priva di fondamento giuridico: in assenza dell'invocata normativa di dettaglio, il concetto di malattia non può infatti che essere inteso come inabilità al lavoro, in conformità a quanto stabilito dall'art. 2, comma 1, d.l. n. 663/1979 e dalla Convenzione Oil n. 132 del 1970, secondo la quale «i periodi di inabilità al lavoro derivanti da malattie o incidenti non possono essere calcolati nel congedo pagato minimo annuale». Nello stesso senso depongono anche le pronunce della

Benché avallata dalle Sezioni Unite, tale interpretazione non manca però di sollevare perplessità: pare evidente, infatti, il contrasto esistente fra una simile posizione e la pronuncia con cui la Consulta ha enunciato il principio di non sovrapponibilità fra le ferie e *la* malattia in genere, rinviando esclusivamente al legislatore il compito di dettare ulteriori regolamentazioni e precisando che «non valgono in senso contrario [...] la necessità di considerare l'entità della malattia e di effettuare i relativi controlli»<sup>(67)</sup>.

L'interpretazione restrittiva della nozione di malattia pare oltretutto discostarsi non soltanto da quanto stabilito dalla Corte costituzionale, ma anche da quanto precisato dalla Corte di giustizia, che ha riconosciuto in capo al lavoratore il diritto di beneficiare delle ferie in un periodo diverso da quello coincidente con il periodo di congedo per malattia. Secondo i giudici di Lussemburgo, infatti, il divieto di sovrapposizione non dipende dalla gravità della patologia del lavoratore, ma è piuttosto conseguenza delle diverse finalità perseguite dai due congedi: mentre le ferie mirano a garantire al lavoratore «un periodo di distensione e di ricreazione», scopo del congedo di malattia è invece quello di permettere a quest'ultimo di ristabilirsi<sup>(68)</sup>.

#### **4.1 Ancora su ferie e malattia: l'interruzione del periodo di comportamento**

L'unanimente riconosciuto principio della sospensione delle ferie in caso di insorgenza di una malattia non impedisce però che si verifichi la situazione diametralmente opposta: il lavoratore può infatti fruire del riposo annuale retribuito anche durante il congedo per malattia, chiedendo al datore di lavoro la conversione del titolo dell'assenza. In tal caso, tuttavia, il godimento delle ferie è finalizzato non tanto a permettere il ristoro delle energie psicofisiche impiegate nello svolgimento dell'attività lavorativa, quanto piuttosto a interrompere il decorso del periodo di comportamento, evitando così il

---

Corte di giustizia, che più volte si riferiscono alla malattia utilizzando l'espressione «inabilità al lavoro»: la distinzione fra «incapacità al lavoro» e «incapacità al riposo» – richiamata da coloro che sostengono la relatività del principio di non sovrapponibilità – pare dunque priva di base legale; non si vede infatti per quale ragione la patologia debba essere più grave per sospendere le ferie che per sospendere il rapporto di lavoro.

<sup>(67)</sup> Corte Cost. 30 dicembre 1987, n. 616, cit.

<sup>(68)</sup> Corte giust. 10 settembre 2009, *Vincente Pereda*, cit., punti 21 e 22 della motivazione; Corte giust. 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit., punto 25 della motivazione; nello stesso senso cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale Verica Trstenjak, presentate il 24 gennaio 2008, C-520/06, *Stringer*, punto 71. Sul punto sia consentito rinviare a A. Fenoglio, *Le ferie: dalle recenti sentenze della Corte di giustizia nuovi spunti di riflessione sulla disciplina italiana*, ADL, 2010, 450.

licenziamento<sup>(69)</sup>. Un simile utilizzo del periodo feriale è ormai ammesso dalla giurisprudenza italiana<sup>(70)</sup>, secondo la quale un'interpretazione diversa – che impedisca la fruizione delle ferie durante la malattia – si porrebbe in contrasto con il preminente interesse del lavoratore alla conservazione del posto. Tale impostazione può dirsi avallata anche dalla Corte di giustizia, secondo cui «la direttiva 2003/88 non osta [...] a disposizioni o a prassi nazionali le quali consentano a un lavoratore in congedo per malattia di fruire, durante tale periodo, di ferie annuali retribuite»<sup>(71)</sup>: il fondamentale principio dell'effettività delle ferie non impone dunque al lavoratore di dover attendere la guarigione per poter fruire del riposo annuale.

Va sottolineato che qualora il periodo di comporta stia per scadere, il datore di lavoro è «obbligato» a concedere le ferie nel periodo richiesto<sup>(72)</sup>, a meno che dimostri l'esistenza di un apprezzabile motivo di rifiuto. Pur con qualche esitazione, la giurisprudenza italiana riconosce dunque al lavoratore la

---

<sup>(69)</sup> Affinché il decorso del periodo di comporta possa essere interrotto dalla fruizione delle ferie, è però indispensabile un'espressa richiesta del lavoratore: secondo la giurisprudenza maggioritaria, infatti, il datore di lavoro non è tenuto a procedere ad una conversione d'ufficio del titolo dell'assenza, né a comunicare al dipendente l'avvicinarsi della scadenza del periodo di comporta. A tal proposito vedi Cass. 4 aprile 2018, n. 8372, *DJ*, 2018; Cass. 5 aprile 2017, n. 8834, cit.; Cass. 27 ottobre 2014, n. 22753, *GCM*, 2014; Cass. 17 febbraio 2000, n. 1774, *GCM*, 2000, 366; Cass. 22 aprile 2008, n. 10352, *MGL*, 2008, 787. In senso contrario vedi invece Cass. 6 giugno 1991, n. 6431, *MGL*, 1991, 545, secondo cui – anche in mancanza di una domanda dell'interessato – «la scadenza del comporta viene automaticamente spostata all'esaurimento degli eventuali giorni di ferie spettanti al lavoratore».

<sup>(70)</sup> Da ultimo vedi Cass. 14 settembre 2020, n. 19062, cit.; Cass. 29 ottobre 2018, n. 27392, cit.; Cass. 5 aprile 2017, n. 8834, cit.; Cass. 14 aprile 2016, n. 7433, cit.; Cass. 3 marzo 2009, n. 5078, *GCM*, 2009, 371. Nel medesimo senso: Cass. 19 novembre 1998, n. 11691, cit.; Cass. 28 gennaio 1997, n. 873, cit.

<sup>(71)</sup> Corte giust. 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff*, cit., punto 31 della motivazione. Secondo la Corte, in assenza di una normativa comunitaria relativa al congedo per malattia, possono ammettersi sia disposizioni che autorizzino il lavoratore malato al godimento delle ferie, sia regole che – al contrario – vietino tale utilizzo, a condizione però che, in tal caso, il dipendente abbia la possibilità di esercitare il proprio diritto in un periodo diverso.

<sup>(72)</sup> Cass. 14 settembre 2020, n. 19062, cit.; Cass. 29 ottobre 2018, n. 27392, cit.; Cass. 5 aprile 2017, n. 8834; Cass. 14 aprile 2016, n. 7433, cit.; Cass. 17 dicembre 2001, n. 15954, *GCM*, 2001, 2173 secondo cui «una volta che il lavoratore ammalato abbia richiesto la fruizione di un periodo di ferie prima del superamento del periodo di comporta, il datore di lavoro [è] *obbligato* a concederlo, a meno che, tenuto conto del rilevante e fondamentale interesse del lavoratore ad evitare in tal modo la possibile perdita del posto di lavoro, non dimostri un apprezzabile interesse a negarlo per il periodo temporale richiesto» (c.m.). V. anche Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, cit., secondo cui il datore di lavoro – nel valutare la richiesta di ferie – non può limitarsi a rivendicare il suo diritto a scegliere la collocazione temporale, ma deve tener conto dell'interesse del lavoratore ad evitare la possibile perdita del posto di lavoro per scadenza del periodo di comporta; nello stesso senso v., fra le altre, Cass. 19 novembre 1998, n. 11691, cit.; Cass. 28 gennaio 1997, n. 873, cit.

facoltà di scegliere – almeno in questo caso – il periodo di fruizione delle ferie, stabilendo che, nel valutare la richiesta, il datore di lavoro debba tenere in debito conto il «rilevante e fondamentale interesse» del dipendente alla conservazione del posto. D'altra parte, se anche in questo caso il tempo in cui collocare il periodo di riposo fosse rimesso ad una scelta discrezionale del datore di lavoro, quest'ultimo disporrebbe di un potere eccessivamente ampio: dopo aver rifiutato la concessione delle ferie nel periodo richiesto, potrebbe infatti facilmente licenziare il dipendente per superamento del periodo di comporto. Proprio per evitare un simile “effetto domino” si deve dunque ritenere che – in tali circostanze – l'ampio margine di discrezionalità normalmente riconosciuto in capo al datore di lavoro nell'individuare la collocazione del periodo di ferie venga meno.

#### **4.2. La sovrapposizione fra le ferie e altri periodi di non lavoro**

Oltre ad aver sviscerato il tema della sovrapposizione fra ferie e periodi di congedo quali maternità e malattia, negli ultimi anni la Corte di giustizia si è occupata dell'interconnessione fra le ferie e altri periodi di non lavoro: congedi parentali, congedi “speciali” (quali quelli riconosciuti in occasione di matrimonio, della nascita di un figlio, del ricovero ospedaliero o di altre situazioni peculiari), periodo di prepensionamento, periodo intercorrente fra il licenziamento illegittimo e il momento di successiva reintegrazione nel posto di lavoro.

Con riguardo ai periodi di congedo speciale eventualmente previsti dalle normative interne in occasione di matrimonio, della nascita di un figlio, del ricovero ospedaliero o di altre situazioni peculiari, la Corte di giustizia ha chiarito che, diversamente dal congedo per malattia, tali periodi «mirano unicamente a consentire ai lavoratori di assentarsi dal lavoro al fine di rispondere a determinate esigenze o obblighi che richiedono la loro personale presenza»<sup>(73)</sup>: con la conseguenza che nel caso in cui i fatti che giustificano la concessione di tali congedi speciali retribuiti si verificano nel corso di un periodo feriale, i lavoratori non hanno diritto a poterne beneficiare durante un periodo di lavoro successivo<sup>(74)</sup>. In questo caso, dunque, la sovrapposizione con le ferie non rileva.

---

<sup>(73)</sup> Corte giust. 4 giugno 2020, C-588/18, *Fetico*, punto 36 della motivazione.

<sup>(74)</sup> Secondo la Corte «gli articoli 5 e 7 della direttiva 2003/88 devono essere interpretati nel senso che essi non si applicano ad una normativa nazionale che non consente ai lavoratori di avvalersi dei congedi speciali previsti da tale normativa in giornate in cui detti

I giudici di Lussemburgo hanno altresì considerato compatibile con il diritto dell'Unione una normativa nazionale che escluda la maturazione del diritto alle ferie durante il periodo di congedo parentale<sup>(75)</sup>: ribadendo che la finalità del riposo annuale è quella di consentire al lavoratore, da un lato, di recuperare le energie psico-fisiche spese nell'esecuzione dei compiti attribuitigli in forza del suo contratto di lavoro e, dall'altro, di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione nel quale poter perseguire i propri interessi, la Corte ha rimarcato che il diritto alle ferie deve, in linea di principio, essere determinato in funzione dei periodi di lavoro effettivo maturati in forza del contratto di lavoro<sup>(76)</sup>. Pur ribadendo che tale vincolo risulta ammorbidente in caso di assenze «per motivi indipendenti dalla volontà dell'interessato», la Corte ha tuttavia sottolineato che «il lavoratore in congedo parentale non è soggetto alle limitazioni fisiche e psichiche derivanti da una malattia»<sup>(77)</sup>, non essendo dunque possibile equiparare le due diverse situazioni: benché «un congedo garantito dal diritto dell'Unione non può pregiudicare il diritto di fruire di un altro congedo garantito da tale diritto e avente una finalità distinta dal primo»<sup>(78)</sup>, la Corte ritiene dunque che da tale giurisprudenza non si possa dedurre che il godimento del congedo parentale corrisponda, al fine della maturazione delle ferie, a un periodo di lavoro effettivo.

Analogamente, in un'altra controversia la Corte di giustizia ha ritenuto che l'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite non spetti al lavoratore per il periodo precedente al pensionamento nel quale, sulla base di un accordo concluso con il datore di lavoro, il dipendente era tenuto a non presentarsi sul posto di lavoro pur continuando a percepire il proprio stipendio<sup>(79)</sup>. Anche in questo caso la controversia è stata risolta dalla Corte alla luce della duplice finalità del diritto alle ferie: vale a dire rilevando che durante un periodo di non-lavoro il dipendente non matura il diritto al riposo, non essendovi l'esigenza di garantire a quest'ultimo un ulteriore momento di svago e *relax*.

Di grande interesse è infine la sentenza con cui la Corte di giustizia, rispondendo a una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dalla nostra

---

lavoratori devono lavorare, allorché le esigenze e gli obblighi cui rispondono tali congedi speciali si verificano durante periodi di riposo settimanale o di ferie annuali retribuite di cui ai suddetti articoli»: Corte giust. 4 giugno 2020, *Fetico*, cit., punto 42 della motivazione.

<sup>(75)</sup> Corte giust. 4 ottobre 2018, C-12/17, *Dicu*.

<sup>(76)</sup> Corte giust. 11 novembre 2015, C-219/14, *Greenfield*, punto 29 della motivazione.

<sup>(77)</sup> Corte giust. 4 ottobre 2018, *Dicu*, cit., punti 32 e 33 della motivazione.

<sup>(78)</sup> *Ivi*, punto 37 della motivazione.

<sup>(79)</sup> Corte giust. 20 luglio 2016, *Maschek*, cit.

Cassazione<sup>(80)</sup>, è intervenuta sulla maturazione del diritto alle ferie – e dunque all’indennità sostitutiva – nei periodi intercorrenti fra il licenziamento illegittimo e il successivo ripristino del rapporto. I giudici di legittimità avevano chiesto alla Corte di Lussemburgo di valutare la conformità alla luce del diritto dell’Unione dell’orientamento interpretativo consolidato nelle aule di giustizia italiane, secondo cui a fronte di un licenziamento illegittimo ricadente nell’ambito del campo di applicazione della tutela reale prevista dalla versione originaria dell’art. 18 St. lav., il rapporto di lavoro deve intendersi ricostituito ad ogni fine giuridico ed economico, comportando il pagamento al lavoratore delle retribuzioni percepite dalla data di intimazione del licenziamento fino all’effettivo ripristino del rapporto (o fino all’esercizio del diritto di opzione per l’indennità sostitutiva della reintegrazione), senza che in tale somma sia compresa l’indennità sostitutiva delle ferie non godute e dei permessi per riduzione mensile dell’orario<sup>(81)</sup>: poiché nel periodo in questione il lavoratore si trova in una situazione di riposo, l’indennità – avente natura sia risarcitoria che retributiva – non andrebbe infatti corrisposta.

A tale domanda i giudici di Lussemburgo hanno risposto precisando che il periodo compreso tra il licenziamento illegittimo e la reintegrazione del lavoratore nel suo posto di lavoro deve essere assimilato a un periodo di lavoro effettivo ai fini della determinazione dei diritti alle ferie annuali retribuite<sup>(82)</sup>: pertanto un lavoratore illegittimamente licenziato e successivamente reintegrato nel suo posto di lavoro ha diritto al periodo di riposo (o alla relativa indennità) maturato durante tale periodo. La Corte di giustizia ha così spazzato via l’orientamento prevalente seguito dalla nostra giurisprudenza interna, abbracciando il principio secondo cui se un lavoratore non è in grado di adempiere alle proprie funzioni per un motivo imprevedibile e indipendente dalla sua volontà (come una malattia, ma anche un comportamento illegittimo del datore di lavoro), il diritto alle ferie annuali retribuite non può essere subordinato all’obbligo di avere effettivamente lavorato: principio che, a seguito della pronuncia della Corte di giustizia, è ora accolto dalla nostra giurisprudenza interna<sup>(83)</sup>.

---

<sup>(80)</sup> Cass. 10 gennaio 2019, n. 451 (ord.), *GI*, 2019, n. 4, 905, nt. Fenoglio, *È compatibile con il diritto UE il mancato riconoscimento delle ferie tra il recesso illegittimo e la reintegrazione?*

<sup>(81)</sup> Fra le numerose pronunce in merito si v. Cass. 29 novembre 2016, n. 24270; Cass. 8 luglio 2008, n. 18707, *GCM*, 2008, 1111; Cass. 5 aprile 2001, n. 5092, *GCM*, 2001, 721; Cass. 5 maggio 2000, n. 5624, *GCM*, 2000, 933.

<sup>(82)</sup> Corte giust. 25 giugno 2020, cause riunite C-762/18 e C-37/19, *QH* e *CV*.

<sup>(83)</sup> Cass. 8 marzo 2021, n. 6319, *GCM*, 2021.

## 5. Il riporto: qualche riflessione sulla dubbia legittimità uni-europea della normativa italiana

Nel percorso di progressivo rafforzamento del diritto al riposo annuale, la Corte di giustizia ha più volte ribadito che «l'art. 7.1 della direttiva [...] deve intendersi nel senso che le modalità di applicazione nazionali devono comunque rispettare il diritto a ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane»<sup>(84)</sup>, precisando che la norma in questione è in linea di principio inderogabile, con l'eccezione legata all'ipotesi che «alla fine di un anno si cumulino i periodi di più congedi» (quali, ad esempio, quelli di maternità e di malattia): in questo caso la Corte ha ammesso che «può essere inevitabile riportare le ferie annuali o una parte delle stesse all'anno successivo»<sup>(85)</sup>, fermo restando che, anche in ipotesi del genere, le ferie vanno godute come tali, senza possibilità di sostituirvi un'attribuzione patrimoniale, ammessa dalla direttiva solo in caso di cessazione del rapporto di lavoro. In caso di sovrapposizione fra ferie e altro congedo, il riporto del periodo di riposo ad un periodo successivo quello di maturazione al fine di consentirne il godimento effettivo potrebbe essere legittimamente escluso dai legislatori nazionali con riguardo ai soli periodi di ferie eccedenti la soglia minima di quattro settimane prevista dalla direttiva<sup>(86)</sup>.

Proprio il ricco filone giurisprudenziale in materia di sovrapposizione fra ferie e altri periodi di congedo ha rafforzato i dubbi di compatibilità in chiave europea della normativa italiana in materia di ferie<sup>(87)</sup>: com'è noto, l'art. 10, d.lgs. n. 66/2003 (così come modificato dal d.lgs. n. 213/2004) stabilisce che, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva, il periodo minimo di quattro settimane di ferie annuali «va goduto per almeno due settimane [...] nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi».

Lungi dal legittimare *tout court* il differimento della fruizione delle ferie ad un anno successivo a quello di maturazione, la Corte di giustizia nelle pronunce richiamate ha fino ad ora autorizzato il riporto delle ferie ad un periodo

---

<sup>(84)</sup> Corte giust. 18 marzo 2004, *Merino Gómez*, cit., punto 31 della motivazione.

<sup>(85)</sup> Entrambe le citazioni da Corte giust. 6 aprile 2006, C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, punto 24 della motivazione.

<sup>(86)</sup> Corte giust. 19 novembre 2019, *TSN*, cit.

<sup>(87)</sup> Una «divergenza insanabile fra regole nazionali e comunitarie» è stata rilevata da V. Leccese, *op. cit.*, 320. In senso analogo v.: P. Pelissero, *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o race to the bottom?*, *LD*, 2005, 379; M. Roccella, *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, *DLM*, 2006, 120; A. Fenoglio, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, cit., 188 ss.; A. Fenoglio, *Le ferie*, cit., 461 ss. Da ultimo v. anche A.M. Battisti, *Indennità per ferie non godute*, cit., 11. *Contra* G. Ricci, *op. cit.*, 386.

successivo l'anno di maturazione soltanto qualora questo sia indispensabile per permettere l'effettivo godimento del periodo minimo di riposo annuale. Scopo del periodo di riporto non è infatti quello di permettere di rimandare discrezionalmente la fruizione di una parte delle ferie, come sembrerebbe invece ammettere la normativa italiana, ma quello di garantire un'effettiva «tutela del lavoratore, [tenendo] conto delle circostanze specifiche in cui si trova il lavoratore inabile al lavoro durante diversi periodi di riferimento consecutivi»<sup>(88)</sup> e consentendo a quest'ultimo di «poter disporre, se necessario, di periodi di riposo che possano essere scaglionati, pianificati e disponibili a più lungo termine»<sup>(89)</sup>.

La Corte ha infatti precisato che «una disposizione nazionale che prevede un periodo di riporto per ferie annuali non godute alla fine del periodo di riferimento persegue [...] il fine di concedere al lavoratore che è stato impossibilitato a godere le proprie ferie annuali un'ulteriore possibilità di fruirne»<sup>(90)</sup>: la Corte di giustizia non legittima, dunque, *tout court* il differimento della fruizione delle ferie ad un anno successivo a quello di maturazione, ma autorizza il riporto soltanto qualora questo sia indispensabile per permettere l'effettivo godimento del periodo minimo di riposo annuale.

Oltre ad apparire contrastante con la direttiva, la disciplina italiana pare discostarsi anche da quanto previsto dalla Carta costituzionale<sup>(91)</sup>. Come già si è rilevato, trent'anni or sono la Consulta aveva infatti dichiarato che, qualora al lavoratore non sia consentito «usufruire *integralmente* nel corso dell'anno del periodo di ferie che annualmente gli compete», le finalità di riposo e di recupero delle energie psico-fisiche tipiche del congedo feriale risulterebbero vanificate: ove, infatti, «non venisse rispettata tale scadenza per effetto di rinvii o posticipazioni totali o parziali a periodi ricompresi in anni successivi, verrebbe a frustrarsi il diritto al congedo, che matura giorno per giorno in relazione

---

<sup>(88)</sup> Corte giust. 22 novembre 2011, *KHS AG*, cit., punto 38 della motivazione.

<sup>(89)</sup> Corte giust. 3 maggio 2012, *Neidel*, cit., punto 41 della motivazione.

<sup>(90)</sup> Corte giust. 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit., punto 42 della motivazione.

<sup>(91)</sup> Sul punto v. P. Pelissero, *op. cit.*, 379; A. Fenoglio, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, cit., 192 ss.; A. Fenoglio, *Le ferie*, cit., 464 ss. In modo parzialmente diverso si esprime invece V. Leccese, *op. cit.*, 319: secondo l'a., infatti, il problema di costituzionalità si porrebbe soltanto nel caso in cui la contrattazione collettiva autorizzasse (in assenza di eccezionali e motivate esigenze di servizio) il riporto di una frazione del periodo minimo di due settimane di ferie che, secondo l'art. 10, d.lgs. n. 66 del 2003, deve essere goduto nell'anno di maturazione. Tale interpretazione tuttavia non convince: il periodo di ferie che annualmente compete al lavoratore non può infatti essere limitato alle prime due settimane, ma deve ricomprendere l'intero periodo fissato dall'art. 7, primo comma, della direttiva 2003/88 e dall'art. 10, primo comma, primo periodo, del d.lgs. n. 66, pari a quattro settimane.

all'accumulo della fatica lavorativa e al conseguente bisogno di riposo»<sup>(92)</sup>. Lo scaglionamento su base ultra-annuale del periodo minimo di quattro settimane di ferie potrebbe dunque essere ammesso soltanto in presenza di «situazioni eccezionali non previste né prevedibili»<sup>(93)</sup>, la cui sussistenza non è stata tuttavia richiesta dal legislatore del 2004.

Con la pronuncia in questione la Consulta aveva dichiarato l'incostituzionalità di una norma di legge speciale (vale a dire l'art. 8, penultimo comma, r.d.l. n. 148/1931) applicabile al rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri che consentiva al datore di lavoro di «procrastinare discrezionalmente, anche senza motivazione, il godimento del congedo ordinario oltre il decorso dell'anno per esigenze di servizio anche non eccezionali»: considerato che anche l'art. 10, d.lgs. n. 66/2003 consente il riporto di una parte del periodo minimo di ferie annuali in situazioni ordinarie e non eccezionali, è verosimile ritenere che se la norma in questione fosse sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale i giudici deciderebbero in maniera analoga.

A distanza di parecchi anni dall'entrata in vigore della versione modificata dell'art. 10, d.lgs. n. 66/2003, tali profili di dubbia compatibilità con il diritto dell'Unione e con l'art. 36 Cost. non sono però mai stati oggetto di verifica da parte delle aule giudiziarie. Tale silenzio non è tuttavia addebitabile allo scarso rilievo della questione, quanto piuttosto alle difficoltà materiali che scoraggiano i lavoratori a presentare un ricorso in materia: è chiaro infatti che affinché Corte di giustizia e Consulta possano intervenire è necessario che un lavoratore, pur di beneficiare dell'intero periodo di quattro settimane di ferie durante l'anno di maturazione, a fronte del diniego del datore sia disposto ad intentare una causa, con i relativi oneri che questo comporta, chiedendo la disapplicazione della normativa interna incompatibile con il diritto UE (come previsto dalla sentenza *Max-Planck*) e l'accertamento del contrasto con l'art. 36 Cost. Situazione che evidentemente non è di facile realizzazione pratica e che consente dunque ad una norma di assai dubbia legittimità di continuare ad essere applicata.

---

<sup>(92)</sup> C. cost. 19 dicembre 1990, n. 543, cit.

<sup>(93)</sup> *Ibidem*.

## Bibliografia

- Battisti A.M., *Indennità per ferie non godute*, in *MGL*, 2021, 11.
- Biasi M., *La collocazione in ferie del personale socio-sanitario renitente al vaccino anti-Covid: un (più che) ragionevole compromesso*, in *DRI*, 2021, 812.
- Bronzini G., *Il "Trittico" della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*, in *Federalismi.it*, n. 10/2019.
- Calafà L., *Ferie forzate e crisi d'azienda*, in *RIDL*, 2001, II, 504.
- Corti M., *Legislazione anticrisi e diritto alle ferie: i difficili equilibri della Corte costituzionale*, in *DRI*, 2016, 1129.
- Del Punta R., *La nuova disciplina delle ferie*, in Leccese V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, 2004, 379.
- Di Noia F., *La Consulta salva il divieto di monetizzazione delle ferie non godute e mitiga il «furore iconoclasta» del d.l. n. 95/2012*, in *RIDL*, 2016, II, 881.
- Fenoglio A., *Le ferie: dalle recenti sentenze della Corte di giustizia nuovi spunti di riflessione sulla disciplina italiana*, in *ADL*, 2010, 450.
- Fenoglio A., *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.
- Fenoglio A., *È compatibile con il diritto UE il mancato riconoscimento delle ferie tra il recesso illegittimo e la reintegrazione?*, in *GI*, 2019, n. 4, 905.
- Leccese V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003 come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, *WP CSDLE*, It. n. 40/2006.
- Lella G., *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e "creatività"*, in *DPL*, 2005, n. 21, inserto.
- Lovo M., *Rifiuto del vaccino anti-Covid 19: quali conseguenze sul rapporto di lavoro?*, in *RIDL*, 2021, II, 591.
- Lunardon F., *Irrinunciabilità del diritto alle ferie, indennità sostitutiva e responsabilità del datore di lavoro*, in *GI*, 2020, 2187.
- Maresca A., *Contrazione del lavoro e flessibilità dei tempi di lavoro indotte dal covid-19: esperienze e prospettive*, in *RIDL*, 2020, II, 287.
- Mariani M., *Art. 2109 cod. civ.*, in M. Grandi - G. Pera, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*<sup>4</sup>, Cedam, 2009, 531.
- Pagni M., *In materia di malattia impeditiva del godimento delle ferie e di relativo onere probatorio*, in *RIDL*, 1995, II, 870.
- Pascucci P. - Lazzari C., *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *DSL*, 2021, 1, I, 152.
- Pelissero P., *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o race to the bottom?*, in *LD*, 2005, 363.
- Pisani C., *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto legge*, in *GL*, 2021, n. 16, 30.
- Ricci G., *Tempi di lavoro e tempi sociali, Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005.
- Riverso R., *Questioni applicative in tema di rifiuto di vaccinarsi: dalla circolare INAIL dell'1.3.2021 all'ordinanza del giudice di Belluno del 19.3.2021*, in *QG*, 29 marzo 2021.

- Roccella M., *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *DLM*, 2006, 109.
- Roccella M. - Treu T. - Aimo M. - Izzi D., *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Wolters Kluwer, 2019.
- Speziale V., *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE*, It. n. 23/2004.
- Supiot A., *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del «tempo di lavoro»)*, in *LD*, 1997, 13.
- Vallebona A., *Ferie non godute: indennità sostitutiva o godimento differito?*, in *ADL*, 2001, 633.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

## **I creatori di contenuti digitali sono lavoratori?**

**ANNA ROTA**  
Università di Bologna

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



# I creatori di contenuti digitali sono lavoratori?

**ANNA ROTA**

Università di Bologna

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro

anna.rota2@unibo.it

---

## ABSTRACT

---

In April 2021, the XI Public and Private Labor Commission of the Chamber of Deputies launched an investigation into the expanding reality of digital content creators, in order to acquire useful elements for a legislative proposal consistent with the characteristics of these workers.

Labour Law Researchers and operators in the sector have been called to hypothesize forms of protection that meet the authentic needs of people who, through digital platforms, convey different types of content (texts, audio, photos, videos): from the analysis of the methods of carrying out the professional service, a mix of typical elements of subordination and specific criteria of autonomous collaborations is obtained.

In consideration of this, the A. proposes a list of minimum rights to be granted to content creators operating on digital platforms.

**Keywords:** content creator; digital platform; professional qualification; legal protection.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14098>

---

## I creatori di contenuti digitali sono lavoratori?

SOMMARIO: 1. Sui protagonisti della *creative economy* nel *web*. – 2. L'*identikit* del creatore di contenuti digitali. – 3. Oltre le “etichette”, lo spazio per il diritto del lavoro – 4. Segue. Sulla natura ibrida della relazione (di lavoro) con la piattaforma – 4.1. L'ingerenza della piattaforma nella gestione del rapporto. – 4.2. Segue. L'assoggettamento del *content creator* a poteri para-sanzionatori. – 5. Quale regolamentazione? Prospettive de *jure condendo*.

### 1. Sui protagonisti della *creative economy* nel *web*

È oramai diventato consueto analizzare l'impatto delle piattaforme *online* sull'occupazione e sui modelli di impresa<sup>(1)</sup>. La dinamicità del mercato digitale e delle relazioni che si instaurano attraverso le infrastrutture tecnologiche induce a esercitarsi senza tregua nel compito di «descrivere, classificare e, se possibile, ricondurre all'interno d'un sistema di diritto positivo»<sup>(2)</sup> le «multiformi variazioni intervenute nel funzionamento dei sistemi produttivi e del lavoro»<sup>(3)</sup>.

Allo stato, diverse risultano le aree di *platform work* che nell'ordinamento domestico sfuggono all'intervento legislativo. La natura settoriale della l. n. 128/2019 impedisce di estendere le garanzie del capo V *bis*, d.lgs. n. 81/2015 oltre il perimetro dei soggetti che, tramite piattaforme anche digitali, effettuano nel contesto urbano consegne di beni avvalendosi di velocipedi o determinati veicoli a motore (cc.dd. *riders*).

Tra gli ambiti ancora esclusi dalla codificazione di specifici trattamenti di tutela vanno segnalate le attività dei creatori di contenuti digitali, realtà in forte espansione specie durante la fase più acuta della pandemia da SARS COV-2<sup>(4)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Con esiti polarizzati, v. da ultimo A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, 180: «la discussione dottrinale e le decisioni della giurisprudenza (anche sovranazionale) non lasciano alcuno spazio alle tesi che identificano nella piattaforma un mero intermediario, spostando invece l'attenzione sulla sua funzione tipicamente imprenditoriale e produttiva e, quindi di utilizzatore del lavoro altrui (come datore di lavoro o come committente)».

<sup>(2)</sup> Così P. Tullini, *C'è lavoro sul web?*, LLI, 2015, vol. 1, fasc. 1, 5.

<sup>(3)</sup> T. Treu, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, LD, 2017, 3-4, 387.

<sup>(4)</sup> E' un *trend* in linea con i valori registrati negli altri settori dell'economia digitale, come da ultimo sottolinea COM(2021) 762 final, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work*.

Secondo i dati elaborati dall'Osservatorio *Digital Content* della *School of Management* del Politecnico di Milano, il mercato dei contenuti digitali in Italia ha prodotto per le piattaforme un ricavo pari a 1,8 miliardi di euro per quanto riguarda il 2019, mentre si stima che nel 2021 sfiorerà i 3 miliardi di euro incrementando del 21% il dato registrato nel 2020 (anno in cui la spesa era già cresciuta del +39%). Durante il periodo di *lockdown*, il settore del *gaming* e dell'*entertainment* ha registrato il maggiore incremento in termini di sottoscrizione di abbonamenti e/o acquisto di singoli contenuti nonché in relazione alla vendita di spazi destinati alla pubblicità di terzi all'interno della piattaforma<sup>(5)</sup>. A livello globale, si stima addirittura che nelle piattaforme di distribuzione operino oltre 50 milioni di *content creators* <sup>(6)</sup>.

Emerge, pertanto, la necessità di comprendere approfonditamente il lavoro dei *content creator* e le loro dinamiche reali <sup>(7)</sup>, anche al fine di verificare l'adeguatezza degli strumenti di tutela al momento disponibili nell'ordinamento giuridico. La materia è tanto interessante che a livello istituzionale i profili identitari e di tutela sono già stati al centro d'una indagine conoscitiva avviata nell'aprile 2021 da parte della Commissione Lavoro pubblico e privato della Camera dei Deputati, allo scopo di acquisire dati di conoscenza utili a formulare una proposta legislativa coerente con le caratteristiche di coloro che tramite il *web* condividono il frutto della propria creatività. In particolare, studiosi ed operatori del settore sono stati chiamati a confrontarsi in ordine alla natura delle

---

<sup>(5)</sup> Cfr. Osservatorio Digital Content, *Lo scenario dei contenuti digitali: filiera, mercato e consumatori*, novembre 2020; ID., *Contenuti Digitali: mercato in crescita anche nel 2021* in [www.osservatori.net/it/ricerche/comunicati-stampa/contenuti-digitali-2021-mercato](http://www.osservatori.net/it/ricerche/comunicati-stampa/contenuti-digitali-2021-mercato).

<sup>(6)</sup> Così C. Lombardo, ideatore del *Web Marketing Festival*, audito nell'ambito della indagine conoscitiva, seduta del 10 giugno 2021, in part. p. 4. Si tratta di dati approssimativi e che a livello nazionale scontano l'assenza di un sistema in grado di mappare il lavoro tramite piattaforma, quanto meno quello remunerato e che come rilevato durante l'audizione dell'ISTAT nella seduta del 14 luglio 2021, p. 18 ove esistenti, non sono facilmente «comparabili, per questioni legate sia alla metodologia, sia al riferimento temporale e geografico». Nel contesto analizzato andrà verificato l'impatto del c.d. Decreto fiscale 2022 convertito in l. il 15 dicembre 2021, in specie la norma che istituisce l'obbligo della comunicazione obbligatoria via *sms* o tramite *mail* di rapporti di lavoro autonomo occasionale. La novità legislativa può impattare sul vuoto informativo relativo al mercato del lavoro in cui operano le piattaforme su cui A. Ingraio, *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Giuffrè, 2020, spec. 123 ha evidenziato la contraddittorietà d'un sistema segnato da transazioni *online* e come tali, almeno in teoria, in grado di «garantire maggiore trasparenza e tracciabilità».

<sup>(7)</sup> M. Magnani, audita in data 13 luglio 2021, p. 11 ne evidenzia un «fenomeno ignoto alla gran parte, se non alla totalità, dei giuslavoristi», malgrado le diverse istanze promosse dai *content creator* attraverso specifiche mobilitazioni *online*.

prestazioni remunerate che il creatore di contenuti digitali veicola attraverso piattaforme digitali.

Dietro la pubblicazione *online* di video, testi, audio e foto si celano rapporti rilevanti per il diritto del lavoro? Come di consueto accade nell'ambito giuslavoristico, la questione impone di spingersi al di là della volontà cartolare delle parti, che emerge dall'accettazione dei lavoratori delle condizioni d'uso delle risorse digitali e della piattaforma – troppo spesso unilateralmente predisposte dai gestori delle infrastrutture tecnologiche – per verificare come l'attività dei *content creator* si svolge in concreto.

## 2. *L'identikit del creatore di contenuti digitali*

La ricostruzione del profilo identitario del *content creator* richiede in prima battuta di soffermarsi sugli elementi essenziali che contraddistinguono tale figura.

Dall'indagine conoscitiva da poco conclusa emerge un quadro profondamente innovato rispetto all'originario modello di *user created content* <sup>(8)</sup>, sviluppatosi all'interno di piattaforme di collaborazione creativa mediante l'invito ai singoli di intervenire direttamente creando video, testi, altri contributi culturali o informativi destinati a popolare la rete<sup>(9)</sup>. L'affermazione di queste nuove soggettività dell'economia digitale, dal settore del *Video Entertainment* a quello degli *eSports* <sup>(10)</sup>, è resa possibile attraverso un modello di struttura socio-tecnica che mette in contatto organizzazioni o individui interessati a offrire o ricevere servizi a pagamento e che persegue finalità altre da quelle solidaristiche

---

<sup>(8)</sup> Nella relazione allegata da C. Lombardo, nell'audizione del 10 giugno 2021, 13 è ripercorsa l'evoluzione del profilo professionale, a partire dalla fase in cui venivano creati «progetti sostenibili basati sulle donazioni, la pubblicità o accesso a zone a pagamento».

<sup>(9)</sup> A. Donini, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, BUP, 2019, 14 ss. L'A. evidenzia anche i limiti di questo schema di collaborazione, richiamando la giurisprudenza straniera in tema di indebito arricchimento della piattaforma digitale. Cfr. pure M.A. Cherry, *Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work*, *CLL&PJ*, 2016, 37, 3, 588- 589.

<sup>(10)</sup> Oltre che nei settori di *Music, Podcast & Audiobook* e *Digital News*, la figura del *content creator* si afferma in ambiti come il giardinaggio, la cucina e la letteratura. Questa diffusa affermazione del *creator* via *web* è conseguente a una mutata attenzione verso l'utilizzo della tecnologia come strumento strategico anche da parte delle professioni tradizionali, che dopo aver «subito passivamente la rivoluzione del digitale» hanno intrapreso «una progettualità consapevole e innovativa nell'utilizzo del digitale». Così M. Daquino, *Le professioni del lavoro digitale* in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli editore, 2017, 107 ss., spec. 112 ss.

o collaborative, esternalizzando - almeno in larga parte - il tradizionale rischio collegato a chi organizza un'attività d'impresa.

Creatore di contenuti digitali è considerato come colui o colei che può qualificarsi il «responsabile dell'ideazione di un contenuto» dagli esperti di *social media* coinvolti nelle audizioni <sup>(11)</sup>, secondo i quali sarebbe riduttivo ritenere tale soltanto la figura dell'*influencer* <sup>(12)</sup>. All'interno della macro-categoria dei *content creators* sono infatti ricondotte varie professionalità<sup>(13)</sup>, non gravate da alcun obbligo in termini di *performance* e orari nonché remunerate con modalità sostanzialmente differenti e mutevoli nel tempo. Più precisamente si tratta d'un segmento del mercato digitale «costituito da coloro che guadagnano in funzione della visibilità che i loro contenuti generano sulle piattaforme digitali, ma anche da chi crea i propri siti e mette in abbonamento i contenuti ivi inclusi»<sup>(14)</sup>. Accanto ai soggetti, per lo più giovani, che in maniera del tutto amatoriale ed estemporanea condividono *on line* contenuti di vario tipo, talvolta soltanto per una questione di visibilità e di *web reputation*, v'è una vasta platea di persone che attraverso tali attività esercita una vera e propria professione (i cc.dd. *content creator* professionali) o, almeno, un'attività finalizzata a ottenere qualche forma di remunerazione, in alcuni casi l'unica (categoria intermedia tra gli amatoriali e i professionisti)<sup>(15)</sup>. Costituiscono invece un gruppo minoritario i *content creators* che condividono un medesimo contenuto all'interno di più piattaforme avvalendosi d'una struttura organizzativa alla quale demandano la gestione dell'intero processo, dagli aspetti di *marketing* a quelli più strettamente tecnici<sup>(16)</sup>.

Dal settore accademico proviene il suggerimento ad approcciarsi a un soggetto che «crea contenuti da pubblicare nel *web*»<sup>(17)</sup>. Si delinea «un profilo la cui competenza attiene non solo alla mera e già di per sé complessa produzione

---

<sup>(11)</sup> Così L. La Mesa, esperto di *social media* audito nella seduta del 25 maggio 2021, 4.

<sup>(12)</sup> Tanto emerge dall'audizione di K. Khaldi, operatore del settore della *creative economy* intervenuto nella seduta del 19 maggio 2021, 3.

<sup>(13)</sup> Peraltro, le attività rese dai *content creators* ricadono in diverse delle *tasks* enunciate dalla tassonomia proposta da EU-OSHA, *Digital platform work and occupational safety and health: a review*, 2021, 6-7.

<sup>(14)</sup> Così la relazione di L. Cosmano, allegata all'audizione del 10 giugno 2021, spec. 14.

<sup>(15)</sup> Così C. Lombardo, *cit.*, 4-5.

<sup>(16)</sup> Così l'audizione dei rappresentanti di Google in data 10 giugno 2021, 6 e dei rappresentanti di *Italian Interactive & Digital Entertainment Association*, seduta del 17 giugno 2021, 4. V. anche l'intervento di A. Notarianni che, audita nella seduta del 13 luglio 2021, 6, ha segnalato la presenza di società di capitali (nella specie società a responsabilità limitata) costituite per lavorare con le piattaforme *web* da cui traggono la principale, se non esclusiva, fonte di sostentamento.

<sup>(17)</sup> Così M. Magnani, *cit.*, 12.

del contenuto digitale per i siti *web* esistenti, ma anche allo studio e alla programmazione del progetto comunicativo», risultando cruciale la relativa presentazione «nella forma più efficace e idonea»<sup>(18)</sup> nonché il possesso di specifiche competenze sul piano relazionale.

Articolata e ampia risulta la nozione utilizzata dall'INPS, ricomprendendo una pluralità di attori: «potenzialmente tutti potremmo essere digital creator», disponendo di «tutti gli elementi necessari per creare un *post*, un video, un *meme*, ossia un contenuto digitale». *Influencer*, *youtuber* e *streamers* sono da considerare esemplificazioni di persone fisiche che creano «una vera opera intellettuale e dell'ingegno, dotata di propria originalità e capace di attirare un certo pubblico»<sup>(19)</sup>. Il lavoro della *creative economy* è analizzato soprattutto attraverso la figura dello *streamer online* e soffermandosi sul funzionamento di Twitch, piattaforma operante prevalentemente nel settore dei videogiochi ed ai più nota per la mobilitazione *#NoStreamday*, organizzata a dicembre 2020 per rivendicare rapporti e condizioni contrattuali più trasparenti<sup>(20)</sup>. Per *streamer* s'intende il soggetto che predispone e organizza i contenuti d'una trasmissione in diretta o registrata da condividere mediante un proprio canale *web* con i fruitori della piattaforma. Dallo svolgimento di tale prestazione deriva un'utilità per il lavoratore e, al pari, un vantaggio economico per la piattaforma che veicola i contenuti.

Le formule utilizzate e i casi di studio offerti dalle parti audite riflettono l'eterogeneità della figura in esame e, parallelamente, la pluralità di ambiti entro i quali l'attività di *digital creation* si esprime, generando conseguentemente più d'una problematica sul versante della definizione del perimetro di un eventuale intervento tramite la fonte eteronoma<sup>(21)</sup>.

L'eterogeneità, del resto, è ben rappresentata dalla differenziazione di regimi di remunerazione di coloro che propongono *via web* propri prodotti: accanto a un compenso diretto, ossia versato dalla stessa piattaforma, sono

---

<sup>(18)</sup> Audizione di M. Squeglia nella seduta del 25 maggio 2021, 5.

<sup>(19)</sup> Audizione del Presidente dell'INPS nella seduta del 30 giugno 2021, 7.

<sup>(20)</sup> V. il *pamphlet* *#NoStreamday* richiedente chiarezza delle regole, disparità di trattamento, satira e comicità, gli effetti del *permaban*. Nel dettaglio v. [www.nostreamday.com](http://www.nostreamday.com).

<sup>(21)</sup> Si tratta d'un rischio già noto al legislatore intervenuto a tutela dei *riders* autonomi nel capo V *bis*, d.lgs. n. 81/2015. La previsione di specifiche caratteristiche del committente e del tipo di prestazione è stata ritenuta una sorta di «*monstrum giuridico*» (A. Perulli, *op. cit.*, 163): il riferimento alla natura autonoma di tali rapporti appare contraddetto sotto il profilo dell'indisponibilità del tipo giacché la legge qualifica come tale un rapporto privo dei requisiti dell'art. 2222 c.c. Sotto censura è finita anche la difficile esportabilità al di fuori del contesto della consegna di beni. In tema sia consentito rinviare a A. Rota, *La tutela prevenzionistica dei riders nella legge n. 128/2019, LLI*, 2020, vol. 6, fasc. 1, 63 ss., spec. note 5 e 6.

riconosciute forme di remunerazione indirette, cioè provenienti dai fruitori dei contenuti digitali (es. introiti spettanti in percentuale e provenienti dalla vendita di abbonamenti); infine, il creatore di contenuti digitali può percepire un compenso altresì dalla sponsorizzazione di prodotti o *brand* attraverso il proprio canale *web* <sup>(22)</sup>.

Il cumulo delle predette tipologie di monetizzazione ha prodotto un incremento rispettivamente del 88% e del 94% del numero di creatori digitali che al mese, tramite Facebook, guadagnano l'equivalente di quasi 9000 euro o almeno 890 euro <sup>(23)</sup>.

### 3. Oltre le “etichette”, lo spazio per il diritto del lavoro

Alla confusione generata dai confini aperti e tutt'altro che univoci della categoria di creatori di contenuti digitali – da cui peraltro deriva la *querelle* attorno all'utilità di uno specifico codice ATECO<sup>(24)</sup> - si correla l'analisi di relazioni giuridiche disciplinate da concetti estranei al linguaggio lavoristico. Dalle stesse audizioni parlamentari emerge, talvolta, un certo imbarazzo nel dialogare con gli istituti della subordinazione ed autonomia unitamente alla difficoltà di ravvisare l'esistenza di un interesse collettivo<sup>(25)</sup>.

Uno dei profili di più difficile assimilazione alle categorie tipiche del diritto del lavoro si coglie nell'ipotesi di *upgrade* da mero utente della piattaforma a titolare d'un profilo di più alta qualificazione per aver raggiunto una determinata “fetta” della *community* e per la presenza non più occasionale nella rete<sup>(26)</sup>.

---

<sup>(22)</sup>Ad es. il *creator* che operi tramite Youtube può guadagnare dagli annunci pubblicitari ove soddisfi tre parametri: documentare più di 4000 di visualizzazioni pubblicitarie negli ultimi 12 mesi; avere più di 1000 iscritti al proprio canale; disporre di un *account Ad Sense* collegato al canale.

<sup>(23)</sup> Il dato è riportato da C. Lombardo, *cit.*, 14 in richiamo di *Helping Content Creators Diversity Revenue on Facebook*, 11 marzo 2021.

<sup>(24)</sup>In attesa di un possibile aggiornamento dei codici ATECO 2007, è stata ipotizzata una distribuzione dei *digital creator* «tra i soggetti che operano nell'ambito delle tecnologie informatiche e dei settori della comunicazione e del *marketing*». Sul tema si soffermano la maggior parte delle audizioni, in part. quella che ha coinvolto l'Agenzia delle Entrate (seduta del 7 luglio 2021, spec. 8).

<sup>(25)</sup> A. Viscomi, in interlocuzione con le parti audite nella seduta del 5 ottobre 2021, 12.

<sup>(26)</sup> Un discorso a parte esige la piattaforma Substack, non prevedendo requisiti minimi per l'accesso e la monetizzazione dell'apporto creativo veicolato dalla infrastruttura digitale.

Soffermandosi sul rapporto con Twitch, è possibile richiedere l'affiliazione alla piattaforma qualora la prestazione registri in media 3 o più spettatori simultanei nell'arco temporale di 30 giorni, un seguito di *followers* non inferiore a 50 e si protragga per un certo periodo (almeno 7 giorni di trasmissione unica e di complessivi 500 minuti di trasmissione negli ultimi 30 giorni). L'accettazione della richiesta condiziona soprattutto l'accesso a specifici benefici economici. A questo primo stadio può seguire l'acquisizione dello *status* di *partner* con obbligo di esclusiva dei contenuti *in live* a fronte di un numero minimo di ore e giorni di trasmissione (almeno 25 ore di trasmissione negli ultimi 30 giorni e per 12 giorni differenti) verso un pubblico di almeno 75 spettatori (media calcolata sempre su 30 giorni) e di specifica approvazione del *team* addetto alle *partnership*. Esiste, da ultimo, un livello più avanzato di collaborazione la cui regolamentazione rimane allo stato priva di pubblicità.

Meccanismi analoghi, ancorché meno sofisticati, sono alla base di altre piattaforme a partire da Youtube che prevede il profilo *Partner* ove siano soddisfatti requisiti - non molto dissimili da quelli fissati da Twitch - in termini di visualizzazioni nonché di durata e frequenza delle trasmissioni. Eguale logica ispira Twitter, benchè in ossequio a un apparato di regole frastagliato che, secondo gli esperti di *social media*, «produce instabilità poiché non facilmente riconducibile a linee guida chiare ed esaustive»<sup>(27)</sup>.

Sembra potersi ricavare che la qualità di *creator* professionale dipenda dalla frequenza con cui i contenuti digitali sono realizzati nonché dal “successo” di pubblico: criteri che con difficoltà possono essere tradotti nel linguaggio giuslavoristico.

Da una più ampia valutazione delle previsioni dei contratti *online* risulta l'accentuarsi della già denunciata «crisi d'identità» delle categorie su cui s'è formata la tutela individuale e collettiva nel luogo di lavoro<sup>(28)</sup>. Emblematiche risultano clausole come quella dal seguente tenore: «Tu e noi siamo, e rimarremo in ogni momento, contraenti indipendenti e nulla in questo Accordo sarà interpretato per creare un'agenzia, un impiego, un fiduciario, un rappresentante o qualsiasi altra relazione tra te e noi. Non ti dichiarerai un nostro dipendente, rappresentante o agente. Comprendi e accetti di non avere l'autorità per vincolarci in alcun modo, né di stipulare alcun accordo o di incorrere in alcuna responsabilità per nostro conto» (cfr. art. 13 del programma di affiliazione a

---

<sup>(27)</sup> Così la relazione allegata da C. Lombardo, *cit.*, 22.

<sup>(28)</sup> In tema su tutti M. D'Antona, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia* in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, 1989, 46 e L. Montuschi, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, LD, 1993, 1, 21 ss.

Twitch). La formulazione delle proposte contrattuali finisce per incidere sulla consapevolezza di chi offre una prestazione creativa; al contempo può disorientare rispetto alle analogie tra un contratto di lavoro e un rapporto le cui regole sono fissate in via unilaterale da un soggetto, la piattaforma, che sulla carta *si propone* al più «come intermediario e fornitore di servizi per il mercato, evitando di configurarsi esplicitamente come datore di lavoro»<sup>(29)</sup>.

Ma v'è di più. Un altro profilo difficilmente conciliabile con le regole giuslavoristiche si ravvisa nel fatto che è possibile instaurare un rapporto con la piattaforma a condizione che l'utente abbia almeno 13 anni<sup>(30)</sup>, precisandosi la responsabilità del genitore/tutore fino al raggiungimento della maggiore età. Ricondurre le prestazioni del *content creator* nell'alveo dei contratti di lavoro richiederebbe di adeguare i formulari alla disciplina contenuta nella l. n. 977/1967, il cui art. 4 ammette, in deroga al divieto di lavoro minorile, lo svolgimento di attività di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario soltanto al sussistere di certe condizioni procedurali e sostanziali (autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro, previo assenso scritto dei titolari della potestà genitoriale, purché non vi sia pregiudizio per la sicurezza, l'integrità psicofisica e lo sviluppo del minore oltre che per la frequenza scolastica o la partecipazione a programmi di orientamento o di formazione professionale).

#### **4. Segue. Sulla natura ibrida della relazione (di lavoro) con la piattaforma**

L'iniziativa dell'indagine conoscitiva ha preso avvio dall'idea che dietro la condivisione di servizi d'intrattenimento ci possano essere anche attività lavorative<sup>(31)</sup>. Alle medesime conclusioni sono giunte la maggior parte delle audizioni, formulando proposte di protezione nell'ambito del lavoro autonomo,

---

<sup>(29)</sup> Così la relazione allegata da INPS all'audizione del 30 giugno 2021, 9.

<sup>(30)</sup> Il profilo dell'età di iscrizione alle piattaforme è stato all'esame del Garante *privacy*: oltre che sul trattamento dei dati personali si è soffermato sul ruolo attivo e di vigilanza del genitore e della piattaforma rispetto ai pericoli della rete. Con toni critici si è espressa M. Mimun, *I pericoli dei social network e i limiti dell'età digitale: il fenomeno Tik Tok, Diritto dell'Internet*, 2021, 3, 407 ss., rilevando in particolare la poca efficacia delle misure individuate dall'*Authority* e le discutibili scelte compiute dall'ordinamento intorno all'età minima del consenso digitale del minore.

<sup>(31)</sup> «In questo nuovo contesto, i cosiddetti creatori di contenuti digitali sono persone fisiche che lavorano con le piattaforme *web* e che traggono da queste attività il loro principale, se non esclusivo, sostentamento». Così l'allegato alla seduta del 7 aprile 2021.

incluso quello etero-organizzato<sup>(32)</sup> e talvolta evidenziando affinità al modello regolativo dei *riders* e, di conseguenza, una possibile estensione delle tutele del capo V *bis*, d.lgs. n. 81/2015.

Partire dall'analisi delle concrete modalità di svolgimento della prestazione creativa rende più chiare le coordinate entro cui inquadrare questa particolare attività lavorativa.

Dall'indagine conoscitiva e da quella empirica relativa alle condizioni (im)poste dalle piattaforme emerge che il *content creator* instaura con la piattaforma una collaborazione (talvolta con il vincolo dell'esclusiva) eseguita interamente da remoto; parallelamente, il creatore di contenuti digitali crea un rapporto, sempre a distanza, con l'utente della infrastruttura digitale attraverso la condivisione del proprio *output*.

La natura prevalentemente o esclusivamente personale della prestazione non appare di per sé un elemento sufficiente a risolvere la questione qualificatoria: una prestazione esclusivamente personale non deve ritenersi prerogativa del solo lavoro subordinato<sup>(33)</sup> giacché al di fuori di tale ambito, l'ordinamento giuridico ammette prestazioni esclusivamente o prevalentemente personali<sup>(34)</sup>.

Oltre a interrogarsi sull'effettivo margine di libertà (apparente, fittizia o reale) del *creator* in merito alla possibilità di scegliere se, quanto e quando operare nella rete, occorre soffermarsi sull'intensità dell'ingerenza della piattaforma nella fase esecutiva del rapporto <sup>(35)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> M. Magnani, *op. cit.*, esclude la possibilità di qualificare il *creator* come un lavoratore etero-organizzato.

<sup>(33)</sup> A. Perulli, *op.cit.*, 168.

<sup>(34)</sup> Così conformemente alla fattispecie generale del lavoro autonomo, allo schema delle collaborazioni coordinate e continuative, al lavoro etero-organizzato per come emendato dalla l. n. 128/2019 nonché alla disciplina del piccolo imprenditore su cui *amplius* O. Razzolini, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Giappichelli, 2012, spec. 32 ss.; ID., *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, DRI, 2020, 2, spec. 372 ss., dove l'A. si sofferma sulla personalità non esclusiva della prestazione, confortando la propria conclusione con richiami alla giurisprudenza civilistica. Contrario a quest'ultima tesi è A. Perulli, *op. cit.*, 42 ss. e spec. 167 ss.

<sup>(35)</sup> Sono entrambi profili condizionanti e decisivi per l'eventuale accesso allo statuto di protezioni tipiche del lavoro subordinato, anche alla luce delle recenti indicazioni provenienti dalla proposta di direttiva europea sul lavoro tramite piattaforma che la Commissione ha presentato lo scorso 8 dicembre. Ai fini dell'operatività della presunzione di subordinazione, l'art. 4, par. 2, 2021/0414 (COD) enuclea criteri atti a individuare l'ingerenza della piattaforma, segnatamente: a) nella determinazione o fissazione di limiti massimi per il livello di remunerazione; (b) nella imposizione di vincoli per il soggetto che esegue il lavoro sulla piattaforma relativamente all'aspetto, al comportamento nei confronti del destinatario del servizio o all'esecuzione del lavoro; (c) nel controllo sull'esecuzione del lavoro o nella verifica della qualità dei risultati del lavoro anche per via elettronica; (d) nella limitazione effettiva della

#### 4.1. L'ingerenza della piattaforma nella gestione del rapporto

A differenza di altri ambiti del *platform work*, l'attività del *content creator* – è oramai chiaro – consiste nello svolgimento d'una prestazione intellettuale di cui s'esaltano l'autonomia, la creatività e le pratiche comunicative e relazionali. Il *creator* dispone di una certa libertà nell'*an* e nel *quomodo* della propria prestazione intellettuale, di cui è creatore e che gestisce intrattenendo il proprio pubblico: alla sua decisione è rimessa la scelta del tipo e del contenuto dell'opera nonché della relativa ambientazione.

L'opzione qualificatoria di «un lavoro autonomo più o meno professionale» sulla scorta del «contenuto intellettuale o creativo del servizio erogato dal creator» appare tuttavia indebolita da elementi che impediscono a molti dei professionisti del settore di «autodeterminarsi in modo autonomo sul mercato (come invece avviene per gli autonomi genuini)», dovendosi rapportare a una «piattaforma che predispone l'infrastruttura tecnologica per svolgere l'attività lavorativa e ne stabilisce tutte le condizioni»<sup>(36)</sup>.

Tracce della capillare influenza esercitata dalla piattaforma nella gestione del rapporto con il *creator* sono anzitutto ricavabili dal ridotto o nullo potere negoziale relativamente alla fase di costituzione della *partnership* con il gestore dell'infrastruttura tecnologica. L'utente - lavoratore si trova sovente davanti a una secca alternativa: accettare o meno con un *click* (tutte) le previsioni contenute in un percorso di navigazione guidata e standardizzata definito in via unilaterale dalla piattaforma. Qui finisce per espandersi un meccanismo prevalentemente indagato con riguardo ai rapporti di lavoro subordinato sprovvisti di forza negoziale sufficientemente in grado di condizionare la definizione dei contenuti della collaborazione con la controparte<sup>(37)</sup>.

---

libertà del *platform work* nell'organizzazione del proprio lavoro, in particolare nella scelta dell'orario di lavoro o dei periodi di assenza nonché di accettare o rifiutare incarichi o di avvalersi di subappaltatori o sostituti; (e) nella limitazione riguardante la creazione di una base di clienti. La presunzione di subordinazione opera se sussistono almeno 2 delle predette circostanze. L'articolo successivo riconosce la possibilità di confutare la presunzione legale.

<sup>(36)</sup> V. la relazione dell'INPS allegata alla seduta del 30 giugno 2021, 7. Va aggiunto che la dettagliatezza delle clausole imposte al creator si muove di pari passo al tenore delle previsioni con cui la piattaforma individua la propria de-responsabilizzazione pressoché completa nei confronti di qualsiasi utente della piattaforma.

<sup>(37)</sup> L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CEECA*, a cura di G. Boldt et al., Milano, 1965, 503. Espandendo l'originario osservatorio sulla virtuale e ridotta libertà del lavoratore subordinato nella definizione del contratto di lavoro – su cui L. Montuschi, *op. cit.*, 26- 29 - l'attuale contesto socio-economico registra un accentuarsi dello squilibrio contrattuale, ancora a sfavore del lavoratore. Con specifico riguardo al lavoro digitale, A. Donini, *op. cit.*, 67-68 segnala la difficile affermazione

Limiti all'autodeterminazione del *creator* nel mercato si ricollegano alla parziale autonomia da questi esercitata nell'organizzazione della propria attività, ridimensionata come dimostrano le regole che ammettono il controllo diffuso della piattaforma sull'esecuzione della prestazione, sulla definizione del compenso e relativamente alla partecipazione futura del *content creator* all'interno della piattaforma stessa<sup>(38)</sup>. Al di là della opacità o meno di tale rapporto – su cui soffermano molte delle audizioni promosse all'interno dell'indagine conoscitiva, evidenziando «la posizione di totale dipendenza rispetto alla piattaforma» e l'assenza di contatti diretti e trasparenti –, rilievi critici solleva anzitutto il fatto che non sempre le piattaforme «esplicitano in maniera chiara quali sono i contenuti che possono circolare o le motivazioni alla base dell'impedimento alla circolazione di contenuto»<sup>(39)</sup>.

Ad analoghe conclusioni si perviene esaminando l'impostazione standardizzata dei formulari e l'assenza di trasparenza nella definizione del corrispettivo spettante al *creator*. Oltre alla difficoltà di recuperare casi di personalizzazione del compenso si fatica ad avere chiarezza rispetto agli elementi rilevanti per calcolare il valore economico dell'attività svolta dal creatore di contenuti digitale. L'attenuazione delle caratteristiche proprie del lavoro autonomo risulta dall'analisi dei meccanismi di vendita e sponsorizzazione dei prodotti per il *web*, giacché la piattaforma non rimane estranea neanche alla gestione dell'introito maturato dall'attività commerciale del creatore digitale, trattenendo una percentuale delle somme versate dagli utenti. Si rende in tal modo tangibile qualcosa di più del mettere a disposizione un'infrastruttura in grado di «accrescere le occasioni di lavoro flessibile per gli operatori professionisti», sconfessandosi in concreto una natura della piattaforma differente dal «mero intermediario e fornitore di servizi»<sup>(40)</sup>.

I profili critici appena esaminati vanno collocati in un contesto che, senza sconfessare «l'autarchia dei fenomeni del *web*»<sup>41</sup>, espone il *creator* anche al rischio

---

professionale anche in presenza di alti valori di competenze e una marginale, se non assente capacità d'incidere in maniera paritaria sul contenuto dell'accordo da sottoscrivere con la controparte.

<sup>(38)</sup> Sulla disattivazione dell'*account* alla stregua d'un vero e proprio licenziamento del lavoratore s'è da subito espresso G. Smorto, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, MCR, 2015, 254.

<sup>(39)</sup> Così, tra gli altri, M. Magnani, *op. cit.*; D. Bennato nell'audizione promossa nell'ambito dell'Indagine conoscitiva, seduta del 28 aprile 2021, 4.

<sup>(40)</sup> Pur con qualche *distinguo*, il modello di piattaforma impiegato nella *creative economy 2.0* può ricondursi per assimilazione alle piattaforme simil-somministratrici di cui si occupa A. Ingraio, *op. cit.*, 136 ss.

<sup>(41)</sup> Così A. Donini, *op. cit.*, 24.

della scarsa effettività della tutela giudiziale. Talvolta il foro di competenza in caso di contenzioso è individuato (non per volontà delle parti ma) in via unilaterale dalla piattaforma senza tener conto dei criteri fissati dal diritto internazionale privato<sup>(42)</sup>.

#### **4.2. Segue. L'assoggettamento del *content creator* a poteri para-sanzionatori**

L'aspetto più indagato rimane senza dubbio quello che ricollega alla piattaforma un potere (per contenuti ed effetti) non dissimile da quello riconosciuto *ex art.* 2106 c.c. al datore. Nelle audizioni è frequente il richiamo al *ban* e al *permaban* (forma contratta di *ban* permanente per intendere l'espulsione definitiva del *creator* dalla piattaforma di riferimento) nonché ai relativi effetti pregiudizievoli. «Un ban può precludere la visibilità di un *creator* sulla piattaforma; un cambiamento algoritmico può seriamente danneggiarlo»<sup>(43)</sup>, venendo a compromettere la presenza stessa nel luogo di lavoro virtuale.

Nelle condizioni fissate da alcune piattaforme (es. Twitch e Youtube) è prevista la sospensione temporanea o permanente ed è attribuita rilevanza alle pregresse violazioni contestate dalla piattaforma. In questo secondo caso, appare sottinteso il rinvio al meccanismo della recidiva, determinandosi un aggravio della sanzione a carico del creatore digitale in caso di reiterata condotta illecita. Da qui infatti deriva la possibilità di irrogare la sospensione a tempo indeterminato senza garantire il diritto al contraddittorio ed in assenza di sufficiente e specifica motivazione a corredo del provvedimento sanzionatorio.

Incongruenze rispetto alle garanzie sostanziali e procedurali fissate dal combinato disposto degli artt. 2106 c.c. e 7 St. lav. possono essere individuate anche nella disciplina che Tik Tok dedica alla risoluzione del rapporto: la piattaforma si riserva «il diritto di sospendere, in via temporanea o definitiva, o di chiudere l'*account* dell'utente, ovvero di imporre limiti o restrizioni all'accesso a tutti o parte dei Servizi con o senza preavviso e in qualsiasi momento, per qualunque motivo o anche senza motivo» (cfr. art. 6, delle Condizioni di Servizio). Non meno critica appare la clausola che inibisce la permanenza dell'utente qualora un contenuto da questi caricato costituisca secondo l'*esclusivo* giudizio

---

<sup>(42)</sup> Non è questo il caso della piattaforma Youtube che individua la legge applicabile ed il foro competente in base alla residenza del creator.

<sup>(43)</sup> Così la relazione di L. Cusmano, *cit.*, 19.

della piattaforma, una violazione *potenziale* delle regole imposte dalla infrastruttura digitale e dalle leggi<sup>(44)</sup>.

Come rilevato nel corso delle audizioni, l'avviso al *digital creator* appare al più generico e non sempre in grado di rappresentare il motivo dell'ammonizione, determinando - da un lato - un problema di compatibilità con l'esercizio della garanzia di cui all'art. 24 Cost. ed arricchendo - dall'altro - l'indagine d'uno degli indici chiave dell'accertamento giudiziale della subordinazione<sup>(45)</sup>.

Va inoltre considerata l'atipicità della sanzione con riguardo ai giorni di sospensione temporanea dell'*account*. L'inattività forzata del creatore digitale può arrivare a 30 giorni nel rapporto con Twitch mentre parte da 7 giorni secondo la regolamentazione della piattaforma Youtube. In ogni caso rimane privo della dovuta considerazione l'eventuale errore commesso dalla piattaforma e, conseguentemente, emerge il tema della tutela risarcitoria del danno subito, sia nella sfera professionale che in quella personale<sup>(46)</sup>. Emblematico resta il caso Toei Animation che ha riguardato un *Youtuber*, attaccato da un sito *fake* per aver utilizzato senza autorizzazione materiale coperto da *copyright*. Benchè privo di fondamento, il provvedimento della sospensione automaticamente disposto dalla piattaforma – e recentemente contestato attraverso un'azione conflittuale ascrivibile al *twitterstorm* – ha determinato perdite per il lavoratore oltre a incidere sulla relativa reputazione e visibilità per tutta la durata del *ban* <sup>(47)</sup>. Deve inoltre rammentarsi che la sospensione anche temporanea del *content creator* inibisce la

---

<sup>(44)</sup> S'invera un irrigidimento dell'agire del gestore della piattaforma, che pare andare ben oltre l'orientamento giurisprudenziale formatasi intorno alla responsabilità della piattaforma nel caso di mancata rimozione tempestiva di contenuti diffamatori o offensivi veicolati attraverso la rete (tra cui Cass. pen., sez. V, 20 maggio 2019, n. 12546 in un caso di responsabilità del *blogger* per fatto illecito altrui).

<sup>(45)</sup> Qualche cautela suggerisce la dottrina che invita a valutare le motivazioni poste alla base dell'intervento sanzionatorio, nella precipua ottica di preservare una diffusa effettività della disciplina prevenzionistica: se la reazione della piattaforma è conseguente a violazioni in tema di sicurezza, il giudice non può ricondurre la relazione contrattuale entro lo schema della subordinazione avendo la piattaforma agito non solo per tutelare un interesse privato ma per la salvaguardia di un interesse di rilievo pubblicistico. Così A. Delogu, *Salute, sicurezza e "nuovi" lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell'industria 4.0*, *DSL*, 2018, 73-74.

<sup>(46)</sup> Trib. Bologna 10 marzo 2021, in *Diritto dell'Internet*, 2021, 3, 495 ss. con commenti di A. Iandoli e A.J. Liguori, *Risarcibilità del danno non patrimoniale determinato dalla disattivazione, senza giusta causa, del profilo Facebook*. La condanna di Facebook al pagamento di un risarcimento del danno è stata statuita sulla scorta della lesione di beni fondamentali dell'utente all'interno di una sfera, quella virtuale, dove si realizza un'estrinsecazione importante della persona.

<sup>(47)</sup> In data 4 giugno 2021 la società Toei ha diffuso un comunicato prendendo le distanze dal profilo *fake* che ha colpito il creatore su Youtube, precisando di aver individuato il dominio del sito falso ed escludendo con questo qualsiasi relazione.

riscossione del credito sino a quel momento maturato, con ciò generando particolare disagio specie per chi svolge tale attività in regime di esclusiva. Ciò spiega l'enfasi delle audizioni sull'importanza di istituire meccanismi assicurativi e compensativi in una pluralità di casi, compreso quello appena ipotizzato<sup>(48)</sup>.

In maniera indiretta, la potestà punitiva della piattaforma si ricava anche dalle clausole che di fatto sanzionano il *creator* che si assenti dalla rete per un numero continuativo di giorni. Da qui l'effetto di essere esclusi da misure di premialità e dagli spazi di maggiore visibilità offerti dalle piattaforme per gli operatori più proficui e attivi. Nel caso di inattività per un lungo periodo è addirittura disposta la sospensione provvisoria/definitiva o la chiusura dell'*account* per come stabilito dalle condizioni generali di contratto fissate dalle piattaforme (è comunque consentito un *backup* dei propri dati e contenuti)<sup>(49)</sup>.

Si consideri il potenziale effetto escludente a scapito delle donne, che se da un lato paiono più interessate agli spazi di flessibilità accordati dalla rete, dall'altro possono risultare le principali danneggiate per una pluralità di ragioni. Si pensi, in particolare, all'assenza dalla rete imposta dagli impegni familiari che, come noto, per pregiudizi e stereotipi continuano a competere quasi esclusivamente alla donna<sup>(50)</sup>.

Minori rigidità presentano le piattaforme che dispongono la disattivazione dell'*account* dopo un'inattività di almeno 12 mesi consecutivi e a fronte di un guadagno che nel medesimo arco temporale risulti inferiore a \$ 100 (cfr. art. 4 del programma di affiliazione con Twitch).

Anche da questi profili emerge tutta la complessità dell'operazione qualificatoria dei *content creator* per via del *mix* tra elementi propri della subordinazione e criteri tipici di una collaborazione autonoma (evidenti sotto il profilo della creazione del contenuto) che tuttavia sfumano per via dell'intermediazione della piattaforma sul versante dell'organizzazione della prestazione. Interrogativi solleva l'ipotesi di inquadrare la prestazione creativa

---

<sup>(48)</sup> Così L. Cusmano, *cit.*, 30 che ipotizza una diaria giornaliera nei casi di *ban* rivelatisi infondati.

<sup>(49)</sup> Così ad es. regola l'art. 6, Condizioni di Servizio di Tik Tok. La memoria presentata da Assoinfluencer, audita durante la seduta del 14 settembre 2021, p. 9, propone di introdurre un'applicazione "time to rest", finalizzata a non considerare inattivo il profilo nonostante l'assenza di contenuti pubblicati in un determinato periodo e, conseguentemente, a non subire penalizzazioni ad es. a livello di indicizzazioni e monetizzazione. Le conseguenze ricollegabili all'ambito in esame non divergono molto dalla situazione più indagata, quella che riguarda i *riders*, rispetto ai quali A. Ingraio, *Il mercato delle ore di lavoro*, 2020, 121 ss.

<sup>(50)</sup> La trappola di genere, a danno delle donne, è creata secondo P. Tullini, *Quali regole per il lavoratore – utente del web? Scambio economico e tutele* in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro* *cit.*, spec. 141-144. V, dalla diversa disponibilità verso connessioni continuative e permanenti.

nell'ambito delle collaborazioni coordinate e continuative: ai sensi del novellato art. 409, n. 3, c.p.c. spetta alla determinazione consensuale delle parti o alla determinazione autonoma del collaboratore nei limiti pattuiti dal contratto individuare le modalità di esecuzione della prestazione, all'inizio del rapporto o durante lo svolgimento dello stesso<sup>(51)</sup>, mentre al collaboratore compete di organizzare autonomamente l'attività lavorativa. Escludendo ogni potere unilaterale in capo al committente, la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative non sembra lo schema ideale per un sistema governato dalla piattaforma.

Cadere nella trappola della dicotomia subordinazione/autonomia reca con sé una molteplicità di rischi già segnalati durante le audizioni nell'ambito dell'indagine conoscitiva, che ben hanno messo in evidenza la natura ibrida del lavoro dei *content creator*<sup>(52)</sup>. Ed al contempo si finisce per trascurare che vi sono settori del lavoro digitale non interessati a «un inquadramento teorico classico né ad una disciplina *standard* né ad una protezione sindacale che metta al riparo dal rischio della precarietà»<sup>(53)</sup>. Sembra pertanto meramente provocatoria la proposta di Assoinfluencer di modificare gli elementi caratterizzanti la nozione legale subordinazione<sup>(54)</sup>.

## 5. Quale regolamentazione? Prospettive de *jure condendo*

Le caratteristiche ibride del lavoro dei creatori digitali e la continua mutevolezza delle relazioni instaurate con le piattaforme<sup>(55)</sup> suggeriscono di costruire un sistema di tutele collegate agli specifici bisogni di protezione sociale

---

<sup>(51)</sup> G. Santoro Passarelli, *Le categorie del diritto del lavoro "riformate"*, DRI, 2016, 16.

<sup>(52)</sup> Così L. Cusmano, *cit.*, 28.

<sup>(53)</sup> Cfr. P. Tullini, *Quali regole per il lavoratore – utente del web?* *cit.*, 143: «ciò vale soprattutto per quella parte di utenti-lavoratori che sfruttano il potenziale di autonomia, creatività e produzione innovativa sostenuta dalla rete». Analoga posizione è stata espressa durante le audizioni della Commissione XI della Camera dei Deputati, in specie da A. Antonucci, audita il 13 luglio 2021, 4.

<sup>(54)</sup> Si propone d'integrare nell'art. 2094 c.c. gli elementi della «propria immagine e credibilità». V. la relativa audizione nella seduta del 14 settembre 2021.

<sup>(55)</sup> Si tratta d'una caratteristica comune a buona parte del *digital work*. Come rilevato da P. Tullini, *Quali regole per il lavoratore* *cit.*, 145, questo segmento del mercato «si presenta intrinsecamente instabile, discontinuo e frammentato: sia quando venga imposto come tale dalle infrastrutture e dagli aggregatori tecnologici, sia quando sia consapevolmente offerto dai web worker in queste guise».

espressi dai *content creator*<sup>(56)</sup> ed emancipate dalla rigida struttura binaria a cui si è riferita la stagione della *summa divisio* tra subordinazione e autonomia<sup>(57)</sup>. Come da tempo suggerisce la dottrina, «anziché forzare i confini tra statuti o riformulare gli elementi strutturali della subordinazione o alimentare l'area grigia della para-subordinazione, si può pensare di ricollegare i diritti e le tutele direttamente alla persona che entra nel mercato del lavoro digitale, ammettendo la loro portabilità nei percorsi frammentati, nelle transizioni e nell'evoluzione delle traiettorie professionali»<sup>(58)</sup>.

Nella costruzione d'uno statuto protettivo per le persone che con il fine dell'intrattenimento creano un'opera intellettuale veicolata per il tramite d'una piattaforma digitale che ne fissa il compenso sono chiamati a convergere istituti disciplinati dalle varie fonti regolative. La stessa l. n. 81/2017, ancorché generalista<sup>(59)</sup>, offre importanti spunti per la tutela della posizione negoziale del prestatore nelle transazioni commerciali oppure rispetto all'abuso di posizione dominante<sup>(60)</sup>.

Anzitutto, sembra urgente intervenire sotto il profilo dell'informazione, per mitigare il già denunciato rischio dell'opacità della relazione contrattuale così come prevedere specifiche garanzie per valorizzare il diritto al contraddittorio del lavoratore rispetto all'attuale situazione di arbitrio che origina dall'insindacabilità delle scelte adottate dalla piattaforma digitale con riguardo

---

<sup>(56)</sup> Il *web* offre diverse dichiarazioni di *streamers* e *youtuber* che contestano l'assenza di protezione sociale e di rapporti diretti e trasparenti con i gestori delle piattaforme. Cfr., tra gli altri, i video postati su [www.open.online/2020/12/09/la-rivolta-degli-streamer-di-twitch](http://www.open.online/2020/12/09/la-rivolta-degli-streamer-di-twitch) e [www.youtube.com/watch?v=6XX5DxMUhDk&t=1188s](http://www.youtube.com/watch?v=6XX5DxMUhDk&t=1188s).

<sup>(57)</sup> Sull'inadeguatezza della dicotomia autonomia subordinazione nel contesto dei *digital creator* v. M. Magnani, *cit.*, 13. Sulle "pecche" dell'impostazione dicotomica nel contesto delle piattaforme, quale «sistema socialmente ambivalente» si è da ultimo soffermato A. Perulli, *op. cit.*, spec. 21. Per vero, l'approccio tradizionale si riversa anche sulla valutazione dell'illecito interpositorio: come rilevato da A. Ingraio, *op. cit.*, 139 ss. e spec. 143-144, il mercato delle piattaforme evidenzia la necessità di ripensare alla regolazione del fenomeno, puntando alla responsabilizzazione di chi in concreto «veste i panni del vero *dominus* dell'illegalità dell'operazione» (la piattaforma).

<sup>(58)</sup> Cfr., tra gli altri, P. Tullini, *ult. op. cit.*, 153; A. Perulli, *op. cit.*, 85. Una riflessione di tal fatta può valere invero per affrontare qualsiasi mutazione del mercato del lavoro, su cui *amplius* M. Tiraboschi, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, Adapt University press, 2019, spec. 97 ss.

<sup>(59)</sup> Per M. Squeglia, *cit.*, 7-8 «sarebbe auspicabile che nello statuto del lavoro autonomo fossero contemplate norme specifiche in grado di tutelare l'ampia fascia di lavoratori autonomi che operano con le nuove tecnologie», individuando «un *identikit* concettuale del lavoro digitale su piattaforma».

<sup>(60)</sup> A. Viscomi, nella seduta 5 ottobre 2021, p. 12, segnala che la posizione dominante della piattaforma non è tanto sul piano delle informazioni ma sul fatto che la piattaforma rimane libera di chiudere e trasferire la piattaforma.

alla sospensione temporanea o cancellazione definitiva dell'account del *creator*. Rendere trasparenti i criteri utilizzati dalla decisione algoritmica di cui le piattaforme si servono, anzitutto per elaborare i dati di *rating*, può incidere non soltanto ai fini della conformità all'art. 22 GDPR, quant'anche sul contrasto di dinamiche a rilevanza discriminatoria, specie a danno dei soggetti appartenenti ai segmenti più vulnerabili del mercato.

La citata proposta di direttiva presentata lo scorso 8 dicembre prevede a favore del lavoratore delle piattaforme, del sindacato e dei soggetti pubblici il diritto di informazione sui sistemi in uso di monitoraggio e decisionali automatizzati e sulla relativa influenza rispetto alle condizioni di lavoro<sup>(61)</sup>. E parallelamente stabilisce che la piattaforma, attraverso propri referenti, fornisca spiegazioni sulle decisioni automatizzate per consentire l'eventuale contestazione da parte del lavoratore<sup>(62)</sup>. Dalla violazione di diritti fondamentali del *platform worker* può discendere una specifica tutela risarcitoria (cfr. cap. III del draft).

Analoga importanza riveste la portabilità dei dati e delle recensioni, (specie quando molto positive) ricevute dal *content creator* all'interno di una specifica piattaforma. Si tratta di informazioni utili al lavoratore che desidera transitare verso altre infrastrutture tecnologiche la propria identità digitale ed il relativo bagaglio di esperienze maturate nel corso della carriera professionale.

Quanto al compenso, invero tematica in forte crisi d'identità anche nell'ambito delle professioni ordinistiche<sup>(63)</sup>, occorre tener conto della vigente disciplina sull'equo compenso e della possibile estensione del relativo campo applicativo nell'ottica dell'adattamento alle specifiche caratteristiche dei

---

<sup>(61)</sup> V. art. 6, 7 e 8 del draft che ai sensi del successive art. 10 operano anche nei riguardi delle «persons performing platform work who do not have an employment contract or employment relationship». Cfr. Anche l'art. 16 che «ensures that national courts or other competent authorities can order the digital labour platform to disclose relevant evidence lying in their control, during proceedings concerning a claim regarding correct determination of the employment status of persons performing platform work. This includes evidence containing confidential information – such as relevant data on algorithms – where they consider it relevant to the claim, provided that effective measures are in place to protect this information». Qui si coglie un rafforzamento dei poteri del giudice in relazione alle logiche del *rating*.

<sup>(62)</sup> L'azione della Commissione è fortemente ispirata al principio del controllo umano sulla tecnologia.

<sup>(63)</sup> Come può evincersi da Tar Lazio, sez. II, 30 settembre 2019, n. 11410 per come confermato da Cons. Stato, sez. IV, 09 novembre 2021, n.7442 rispetto alla pretesa del Ministero dell'Economia di richiedere prestazioni gratuite da parte di professionisti (nella specie giuristi) dotati di specifiche competenze in talune materie e ambiti di interesse per la Amministrazione, sottolineando il vantaggio comunque derivante «da una sicura gratificazione e soddisfazione personale per avere apportato il proprio personale, fattivo e utile contributo alla “cosa pubblica”».

lavoratori creativi del *web*. Combattere la povertà lavorativa nonostante il lavoro<sup>(64)</sup> induce ad abilitare per via legislativa i parametri delle retribuzioni minime previste nell'ambito di contratti collettivi di settori affini a quello della figura in esame<sup>(65)</sup>, ma al contempo suggerisce di soffermarsi sull'utilità di un salario minimo garantito, pur scontando tutte le complicazioni del caso, incluse quelle associate alle modalità talvolta intermedie o ibride di compenso riconosciute al lavoratore digitale<sup>(66)</sup>. Oggi giorno l'elemento del corrispettivo in denaro non rappresenta l'unica utilità a cui il lavoratore può mostrarsi interessato: talvolta – e non solo nel contesto del lavoro digitale<sup>(67)</sup> – la remunerazione in denaro può contare meno della reputazione nel rapporto lavorativo e nel mercato<sup>(68)</sup>.

In stretta connessione si pone il tema delle garanzie sindacali rispetto al quale la Commissione sembra orientata a stemperare le rigidità ordinamentali poste dal diritto della concorrenza<sup>(69)</sup> andando oltre gli “steccati” della giurisprudenza FNV Kunsten Informatie en Media. Incidere su questo versante, prevedendo i contratti collettivi non rientranti nell'ambito di operatività dell'art. 101 TFUE<sup>(70)</sup> poiché finalizzati ad obiettivi di politica sociale, appare un passo importante verso l'estensione delle tutele collettive, *in primis* a favore dei lavoratori autonomi (sia *online* che *off line*) che versino in una condizione di debolezza economica (cfr. art. 1, p. 23, lett. a) o sprovvisti di potere negoziale relativamente alle condizioni di svolgimento del rapporto (art. 1, p. 28 ss.).

In questo specifico contesto si pone anche la necessità di un coordinamento con la direttiva sul diritto d'autore di recente recepita ai sensi del

---

<sup>(64)</sup> Su cui A. Lassandari, *Oltre la “grande dicotomia”? la povertà tra subordinazione e autonomia*, *LD*, 2019, 81 ss.

<sup>(65)</sup> Una scelta diversa va desunta dagli artt. 1, co. 8 e 43 bis, l. 633/1941 per come novellata dal d.lgs. n. 177/2021 con riguardo all'equo compenso di autori di articoli giornalistici, rilevando la determinazione su base convenzionale.

<sup>(66)</sup> P. Tullini, *Quali tutele per il lavoratore utente* cit., 163 ss.

<sup>(67)</sup> Sia consentito rinviare a A. Rota, *Lavoro gratuito per la PA: «un'opportunità per arricchire il curriculum»*, *RIDL*, 2020, II, 145 ss.

<sup>(68)</sup> In tema v. E. Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019, 168 ss., spec. 170 ss. dove l'A. si sofferma sul valore della rete dei contatti

<sup>(69)</sup> V. C(2021) 8838 final, contenente Communication from the Commission. Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission Guidelines on the application of EU competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons, 9 dicembre 2021. Da qui l'avvio di una consultazione pubblica.

<sup>(70)</sup> Così art. 1, p. 10 del *draft* della Commissione sulle linee guida relative all'applicazione della legislazione europea in tema di concorrenza.

d.lgs. n. 177/2021<sup>(71)</sup> e con il bisogno di assicurare i «performers who tend to be in a weaker contractual position than their counterparties», ad esempio quando danno in licenza o trasferiscono i loro diritti esclusivi per lo sfruttamento delle loro opere e qualsiasi altro oggetto protetto dal diritto d'autore e dai diritti connessi. Il diritto sul *copyright* «grants flexibility to Member States for implementing this principle using different mechanisms (including collective bargaining), as long as they are in compliance with EU law» (art. 1, p. 37 del citato draft).

Oltre a specifiche garanzie per salvaguardare l'effettività del diritto alla proprietà intellettuale occorrono risposte adeguate sul versante della protezione sociale, specie a fronte della emersa consapevolezza di estenderne i confini a favore dei lavoratori autonomi sulla scorta d'un approccio universalistico e al contempo selettivo<sup>(72)</sup>. Complice il perdurare dell'emergenza pandemica da Sars Cov-2, diverse sono le indicazioni sovranazionali che hanno ispirato un cambio di prospettiva nella direzione di piena attuazione dell'art. 35 Cost.: la discontinuità delle carriere lavorative e la maggiore mobilità dallo *status* di lavoro subordinato a quello autonomo e viceversa sono soltanto alcuni degli elementi che hanno indotto ad un quasi obbligato «ripensamento in senso unitario delle tutele di welfare»<sup>(73)</sup> e sul mercato. In aggiunta ai sussidi in caso di cessazione dell'attività (ad es. nell'ipotesi di esclusione dalla piattaforma), bisogna investire sugli interventi di politica attiva, tenendo conto delle specificità dei mercati transizionali entro i quali l'elemento della professionalità va coltivato ancorandolo «alla singola persona più che al solo contratto di lavoro»<sup>(74)</sup>.

Qualche notazione finale sollecita la tutela della salute e sicurezza, «punto di ricaduta» degli elementi di precarietà del rapporto con la piattaforma<sup>(75)</sup>. Più che la debole risposta offerta dalla proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma – che in punto di SSL esclude dalla tutela i lavoratori autonomi

---

<sup>(71)</sup> Cfr., con riguardo all'utilizzo *online* delle pubblicazioni di carattere giornalistico, l'art. 1, co. 8, l. 633/1941 che riconosce la garanzia a un equo compenso, demandando all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per le garanzie l'adozione di un regolamento che individui i criteri di riferimento del compenso tenendo conto, tra l'altro del numero di consultazioni online dell'articolo, degli anni di attività e della rilevanza sul mercato degli editori nonché dei costi sostenuti per investimenti tecnologici e infrastrutturali da entrambe le parti, e dei relativi benefici economici derivanti dalla pubblicazione quanto a visibilità e ricavi pubblicitari.

<sup>(72)</sup> Tutele welfaristiche per i *creator*, nel senso dell'universalismo differenziato, sono state proposte da M. Magnani, *op. cit.*, 13.

<sup>(73)</sup> Così A. Alaimo, *Il lavoro autonomo fra nuove «debolezze» e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, RDSS, 2021, 2, 217.

<sup>(74)</sup> M. Tiraboschi, *op. cit.*, 213.

<sup>(75)</sup> EU- OSHA, *Digital platform work and occupational cit.*, 12 ss.

(cons. 40 e art. 10 del draft riferito alle «*persons performing work who do not have an employment relationship o contract*») – , pare opportuno proseguire nella direzione intrapresa a livello nazionale per la tutela dei *riders*, costruendo un assetto unitario di base che prescindendo dalla classificazione tipologica nonché da criteri come la debolezza contrattuale e la sede lavorativa.

In particolare, si propone di ricollegare alla persona che lavora<sup>(76)</sup> tutele efficaci anzitutto per fronteggiare gli effetti prodotti dall'insorgenza di rischi a carattere psico-sociale, non solo per via della condizione di isolamento. In questo specifico ambito di analisi – come invero sottolineato anche dalla citata proposta di direttiva in tema di *algorithmic management* (spec. art. 7, p. 2 del *draft*) - si sviluppano dinamiche stressogene a causa del costante controllo algoritmico ma anche dei meccanismi concorrenziali che si insinuano per accaparrarsi il più alto numero di fruitori dei propri servizi; né vanno ignorate l'intensità dei ritmi di lavoro, la porosità del tempo di lavoro e le difficoltà che incontra la conciliazione tra tempi di vita e lavoro oltre la condizione di instabilità prodotta a decisioni insindacabili della piattaforma<sup>(77)</sup>. Non è nemmeno certo che la pur importante garanzia della disconnessione dagli strumenti digitali possa risultare una effettiva protezione contro le prospettate situazioni di iper-connettività, a salvaguardia della piena integrità-psicofisica del creatore di contenuti digitali. Anche nell'ipotesi di un patto di esclusiva con la piattaforma definire i contenuti del precetto rimane un'operazione complessa, non potendosi agevolmente misurare il tempo necessario per la preparazione del contenuto da veicolare tramite la rete.

Dal momento che la citata proposta di direttiva non vieta l'introduzione di previsioni più favorevoli da parte degli Stati membri, l'ordinamento nazionale potrebbe apprestare un'efficace protezione del lavoro tramite piattaforma, continuando a distinguersi per la particolare sensibilità verso la tutela dei protagonisti dell'economia digitale. Capitalizzando gli errori imputati all'esperienza regolativa dei *riders* autonomi, su cui più volte insistono le audizioni nell'intento di promuovere un'estensione del capo V *bis*, d.lgs. n.

---

<sup>(76)</sup> In tema già L. Montuschi, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, RGL, 2001, 525.

<sup>(77)</sup> Si tratta d'un rischio configurabile anche nella piattaforma Substack, improntata al pari delle altre sul diritto della piattaforma di dismettere senza preavviso e senza motivazione l'*account* del *content creator*. Sui rischi connessi al lavoro tramite piattaforma v. da ultimo EU-OSHA, *Digital platform work and occupational* cit., spec. 10 ss.

81/2015 al lavoro creativo del *web* <sup>(78)</sup>, appare quanto mai opportuno valorizzare il processo di valutazione dei rischi<sup>(79)</sup> e l'eterogenea composizione dei prestatori della industria creativa che si sviluppa attraverso la rete. Qui va colto lo scarto più significativo del cambiamento e della sfida più delicata da affrontare anzitutto *per chi e con chi* concretamente si espone al rischio. Come emerso dai dati processati da ISTAT<sup>(80)</sup>, è spesso la giovane età che rende più apprezzati elementi come il tempo libero, l'autorealizzazione e la *web reputation* rispetto alla sicurezza del posto di lavoro e alla tutela del relativo benessere.

---

<sup>(78)</sup> Secondo M. Magnani, *op. cit.*, 12 e 13, «l'accostamento ai riders» è «forviante», rilevando «una vera e propria categoria professionale collocabile nell'ambito del lavoro autonomo» ma estranea all'area del lavoro etero-organizzato.

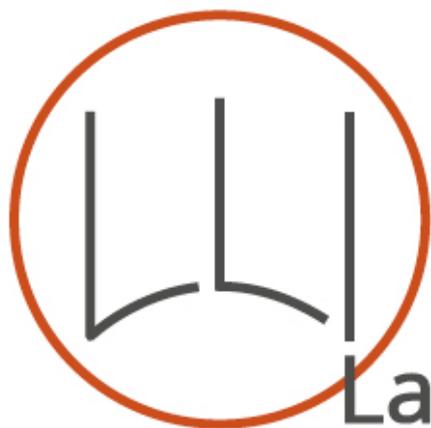
<sup>(79)</sup> Tra cui P. Pascucci, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider e co.*, *DSL*, 2019, 1, 50.

<sup>(80)</sup> Pur con i limiti già enunciati, tale dato è riportato nella relazione allegata all'audizione del 14 luglio 2021, 20 ss.

## Bibliografia

- Alaimo A., *Il lavoro autonomo fra nuove «debolezze» e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, in *RDSS*, 2021, 2, 209 -242.
- Cherry M.A., *Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2016, 37, 3, 579 ss.
- Dagnino E., *Dalla fisica all' algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019.
- Daquino M. *Le professioni del lavoro digitale* in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli editore, 2017, 107 – 121.
- D'Antona M., *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia* in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, 1989, 43 -65.
- Delogu A., *Salute, sicurezza e "nuovi" lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell'industria 4.0*, in *DSL*, 2018, 37-77.
- Donini A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, BUP, 2019.
- Iandoli A., *Risarcibilità del danno non patrimoniale determinato dalla disattivazione, senza giusta causa, del profilo Facebook Ingraio* in *Diritto dell'Internet*, 2021, 3, 495- 503.
- Ingraio A., *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Giuffrè, 2020.
- Lassandari A., *Oltre la "grande dicotomia"? la povertà tra subordinazione e autonomia*, in *LD*, 2019, 81-102.
- Liguori A.J., *Risarcibilità del danno non patrimoniale determinato dalla disattivazione, senza giusta causa, del profilo Facebook Ingraio* in *Diritto dell'Internet*, 2021, 3, 504-512.
- Mengoni L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, a cura di G. Boldt et al, Milano, 1965, 413-510.
- Mimun M., *I pericoli dei social network e i limiti dell' "età digitale": il fenomeno Tik Tok*, *Diritto dell'Internet*, 2021, 3, 407 -416.
- Montuschi L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *LD*, 1993, 21-35.
- Montuschi L., *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, *RGL*, 2001, 501-527.
- Osservatorio Digital Content, *Lo scenario dei contenuti digitali: filiera, mercato e consumatori*, novembre 2020; ID., *Contenuti Digitali: mercato in crescita anche nel 2021* in [www.osservatori.net/it/ricerche/comunicati-stampa/contenuti-digitali-2021-mercato](http://www.osservatori.net/it/ricerche/comunicati-stampa/contenuti-digitali-2021-mercato).
- Pascucci P., *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, in *DSL*, 2019, 1, 37-57.
- Perulli A., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.
- Razzolini O., *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Giappichelli, 2012
- Razzolini O., *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, *DRI*, 2020, 2, 345-379.
- Rota A., *La tutela prevenzionistica dei riders nella legge n. 128/2019*, in *LLI*, 2020, vol. 6, fasc. 1, 6
- Santoro Passarelli G., *Le categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in *DRI*, 2016, 7-62.
- Smorto G., *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *MCR*, 2015, 245-277.

- Tiraboschi M., *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, Adapt University press, 2019.
- Treu T., *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, in *LD*, 2017, 367-406.
- Tullini P., *C'è lavoro sul web?*, in *LLI*, 2015, vol. 1, fasc. 1, 1-15.
- Tullini P., *Quali regole per il lavoratore – utente del web? Scambio economico e tutele* in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli editore, 2017, 141- 164.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

**Sulla qualificazione del rapporto di lavoro  
degli *influencers***

**PAOLO IERVOLINO**  
Università di Roma Tor Vergata

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



## Sulla qualificazione del rapporto di lavoro degli *influencers*

**PAOLO IERVOLINO**

Università di Roma Tor Vergata  
Dottorando in Teoria dei Contratti,  
dei Servizi e dei Mercati  
paolo.iervolino@students.uniroma2.eu

---

### ABSTRACT

---

The aim of the present study is to analyse influencers by analysing the modalities through which their working activities are performed. The research intends to highlight how influencers' working activities could fall within the category of long-term relationships, and analyses the possible interferences by the client that, under Italian labour laws, can trigger the extension to self-employees of rules and regulations otherwise generally applicable in the context of subordinate work. However, the present study does not take an express position with respect to the possible problems associated with the qualification of influencers as employees. In fact, it was considered preferable to hope for an intervention by the social parties aimed at introducing minimum standards of protection to this new figure of workers.

The research proves innovative because it investigates for the first time the problems arising in connection to social-network-related jobs from a labor law standpoint.

**Keywords:** influencer; followers; social network; employment relationship; self-employed worker; employee; collective bargaining; wages.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13986>

---

## Sulla qualificazione del rapporto di lavoro degli *influencers*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’oggetto della riflessione. – 3. Le modalità di esecuzione del rapporto di lavoro: un tentativo di ricostruzione. – 4. La questione della pluricomittenza e del compenso. – 5. Alcune considerazioni sul ruolo di *Assoinfluencer*. – 6. Breve riflessione sulla disciplina applicabile.

### 1. Premessa

È da poco pervenuta al legislatore una provocatoria proposta di modifica dell’art. 2094 c.c. per affiancare al «lavoro intellettuale o manuale» anche «la propria immagine e credibilità»<sup>(1)</sup>, quasi ad intendere che possa essere oggetto di un contratto di lavoro subordinato non solo l’energia psico-fisica del debitore, ma anche la sua semplice “rappresentazione”. Perché potrebbero esservi casi in cui il creditore tragga utilità direttamente dall’ascendenza che l’immagine del debitore ha nei confronti di persone (acquirenti dell’imprenditore) con cui lo stesso viene a contatto in vario modo: questo è il c.d. *influencing marketing*.

La richiesta di modifica codicistica è pervenuta da una nuova associazione di categoria<sup>(2)</sup>, *Assoinfluencer*, la quale, essendo costituita ai sensi della l. 14 gennaio 2013 n. 4, si propone come unico obiettivo quello di tutelare i propri associati, i c.d. *influencers*<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Audizione del 14 settembre 2021 di *Assoinfluencer* presso la Commissione Lavoro della Camera dei Deputati, visionabile su <https://www.youtube.com/watch?v=ILeQQcwT1Gk>, 15 settembre 2021. Per il vero, la richiesta di modifica dell’art. 2094 c.c. era una provocazione dell’associazione funzionale a far comprendere alla Commissione come il diritto del lavoro sia cambiato nel corso degli ultimi anni, ma non è stata una proposta depositata dall’associazione. Le proposte ufficialmente presentate da *Assoinfluencer* sono state tre: 1) creazione di un Codice ATECO dedicato alla categoria degli *influencers*; 2) definizione dell’istituto del “*Time to rest*” nei singoli social network tramite l’apertura di un tavolo di concertazione con le società proprietarie di quest’ultimi; 3) introduzione di sanzioni di legge per le società proprietarie delle piattaforme social media in caso di assenza di procedure eque e trasparenti concernenti le penalizzazioni (*permaban*, *ban* temporaneo, *shadowban*, demonetizzazione, etc.) degli utenti in possesso di specifici requisiti e che utilizzino i social media come strumento di lavoro. Per la relazione integrale depositata v. <https://www.assoinfluencer.org/wp-content/uploads/2021/09/Memoria-per-la-Commissione-Lavoro-Assoinfluencer-Associazione-Italiana-Influencer.pdf>, visto il 15 ottobre 2021.

<sup>(2)</sup> S. Cortesi - F. Genzano, *Professione influencer, come il diritto del lavoro si adegua ai nuovi mestieri digitali*, in *agendadigitale.eu*, 8 gennaio 2021.

<sup>(3)</sup> Per il vero sarebbe riduttivo circoscrivere l’attività di *Assoinfluencer* ai soli *influencers*, ma – come si dirà nel prosieguo – il presente scritto si limiterà all’analisi di questa sola figura.

E, per l'appunto, l'*influencing marketing* consiste nell'attività, svolta dagli *influencers*, di «diffusione su *blog*, *vlog*, e *social network* (come *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *Youtube*, *Snapchat*, *Myspace*) di foto video e commenti da parte di “*bloggers*” e “*Influencers*” (ovvero di personaggi di riferimento del mondo *online*, con un numero elevato di *Follower*), che mostrano sostegno o approvazione (*endorsement*) per determinati *brand*, generando un effetto pubblicitario»<sup>(4)</sup>.

Sarebbe però riduttivo limitare l'attività dell'*influencer* al solo mondo dei *social network*. Certamente essa è l'attività più tangibile per le persone ovvero il pubblico, non fosse altro perché «lascia evidenti (e indelebili) tracce fisiche sotto forma di utilizzo di memoria, numero di digitazioni, accumulo di dati»<sup>(5)</sup>, ma non è l'unica. A volte, infatti, l'*influencer* non si vincola contrattualmente solo sui *social networks*, ma anche nella vita di tutti i giorni: una cosa è associare il prodotto ovvero la linea di prodotti di una marca ad una persona, un'altra è associare l'azienda stessa alla persona.

La distinzione poc'anzi effettuata prende forma nella figura del *brand ambassador*: una *celebrity*<sup>(6)</sup> ovvero *macro influencer*<sup>(7)</sup> cui è affidato «il compito di rappresentare il brand al di fuori dell'azienda stessa»<sup>(8)</sup>, tanto sui *social network*, quanto fuori. All'*influencer* comune, invece, viene richiesto abitualmente di rappresentare i prodotti di un *brand*, al di fuori sì dell'azienda, ma “solo” sui *social networks*.

Il che non equivale necessariamente a dire che solo dai contratti stipulati con il *macro influencer* derivino effetti obbligatori rilevanti, ma semplicemente che, mentre il *micro* ed il *medio* operano all'interno di settori (di influenza) circoscritti (meglio conosciuti con il nome di *target*<sup>(9)</sup>), la *celebrity* (quantunque anch'essa maggiormente portata a creare *insights*<sup>(10)</sup> all'interno di uno specifico *target*) ha

---

(4) Definizione di *Influencer Marketing* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 24 luglio 2017, v. <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2017/7/alias-8853>, visto il 15 ottobre 2021.

(5) P. Tullini, *C'è lavoro sul web?*, *LLI*, 1, 1, 2015, 14.

(6) V. <https://amzadvisers.com/pay-social-media-influencers/>, visto il 15 ottobre 2021.

(7) Sulla distinzione ai fini contrattuali v. J. Ierussi -V. Salonia, *Come campa un influencer? Vantaggi e tutele solo per pochi*, *agendadigitale.eu*, 2 ottobre 2019.

(8) S. Cortesi - F. Genzano, *Le nuove categorie professionali: il discrimine tra influencer e brand ambassador*, *ilGiuslavorista*, 15 agosto 2021.

(9) Per una più accurata definizione v. il Glossario Marketing, <https://www.glossariomarketing.it/significato/target/>.

(10) Per una più accurata definizione v. il Glossario Marketing, <https://www.glossariomarketing.it/significato/insight/>.

un impatto sociale illimitato<sup>(11)</sup>. Anzi, secondo il report dell'Onim<sup>(12)</sup> (Osservatorio Nazionale *Influencer Marketing*), il 59,7% dei *brand* lavora con *influencers* al di sotto dei 30.000 *followers*, il 13,7% si affida a utenti compresi tra i 50.000 e 100.000 *followers*, mentre solo il 9,7% va verso quelli con più di 100.000.

E la ragione per cui in Italia le piccole e medie imprese si rivolgono a coloro che possono raggiungere determinati *target* di mercato, può forse anche essere connessa – da un punto di vista giuslavoristico – alla «debolezza contrattuale cui soggiace buona parte degli italiani appartenenti a questa categoria»<sup>(13)</sup> di piccoli/medi *influencers*.

Peraltro, sarebbe anche inutile interrogarsi concretamente sulla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro dei *macro influencers*: a) perché non avrebbero interesse al riconoscimento delle tutele della subordinazione; b) perché l'ordinamento (nazionale e comunitario) non li riterrebbe comunque meritevoli di quelle tutele.

a) Nel caso di riqualificazione del rapporto troverebbe sicuramente applicazione nei confronti delle *celebrities* il c.d. principio dell'assorbimento<sup>(14)</sup>, il quale escluderebbe il pagamento di differenze retributive rilevanti (ed incentivanti il contenzioso) per il lavoratore. Per intendersi, giammai Cristiano Ronaldo (come qualunque altro *macro influencer*) avrebbe interesse al riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato con *Nike*<sup>(15)</sup>, perché, nel

---

(11) Per esemplificare: l'*influencer personal trainer* ha ascendenza sul pubblico interessato al settore del *fitness*, la *celebrity* ha ascendenza anche in quel settore, ma non solo in quello, ecco perché ha un numero maggior di *followers*.

(12) Su [https://www.onim.it/project\\_tag/report-annuali/](https://www.onim.it/project_tag/report-annuali/), visto il 15 ottobre 2021.

(13) J. Ierussi - V. Salonia, *Come campa un influencer? Vantaggi e tutele solo per pochi*, *op.cit.*

(14) Seppur con diritto ad avere il T.F.R. Cass. 22 settembre 2016 n. 18586, in [www.wikilabour.it](http://www.wikilabour.it).

(15) Cristiano Ronaldo detiene la *leadership* su *instagram* di *followers*, circa 340 milioni, ma è un'icona sportiva sempre e comunque, non solo sui *social network*. Il contratto di Cristiano Ronaldo, come chiarito, non vuole (secondo i propri interessi) e non può (secondo l'ordinamento interno e comunitario) essere di lavoro subordinato, eppure potrebbe ben essere potenzialmente «alle dipendenze e sotto la direzione» della *Nike*, perché l'atleta non potrà mai indossare pubblicamente – e dunque non solo sui social – indumenti sportivi che non siano del *brand* di cui è *ambassador*. Il calciatore non potrà pertanto mai vestire nella vita di tutti i giorni una maglietta (esemplificando) dell'*Adidas*, almeno fin quando non scadrà il contratto con la *Nike*, poiché ne risentirebbe «la propria immagine e credibilità» di *brand ambassador*, ma al di là di questo non *facere*, espressivo più che altro dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., l'obbligazione del calciatore comporta l'osservanza «delle disposizioni per l'esecuzione» della società di vestire, ogni volta che l'occasione lo consenta, ogni tipo di prodotto della *Nike*, nella prospettiva di una «fattiva cooperazione nell'interesse altrui». E proprio questo *facere* positivo porta l'atleta ad auto-limitare anche la propria libertà di iniziativa economica, atteso che anche il brand da lui stesso creato, si pone merceologicamente in una posizione differente rispetto a quello della *Nike*: quando non deve vestire sportivo, Cristiano Ronaldo presta a sé

2019, il calciatore ha firmato con questa marca un contratto da *brand ambassador*, di dieci anni, per la somma di 16,2 milioni di euro l'anno, un ammontare che escluderebbe in radice la possibilità del pagamento di ulteriori differenze retributive, rispetto a quelle percepite, in caso di riqualificazione. Né la riqualificazione garantirebbe al calciatore il diritto a percepire ancora quelle somme originariamente pattuite, atteso che «nel rapporto di lavoro che sia stato qualificato *ab origine* come autonomo e sia stato successivamente convertito *ope iudicis* in lavoro subordinato non opera il principio di irriducibilità della retribuzione, sancito dall'articolo 2103 c.c.»<sup>(16)</sup>.

Insomma, per concludere il discorso, la peculiare capacità di *influencing marketing* del *macro influencer* renderebbe loro più conveniente stipulare un nuovo “rapporto di lavoro”, anziché tutelare quello preesistente: a Cristiano Ronaldo converrebbe diventare *brand ambassador* di *Adidas*, piuttosto che convertire il contratto con la *Nike*.

b) Quand'anche avessero interesse alle tutele del lavoro subordinato, la figura della *celebrity* sarebbe incompatibile con la subordinazione, sia secondo l'ordinamento italiano, sia secondo quello comunitario.

Per l'ordinamento italiano, infatti, un grande numero di seguaci sui *social networks* è considerato come segno distintivo atipico<sup>(17)</sup>, con funzione di identificazione e distinzione, dell'imprenditore e, in quanto tale, non meritevole della stessa tutela di un lavoratore subordinato; il diritto eurounitario (segnatamente quello *Antitrust*), invece, non potrebbe considerare le *celebrities* come «falsi autonomi»<sup>(18)</sup> (e dunque meritevoli di quella che potrebbe essere la tutela “sindacale” di *Assoinfluencer*<sup>(19)</sup>), poiché questi – essendo titolari a loro volta

---

stesso “la propria immagine e credibilità”. Né tantomeno la *Nike* chiederebbe all'atleta di indossare pubblicamente prodotti facenti parte della stessa categoria merceologica del suo brand, essendo la cooperazione produttiva di impegni reciproci. Ma anche nel *facere* positivo di *influencer* sui social (e fuori) è data una direzione “*per la disciplina del lavoro*”: al calciatore non viene infatti richiesto semplicemente di pubblicizzare un nuovo paio di scarpe, egli è vincolato a promuovere ogni tipo prodotto, nonché di partecipare agli eventi commerciali della *Nike*, secondo le condizioni da questa stessa stabilite.

<sup>(16)</sup> Cfr. Cass. 24 agosto 2015, n. 23329, in *lavorosì.it*, visto il 15 ottobre 2021.

<sup>(17)</sup> T. Torino, ord., 7 luglio 2011, *FI*, 2013, I, ha ravvisato la qualità dell'imprenditore in capo al soggetto che «avvia i contatti e calamita le amicizie virtuali di un Gruppo costituito all'interno del *social network Facebook*».

<sup>(18)</sup> C. giust. 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV KunstenInformatie en media c. Regno di Olanda*, *RIDL*, 2015, II, 550, nt. Ichino, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*, ove per «falsi autonomi» si intendono «prestatori che si trovino in una situazione paragonabile a quella dei lavoratori» subordinati.

<sup>(19)</sup> Secondo il diritto eurounitario, l'organizzazione sindacale che agisce a tutela delle posizioni di lavoratori autonomi, non opererebbe come parte sociale, bensì come associazione di imprese ed in quanto tale soggetta alla normativa europea sulla concorrenza.

di un proprio *brand* che pubblicizzano attraverso gli stessi *social networks* – «offrono i loro servizi dietro corrispettivo in un determinato mercato ed esercitano la loro attività come operatori economici indipendenti rispetto ai loro committenti»<sup>(20)</sup>.

Sarebbe, allora, più opportuno, interrogarsi sul modo di atteggiarsi delle attività prestate dalla restante parte degli *influencers*, i piccoli e medi, poiché soltanto questi potrebbero eventualmente avere interesse al riconoscimento di tutele, quantunque del lavoro subordinato. Tutele queste ultime a cui, comunque, potrebbero accedere – come si avrà modo di dimostrare – non solo per il tramite dell’art. 2094 c.c.<sup>(21)</sup>, ma anche per il tramite dell’etero-organizzazione, ben potendo essere applicata «la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione [...] le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente», ai sensi cioè dell’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

Il presente scritto, infatti, lungi dal voler prendere una posizione netta circa la qualificazione giuridica di questo tipo di lavoratori, semmai esso auspica implicitamente un intervento tarato delle parti sociali volto a garantire una tutela minima dei piccoli e medi *influencers*, atteso che, solo per questi ultimi, il diritto comunitario dovrebbe ragionevolmente cedere il passo al diritto interno, per il tramite dell’art. 39, comma 1, Cost.<sup>(22)</sup>. Anzi, «considerando il deciso sostegno offerto di recente alla contrattazione collettiva nell’ambito del lavoro – formalmente – autonomo da parte dello stesso legislatore», in assenza, apparentemente, di settori affini a cui affidare «la disciplina del lavoro subordinato», sarebbe il caso di sfruttare (e non demonizzare) il comma 2, art. 2, d.lgs. n. 81/2015, poiché grazie ad esso verrebbe introdotta una «regolazione *ad hoc*, da parte degli accordi collettivi, del trattamento economico, oltre che normativo, dei lavoratori (autonomi ma) etero-organizzati»<sup>(23)</sup>. Anche perché,

---

<sup>(20)</sup> C. giust. 4 dicembre 2014 cit., punto n. 27.

<sup>(21)</sup> Come accaduto nell’applicazione d’ufficio del T. Roma, 19 novembre 2019, n. 10269, *MGL*, 2020, 1, 259, nt. IERVOLINO, *È possibile applicare d’ufficio l’art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 quando la domanda viene proposta solo ai sensi dell’art. 2094 c.c.?*

<sup>(22)</sup> Al riguardo si rinvia alle più ampie argomentazioni di M. Biasi, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all’indomani della l. n. 81 del 2017*, *ADL*, 2018, 2, 443-475, il quale, partendo proprio dalla nozione di “falsi autonomi” di matrice comunitaria, «insiste sulla difesa di un diritto alla contrattazione collettiva che legato all’idea stessa di persona che lavora e proprio per questo immune al diritto Antitrust», laddove la prestazione del lavoratore autonomo sia resa in via esclusivamente o prevalentemente personale.

<sup>(23)</sup> Virgolettati di M. Biasi, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all’indomani della l. n. 81 del 2017*, *op.ult.cit.*, 446.

come è stato dimostrato<sup>(24)</sup>, la contrattazione collettiva del comma 2, rende inapplicabile il comma 1, art. 2, e non l'art. 2094 c.c. Dunque, nulla vieterebbe all'*influencer* di beneficiare della riqualificazione del rapporto, laddove lo stesso sia in concreto etero-diretto e non etero-organizzato.

È per tutte queste ragioni allora che si è resa necessaria la costituzione di *Assoinfluencer*: perché «in una terra di mezzo dai confini labili»<sup>(25)</sup> come quella dei *social network* il lavoro deve essere tutelato «in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35 Cost.).

## 2. L'oggetto della riflessione

Primariamente, però, occorrerà chiarire perché debba essere il diritto del lavoro a doversi occupare dell'*influencing marketing*<sup>(26)</sup>, atteso che, da un punto di vista giuridico, questa disciplina potrebbe cedere il passo a quella presidiata dalla tutela del consumatore<sup>(27)</sup>. È certamente vero che il pubblico deve essere comunque informato di un'eventuale *partnership* tra *brand* ed *influencer*<sup>(28)</sup>, ma il

---

<sup>(24)</sup> T. Palermo, 24 novembre 2020, n. 3570, *Labor*, 2021, 3, 343 ss., nt. Scelsi, *Una nuova onomastica digitale per i poteri del datore di lavoro*.

<sup>(25)</sup> Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, *www.adapt.it*, punto n. 25.

<sup>(26)</sup> Per una ricognizione della letteratura socio-economica dell'*influencing marketing* v. F. J. Martínez-López - R. Anaya-Sánchez - M. Fernández Giordano - D. Lopez-Lopez, *Behind influencer marketing: key marketing decisions and their effects on followers' responses*, *Journal of Marketing Management*, 2020, 36(7-8), 579-607; M. Haenlein - E. Anadol - T. Farnsworth - H. Hugo - J. Hunichen - D. Welte, *Navigating the New Era of Influencer Marketing: How to be Successful on Instagram, TikTok, & Co.*, *California Management Review*, 2020, 63(1), 5-25; S.V. Jin - A. Muqaddam - E. Ryu, "Instafamous and social media influencer marketing", *Marketing Intelligence & Planning*, 2019, 37, 5, 567-579; C.C. Childers - L. L. Lemon - M. G. Hoy, "# Sponsored# Ad: Agency perspective on influencer marketing campaign", *Journal of Current Issues & Research in Advertising*, 2019, 40(3), 258-274; C. Lou - S. Yuan, *Influencer marketing: how message value and credibility affect consumer trust of branded content on social media*, *Journal of Interactive Advertising*, 2019, 19(1), 58-73.

<sup>(27)</sup> Per una ricognizione in termini di tutela del consumatore limitatamente all'attività dei *fashion influencer* v. N. Lanna - V. Camusso - E. Elezi - E. Guanetti, *La comunicazione commerciale e promo-pubblicitaria: una panoramica della normativa in tema di comunicazione digitale e il ruolo dei c.d. fashion influencer*, in *Fashion Law. Diritti e prassi nell'industria della moda tra tradizione e innovazione*, a cura di N. Lanna, Cedam, 2021, 166 ss.

<sup>(28)</sup> Il problema si è posto per la prima volta in merito al post del 25 giugno 2016 di Selena Gomez per la Coca Cola, per cui la *Federal Trade Commission Act* (<https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/ftc-endorsement-guides-what-people-are-asking>, visto il 15 ottobre 2021) ha dovuto stabilire che è necessario specificare nella *caption* il legame commerciale tra il profilo instagram e i contenuti condivisi attraverso formule come "#Ad", "Ad:", "Sponsored" ovvero "Adv". La foto è passata alla storia per essere stato il post con più mi piace su Instagram ed è stata anche rivendicata dalla Coca Cola stessa, cfr. <https://www.coca-cola.com/au/news/selena-gomez-share-a-coke-and-a-song-photo-is-instagram-s-most>, visto il 15

compito del diritto del lavoro non è vedere gli effetti di questa relazione sui consumatori, né tutelare i *followers*.

Riprendendo le conclusioni del precedente paragrafo, a questa materia spetta il compito di analizzare il rapporto di «lavoro *che intercorre* in tutte le sue forme e applicazioni»<sup>(29)</sup> tra *brand* ed *influencer*, per capire eventualmente se possa esservi una esigenza di tutela del debitore.

Sebbene, infatti, sia stato sostenuto che «il veicolo della rete debba servire proprio ad evitare descrizioni, classificazioni, regolamentazioni e sistemi giuridici definiti», rimane compito del giurista «descrivere, classificare e, se possibile, ricondurre all'interno d'un sistema di diritto positivo»<sup>(30)</sup> i mutevoli fatti che la realtà propone. Ma poiché i nuovi modelli economici creati dal *web* sono solitamente trattati «sul tavolo dei giuslavoristi [...] con qualche ritardo, e forse un po' di diffidenza»<sup>(31)</sup>, è necessario fin da subito porsi delle nuove domande, quand'anche occorresse dare loro vecchie risposte<sup>(32)</sup>.

Se qualche anno fa ci si chiedeva se potesse esservi lavoro sul *web*<sup>(33)</sup>, ci sembra oggi più che mai opportuno riprendere quell'interrogativo domandandosi, in particolare, se possa esservi lavoro sui *social networks*, alla luce della loro vasta diffusione. Ma se alla prima domanda è già stata data risposta positiva, poiché nel più del *web* è sempre ricompreso il meno del *social network*, non può che essere data risposta affermativa anche alla seconda.

Il problema, semmai, è capire come possa essere il lavoro all'interno di questo nuovo “mondo”.

Sia chiaro però che la presente analisi è volutamente circoscritta ad una parte del lavoro sui *social networks*, forse la più piccola, ma pur sempre quella

---

ottobre 2021. Adesso la foto è al 4° posto, cfr. <https://www.corriere.it/moda/news/cards/beyonce-selena-gomez-battono-tutti-10-foto-piu-like-storia-instagram/selena-gomez-66-milioni.shtml>, visto il 15 ottobre 2021. Per una breve ricognizione della regolamentazione italiana vedi I. Marullo, *Digital Marketing: Instagram, pubblicità e Influencer*, *diritto.it*, 30 giugno 2021.

<sup>(29)</sup> (Corsivo dello scrivente) Art. 35 Cost.

<sup>(30)</sup> P. Tullini, *C'è lavoro sul web?*, *op.cit.*, 5

<sup>(31)</sup> P. Tullini, *Economia digitale e lavoro non-standard*, *LLI*, 2016, 2, 2, 3.

<sup>(32)</sup> P. Tullini, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in *Web & lavoro*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, 6: «L'approccio della letteratura scientifica predilige l'analisi delle forme innovative assunte dal lavoro virtuale o sviluppate sul web (spec. *crowd employment*, lavoro su piattaforma digitale), mentre rivolge uno sguardo un po' superficiale e distratto alle trasformazioni che coinvolgono il lavoro subordinato nel contesto di *Industry 4.0* e nelle imprese “intelligenti”. Eppure, l'impatto della digitalizzazione sui tradizionali rapporti di lavoro e sulla gestione dei lavoratori subordinati non è meno profondo o, per usare il termine in voga nei documenti europei, potenzialmente “disruptive”».

<sup>(33)</sup> P. Tullini, *C'è lavoro sul web?*, *op. cit.*, 4.

maggiormente nota al diritto del lavoro<sup>(34)</sup>. Anche perché, allo stato, esulerebbe dalle competenze dello scrivente analizzare l'intero mondo dell'*influencing marketing* in chiave giuridica. Per questi motivi si è inteso circoscrivere l'attività lavorativa ai soli contenuti *on demand*<sup>(35)</sup> (anziché quelli *streaming*<sup>(36)</sup> e la figura del lavoratore al solo generico *influencer* (anziché *streamer*, *content creator*, *podcaster*). Ciò non significa, tuttavia, che quanto si andrà ad affermare non potrà valere anche per le altre attività e per gli altri tipi di lavoratori, ma solo che il mondo dei *social networks* è ben più ampio e richiederebbe un'analisi più profonda.

### 3. Le modalità di esecuzione del rapporto di lavoro: un tentativo di ricostruzione

Per motivi fiscali<sup>(37)</sup> – magari anche solo per il superamento dei limiti del lavoro occasionale imposti per legge<sup>(38)</sup> – l'*influencer* è titolare di partita IVA, ma ciò non significa che debba escludersi in radice un problema qualificatorio, perché «la qualificazione del rapporto ai fini integrativi del regolamento contrattuale (ex art. 1374 c.c.) non dipende, ed anzi logicamente precede, la qualificazione del reddito a fini tributari»<sup>(39)</sup>.

Quanto detto aiuta però a comprendere perché il contratto di lavoro stipulato tra l'*influencer* ed il *brand* sia il più delle volte ascrivibile all'art. 2222 c.c.: il prestatore si limita «a compiere verso corrispettivo un servizio», segnatamente (nell'immaginario comune) fotografico.

In quest'ultimo caso, l'interesse del creditore risulta essere soddisfatto nel momento stesso in cui il debitore provvede a *postare* sui *social network* la propria immagine correlata al prodotto del *brand* committente.

Un classico contratto in cui la cui funzione economico-sociale è quella di assicurare uno scambio 'secco' tra compenso e contenuto *social*. E, d'altro canto,

---

<sup>(34)</sup> Per una ricognizione complessiva, v. M. Forlivesi, *Il controllo della vita del lavoratore attraverso i social network*, in *Web e lavoro* cit., 40 ss; E. Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019, 147 ss.

<sup>(35)</sup> V. <https://www.treccani.it/vocabolario/on-demand>, visto il 20 novembre 2021.

<sup>(36)</sup> V. <https://www.treccani.it/vocabolario/streaming/>, visto il 20 novembre 2021.

<sup>(37)</sup> F. Montalcini, *Piattaforme Digitali, Social Network e Fisco: Evoluzione o Rivoluzione?*, in *Diritto Tributario Telematico. Nuovi confini*, a cura di R. Nemni - C. Sacchetto - F. Montalcini, Giappichelli, 2021, 66-86.

<sup>(38)</sup> In merito ai limiti quantitativi e qualitativi del lavoro occasionale si veda l'esauritiva analisi di S. P. Emiliani, *Le prestazioni occasionali tra autonomia e subordinazione*, VTDL, 2018, 3, 685 ss.

<sup>(39)</sup> V. Pinto, *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, WP CSDLE, It., n. 151/2012, 16.

il contenuto stesso non si esaurisce «di fatto mai in un singolo momento»<sup>(40)</sup>, poiché anche *postare* una foto richiede sempre lo svolgimento di un'attività prodromica all'opera. In questi casi, comunque, come è noto, è l'*influencer* a poter decidere «senza vincolo di subordinazione» come debba essere il contenuto richiesto<sup>(41)</sup>, quale sia il *social network* più idoneo al *brand*, quale sia il veicolo attraverso cui promuovere il prodotto, quale sia il tempo<sup>(42)</sup> migliore per farlo e soprattutto cosa scrivere per far associare quel prodotto alla propria immagine.

Ma quest'affermazione potrebbe essere forse troppo semplificatoria.

Fermo restando, infatti, che non si pone per il giurista del lavoro alcun problema qualificatorio per le *celebrities* è comunque possibile che il *macro influencer*, con adeguato potere contrattuale<sup>(43)</sup>, ceda parte della propria "autonomia" a favore della totale etero-organizzazione del *brand*, se ricompensata economicamente in modo adeguato<sup>(44)</sup>.

Potrebbero esservi però casi in cui, come succede per ogni rapporto lavorativo, il prestatore d'opera ceda parte della propria autonomia senza che sia adeguatamente compensata dal creditore<sup>(45)</sup>. Tuttavia, anche in questo caso non verrebbe intaccata la natura giuridica del rapporto (genuinamente autonomo), poiché quella rinuncia potrebbe essere frutto delle reciproche concessioni stabilite dal contratto per realizzazione di un'opera a regola d'arte (art. 2224 c.c.), senza che l'*influencer* sia ovvero debba necessariamente essere titolare di un'impresa che ne giustifichi la qualificazione in termini di autonomia<sup>(46)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, *Labor*, 2020, 5, 588.

<sup>(41)</sup> Se basti un semplice autoscatto ovvero sia necessario il ricorso al proprio fotografo di fiducia. L'*influencer* potrebbe invero avvalersi di altri collaboratori e non sarebbe nemmeno certo che il contenuto venga pubblicato proprio dal titolare del profilo *social*, poiché spesso i profili sono gestiti da *content creator*, per cui v. <https://www.digital-coach.it/blog/lavoro-digitale/professionisti-digitali/content-creator/>, visto il 15 ottobre 2021.

<sup>(42)</sup> Ogni *influencer* (sebbene vi siano degli orari comuni da prediligere <https://www.italiaonline.it/risorse/gli-orari-e-i-giorni-migliori-per-postare-sui-social-network-2087>, visto il 15 ottobre 2021.) influenza un pubblico diverso, la cui attività sui social network varia a seconda degli orari.

<sup>(43)</sup> I c.d. «macro influencer», cfr. J. Ierussi - V. Salonia, *Come campa un influencer? Vantaggi e tutele solo per pochi*, *op.cit.*

<sup>(44)</sup> Come, ad esempio, LeBron James che guadagna almeno 300.000 dollari per ogni post su *Instagram*, cfr. <https://www.businessinsider.com/lebron-james-earns-over-300000-per-instagram-post-2020-2?r=US&IR=T>, visto il 15 ottobre 2021; oppure Kylie Jenner che guadagna 1.200.000 dollari per ogni post, cfr. <https://www.bbc.co.uk/newsround/49124484>, visto il 15 ottobre 2021.

<sup>(45)</sup> Trattasi dei c.d. «micro» e «macro» *influencers*, cfr. Ierussi - V. Salonia, *Come campa un influencer? Vantaggi e tutele solo per pochi*, *op.cit.*

<sup>(46)</sup> Ma anche gli *influencers* di piccole/medie dimensioni sono solitamente imprenditori di piccole/medie dimensioni nella nicchia di mercato in cui si pongono: riprendendo sempre

Nei casi genuinamente riconducibili all'art. 2222 c.c., però, è necessario chiarire che il *brand* avrebbe (o quantomeno dovrebbe avere) interesse solo a promuovere quel singolo prodotto cristallizzato nel contenuto *social*. In questi casi, infatti, «la presenza di accordi separati, siglati di volta in volta e senza che possa altrimenti scorgersi una programmazione più ampia, esclude pure il nesso di continuità»<sup>(47)</sup>. L'*influencer* avrebbe dunque la libertà di pubblicizzare prodotti del medesimo settore merceologico appartenenti ai *competitors*, poiché l'interesse del committente risulta essere soddisfatto “istantaneamente” nel momento stesso in cui viene caricato il contenuto sui *social network*.

Nondimeno però l'interesse del *brand* potrebbe anche essere durevole e non esaurirsi in un singolo momento<sup>(48)</sup>. A tal proposito, peraltro, è necessario evidenziare come il rapporto di durata con il *brand* potrebbe anche non essere desunto solamente da una eventuale pluralità di contenuti, ma anche dalla conservazione, nel tempo, di quel contenuto sui *social networks*. Laddove infatti fosse inserita nel contratto tra *influencer* e committente una clausola che vincola il debitore al mantenimento di quell'*opus*, emergerebbe chiaramente la caratteristica “continuativa” dell'attività ovvero, quantomeno, l'interesse durevole del *brand* a legare l'immagine del debitore ai propri prodotti.

Potrebbe invero opporsi, a questo proposito, che la promozione tramite foto del prodotto di un *brand* avrebbe al più natura occasionale e non continuativa, sì da escludere in radice qualunque possibile problema. Pur tuttavia, e sempre posto che «la nozione di occasionalità non identifica [...] un assetto obbligatorio necessariamente opposto al rapporto di durata e anzi viene utilizzata per descrivere sia schemi contrattuali di durata, sia contratti ad adempimento istantaneo, sia specifiche modalità di svolgimento del rapporto»<sup>(49)</sup>, il nesso di continuità non può essere aprioristicamente escluso per motivi fiscali, non solo per i medesimi motivi già esposti all'inizio del

---

l'esempio del *personal trainer*, esso potrà utilizzare la sua influenza per attirare a sé clienti che vogliono farsi seguire per dimagrire ovvero mettere massa muscolare.

<sup>(47)</sup> F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, *op.cit.*, 588.

<sup>(48)</sup> Ancora F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, *op. cit.*

<sup>(49)</sup> Sempre F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, *op.cit.*, 608.

presente paragrafo<sup>(50)</sup>, ma anche perché l'interesse (più ampio) del *brand* prescinde dai limiti tributari<sup>(51)</sup>.

Non v'è dunque motivo per escludere aprioristicamente che l'attività descritta in precedenza possa essere coordinata con (ovvero da) un committente, anche nel pieno rispetto dell'assenza di ogni vincolo di subordinazione, più precisamente, dell'auto-organizzazione<sup>(52)</sup> dell'*influencer*, ai sensi del nuovo art. 409, n. 3, c.p.c. Potrebbe esservi, infatti, un concreto interesse a che le parti non si limitino «a compiere verso corrispettivo un *solo* servizio»<sup>(53)</sup> fotografico, ma una pluralità di servizi, finalizzati a vincolare l'immagine *social* del debitore a quel solo prodotto ovvero a quella sola linea di prodotti di quell'unico *brand*, anche privando (per il tramite del vincolo di esclusività) eventualmente l'*influencer* della possibilità di pubblicizzare i prodotti affini dei *competitors*. Insomma, un *brand* potrebbe avere un ragionevole interesse a monopolizzare merceologicamente (e completamente) il *target* dell'*influencer*.

Anche postare *una tantum* le foto di un *brand* può allora essere espressione di “durata”<sup>(54)</sup>, purché però vi sia un interesse durevole (quantunque circoscritto magari in un arco temporale rinnovabile) del committente a che l'*influencer* venga sempre e comunque associato, per quella determinata tipologia di prodotti, ad un solo marchio<sup>(55)</sup>.

E quest'interesse del *brand*, come è ovvio, può avere un'intensità variabile: minore, se lascia all'*influencer* il “potere” di coordinare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa come concordato pattiziamente nel

---

<sup>(50)</sup> V. Pinto, *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, *op.cit.*, 16: «la qualificazione del rapporto ai fini integrativi del regolamento contrattuale (ex art. 1374 c.c.) non dipende, ed anzi logicamente precede, la qualificazione del reddito a fini tributari.»; del resto, sempre lo stesso autore qualche anno più tardi non ha escluso che dietro alle prestazioni occasionali possa esservi un «normale contratto di lavoro subordinato», Id., *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di G. Zilio Grandi - M. Biasi, Cedam, 2018, 173.

<sup>(51)</sup> Ancora S. P. Emiliani, *Le prestazioni occasionali tra autonomia e subordinazione*, *op.ult.cit.*

<sup>(52)</sup> Il periodo introdotto dall'art. 15, l. n. 81/2017 («La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa») non sarebbe altro che una variazione semantica in positivo del “*senza vincolo di subordinazione*” di cui all'art. 2222 c.c., secondo U. Carabelli, *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017, I seminari della Consulta giuridica della CGIL*, a cura di U. Carabelli - L. Fassina, Ediesse, 2018, 1, 51.

<sup>(53)</sup> (Corsivo dello scrivente) Art. 2222 c.c.

<sup>(54)</sup> La programmazione concordata con l'*influencer* si sarebbe, del resto, perfettamente conciliata, *ratione temporis*, alla disciplina del contratto a progetto.

<sup>(55)</sup> Un *personal trainer influencer* – il cui potenziale di *followers* è come detto nella nota n.16 limitato – si potrà vincolare solo ed esclusivamente per una marca di prodotti alimentari, promuovendo poi le sue barrette energetiche, proteine, amminoacidi, etc.

contratto; maggiore, se il committente finisce per imporre unilateralmente dette prerogative contrattuali<sup>(56)</sup>.

Una prevaricazione, tuttavia, che il piccolo e medio *influencer* finisce sempre per subire passivamente, non avendo quell'adeguato potere contrattuale che gli permetta di coordinare la sua organizzazione con quella del *brand*. In questi casi, peraltro, per capire se «l'attività del collaboratore è pienamente integrata nell'attività produttiva e/o commerciale del committente e ciò risulti indispensabile per rendere la prestazione lavorativa»<sup>(57)</sup>, basterebbe anche solo vedere se il nome del *brand* compare direttamente nella *bio*<sup>(58)</sup> del profilo dell'*influencer*, perché in quel caso ben si comprenderebbe come il marchio abbia interesse a monopolizzare merceologicamente il *target* del lavoratore.

Il punto è che, quando ha quest'interesse a vedere associata la propria linea di prodotti all'immagine di una determinata persona, non solo il marchio finisce sempre per etero-organizzare il debitore in qualche modo, ma anche quest'ultimo – se di piccole e medie dimensioni – finisce sempre per cedere la propria genetica autonomia organizzativa, perché è anche grazie alla *partnership* con il *brand* che l'*influencer* dimostra ai propri *followers* di essere “importante” per quel determinato settore merceologico<sup>(59)</sup>. In questi casi avviene infatti quel «mutamento del rapporto con la tecnica [...] che determina il mutamento della struttura (oltre che della funzione) del contratto di lavoro», poiché l'*influencer* «avendo interrotto il rapporto di funzionalità diretta precedentemente esistente fra il proprio lavoro e la tecnica, offre ormai solo delle “prestazioni lavorative”, che, proprio in quanto private di ogni contenuto tecnico-professionale, possono essere solo eterorganizzate»<sup>(60)</sup>.

Al punto che il committente potrebbe persino imporre l'approvazione del contenuto relativo a quel prodotto, prima di poter essere pubblicato dall'*influencer* sui *social network*.

Insomma, seguendo l'originaria formulazione dell'art. 2, d.lgs. n.81/2015<sup>(61)</sup>, il *brand* committente finisce sempre per (etero)organizzare (in qualche modo) non solo le «modalità di esecuzione», ma anche (parafrasando)

---

<sup>(56)</sup> Secondo la nuova ricostruzione dell'art. 409, n. 3, c.p.c., cfr. O. Razzolini, *Jobs Act degli autonomi e lavoro esclusivamente personale. L'ambito di applicazione della legge n. 81/2017*, in *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di L. Fiorillo - A. Perulli, Giappichelli, 2018, 17.

<sup>(57)</sup> INL – Circ. 30 ottobre 2020.

<sup>(58)</sup> La bibliografia *social* dell'*influencer*.

<sup>(59)</sup> Non sarebbe altrimenti un *influencer* di uno specifico settore, se il soggetto non avesse nulla da pubblicizzare per quel *target* di *followers*.

<sup>(60)</sup> G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, PD, 1986, 88.

<sup>(61)</sup> Nell'originaria formulazione dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015.

«i tempi e il luogo di lavoro» della prestazione di lavoro «esclusivamente» personale dell'*influencer*, imponendo a quest'ultimo il giorno e l'ora di pubblicazione dei vari (a volte il numero è circoscritto nel contratto, come già detto, per un determinato periodo) contenuti. Tant'è vero che poi il vincolo di esclusività contrattuale (anche se potrebbe essere silente sul punto) porta il committente ad imporre all'*influencer* (anche per fatti concludenti<sup>(62)</sup>) di non pubblicare – tra una *post* ed un altro – foto promozionali di *competitors*, poiché queste potrebbero ingenerare nei confronti dei *followers* dubbi su quale sia il *brand* da utilizzare in determinate circostanze (ovvero quale sia il prodotto più valevole).

Ed effettivamente, in questi casi, l'ingerenza del *brand* nei confronti dell'*influencer* non si sostanzierebbe solo in un *facere* positivo, ma anche e soprattutto in un *non facere*, preordinato al fine ultimo delle varie *opera* per cui si era obbligato: influenzare sempre le scelte dei *followers* a favore della linea di prodotti di quel *brand* committente.

In questi casi, come è noto, l'etero-organizzazione delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, comporterà l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato senza che vi sia «decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione [...] siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomi»<sup>(63)</sup>.

#### 4. La questione della pluricommitenza e del compenso

Le precedenti considerazioni portano però inevitabilmente l'interprete ad interrogarsi sui problemi relativi al regime di pluricommitenza degli *influencers*, atteso che nell'immaginario comune questi soggetti dovrebbe promuovere prodotti di diversi *brand*.

In questa prospettiva, tuttavia, non si sta negando la possibilità di una ipotetica qualificazione giuridica degli *influencers* in termini di rapporto di lavoro subordinato, ma nelle conclusioni del precedente paragrafo si è volutamente cercato di evitare ogni problema qualificatorio di questa figura.

Quantomeno per superare l'*impasse* della (ove vi fossero) pluralità di committenti.

---

<sup>(62)</sup> Se l'*influencer personal trainer* pubblicizza una marca del settore, è ovvio che non potrà consigliare l'utilizzo di prodotti di una marca *competitor*.

<sup>(63)</sup> Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, punto n. 25.

Perché, quand'anche fosse possibile, come nel lavoro intermittente, stipulare altri contratti di lavoro a chiamata ovvero anche altri contratti di lavoro di natura diversa, purché ovviamente questi siano compatibili con il contratto di lavoro intermittente originariamente stipulato, se il 90,3% di questi *influencer* fa parte di quelle «forme di collaborazione [...] offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione [...] ciò che conta è che per esse [...] l'ordinamento abbia statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina»<sup>(64)</sup>.

E quest'applicazione non verrebbe intaccata dall'eventuale pluricommitenza del collaboratore, poiché questo regime «non è di per sé idoneo ad escludere l'etero-organizzazione, atteso che ciò che rileva è la circostanza che la prestazione necessita della struttura organizzativa del committente»<sup>(65)</sup>.

Per il vero, l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, renderebbe anche compatibile – similmente<sup>(66)</sup> al caso degli *assistantes maternelles*<sup>(67)</sup> – l'applicazione della disciplina del lavoro subordinata relativamente ai rapporti con il committente e la contestuale (eventuale) figura imprenditoriale dell'*influencer*, atteso che sia stata la stessa sentenza della Corte di Cassazione n. 1663/2020 a non escludere «situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione di cui all'art. 2, comma 1 sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare»<sup>(68)</sup>.

Anzi, si andrebbe, semmai, finalmente a dare contenuto quella formula contraddittoria<sup>(69)</sup> di applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato, eccezion fatta per quella che «sia ontologicamente incompatibile con la fattispecie», per l'appunto, di imprenditore.

Ma anche la pluricommitenza merita ulteriori chiarimenti, poiché non sempre viene corrisposto all'*influencer* un compenso. Anzi, il più spesso delle

---

<sup>(64)</sup> Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663.

<sup>(65)</sup> Circ. 30 ottobre 2020, *op.cit.*

<sup>(66)</sup> Senza entrare troppo nel merito della dipendenza economica eventualmente contenuta nell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 (per cui si rimanda a A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, WP CSDLE, It. n. 272/2015, 8 ss.) anche il piccolo e medio *influencer* rapportandosi ad una nicchia diventa economicamente dipendente dal *brand* di quel settore che sponsorizza.

<sup>(67)</sup> In merito a questa figura v. A. Perulli, *Economically dependent/quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, Bruxelles, 2002, 1 ss; O. Razzolini, *The need to go beyond the contract: "economic" and "bureaucratic" dependence in personal work relations*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2010, 290.

<sup>(68)</sup> (Corsivo dello scrivente) Punto 41.

<sup>(69)</sup> Su tutti, A. Perulli, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP CSDLE, It. n. 410/2020, 17.

volte non viene proprio stipulato nessun tipo di contratto e la promozione sui *social network* viene semplicemente compensata tramite la sola dazione gratuita del prodotto<sup>(70)</sup>, in sostituzione del denaro<sup>(71)</sup>.

Il che, sia chiaro, non equivale a dire né che non sia stato stipulato alcun tipo di contratto, né che il creditore non abbia adeguatamente ricompensato il debitore, ma semplicemente che le formule di pagamento degli *influencer*, possono essere di varia natura, ricalcando perfettamente quanto detto dall'art. 2099, comma 3, c.c.: «il prestatore di lavoro può anche essere retribuito in tutto o in parte con partecipazione agli utili o ai prodotti, con provvigione o con prestazioni in natura».

È vero che il termine «compenso» sia stato adoperato nel Libro Quinto del Lavoro in merito al contratto d'opera intellettuale (artt. 2230 e 2233 c.c.) per individuare l'obbligazione principale del cliente nei confronti del professionista, mentre l'art. 2099 c.c. si riferisce più propriamente alla «retribuzione» rapporti di lavoro subordinato.

Ma se le parti, nel contratto d'opera, possono liberamente determinare il *quantum* del compenso, non v'è ragione per escludere che esse possano anche stabilirne il *quomodo*. Piuttosto, il problema si pone quando le parti non pervengono pattiziamente sul *quantum* e sul *quomodo*.

Al di là di questi aspetti nominalistici è necessario dunque precisare che anche il compenso del lavoratore autonomo possa ricalcare le modalità di cui all'art. 2099, comma 3, c.c.

Posto quanto sopra, per chiarezza espositiva, d'adesso in poi, si utilizzerà: 1) il termine compenso, relativamente al corrispettivo di una prestazione riconducibile all'art. 2222 c.c.; 2) il termine retribuzione, relativamente al corrispettivo di una prestazione continuativa, quantunque coordinata ovvero etero-organizzata<sup>(72)</sup>.

---

<sup>(70)</sup> Vedi al riguardo J. Ierussi - V. Salonia, *Come campa un influencer? Vantaggi e tutele solo per pochi, op.cit.*

<sup>(71)</sup> Un *micro influencer* potrebbe richiedere un compenso dai 250 a 750 euro per un singolo post pubblicato sulla propria pagina *Facebook* con un engagement rate medio dello 0,10%. Sul *Youtube* con un numero inferiore di *followers*, servono da 1.000 a 2.500 euro per la pubblicazione di un video a fronte di un tasso di interazione più elevato, pari al 6,2%, v. [https://www.vanityfair.it/mybusiness/news-mybusiness/2021/08/27/quanto-guadagnano-influencer-instagram-tiktok?refresh\\_ce](https://www.vanityfair.it/mybusiness/news-mybusiness/2021/08/27/quanto-guadagnano-influencer-instagram-tiktok?refresh_ce), visto il 15 ottobre 2021.

<sup>(72)</sup> Il termine “retribuzione” non è infatti adoperato dal legislatore soltanto per i rapporti di lavoro subordinato, ma anche per alcuni rapporti di lavoro autonomo che possono anche svolgersi – proprio come gli *influencer* – in maniera continuativa: i contratti di agenzia di cui all'art. 1742 c.c.

La distinzione appare quanto mai opportuna, poiché spesso essa rispecchia anche la modalità di esecuzione della prestazione lavorativa di cui al paragrafo che precede; la qualificazione giuridica del rapporto potrebbe essere dunque desunta anche dalla controprestazione del creditore.

Solitamente, infatti, è per le prestazioni d'(una) opera che viene dato all'*influencer* un compenso in natura, quale il prodotto del *brand* pubblicizzato<sup>(73)</sup>. In questi casi, come detto, spesso il contratto non è nemmeno stipulato in forma scritta, ma ciò non significa che si abbia a che fare con un'obbligazione non suscettibile di valutazione economica, poiché, proprio come nel caso degli *influencers*, «la obbligazione assunta dallo sponsorizzato ha piena natura patrimoniale ai sensi dell'art. 1174 c.c.»<sup>(74)</sup>. La patrimonialità della prestazione non la si desume, pertanto, solo dallo scambio monetario: il concetto di “equo compenso” non esclude che esso possa essere monetariamente pari allo zero<sup>(75)</sup>.

Ma bisognerebbe poi anche capire se il debitore sia stato costretto a quel determinato compenso ovvero gli sia stato imposto dal committente, come unica controprestazione del contenuto *social*.

Le prestazioni a carattere continuativo, invece, possono essere retribuite tramite: 1) la dazione gratuita del prodotto commercializzato; 2) un compenso complessivo parametrato al numero dei contenuti social (che si prevedono); 3) la corresponsione di una sorta di cottimo misto, che preveda cioè una base economica certa ed una variabile<sup>(76)</sup>. I *micro influencers*, d'altro canto, potrebbero essere anche retribuiti solo mediante (la parte variabile della) provvigione<sup>(77)</sup>, permettendo questa modalità di far capire al *brand* gli *insights* del lavoratore.

Quest'ultima modalità, ivi inclusa dunque la parte variabile del numero 3), è «una forma di compenso – dal carattere marcatamente incentivante – diffusa, in particolare, con riguardo ad alcune categorie particolari di lavoratori autonomi», come ad esempio gli agenti ovvero gli *influencers*, «la cui attività consiste proprio nel promuovere affari per il committente»<sup>(78)</sup>. Il punto è che le

---

<sup>(73)</sup> Spesso anche per i *macro influencers*.

<sup>(74)</sup> Cassazione civile, Sez. I, 11 ottobre 1997, n. 9880, *Pluris*.

<sup>(75)</sup> Così attecnicamente la giurisprudenza amministrativa, *ex multis*, di recente, v. Tar Lazio-Roma, Sezione 3 Quater, 20 luglio - 27 agosto 2021, n. 9404, *wolterskluwer.com*.

<sup>(76)</sup> G. Perone - A. D'Andrea, *Art. 2099 - Retribuzione*, in *Dell'impresa e del lavoro, Commentario del codice civile*, a cura di O. Cagnasso - A. Vallebona, *Commentario del codice civile*, Utet, 2013, 84.

<sup>(77)</sup> Il nesso di continuità, in questi casi, è facilmente ravvisabile nel c.d. codice sconto dell'*influencer*.

<sup>(78)</sup> M.C. Cataudella, *La retribuzione nel tempo della crisi. Tra principi costituzionali ed esigenze di mercato*, Giappichelli, 2013, 51.

due attività hanno funzioni economico-sociali differenti<sup>(79)</sup>: l'agente di commercio deve pervenire alla conclusione dei contratti per accedere al proprio compenso<sup>(80)</sup>, mentre l'*influencer* deve «persuadere la potenziale clientela dell'opportunità dell'acquisto, informandola del prodotto e delle sue caratteristiche, ma senza promuovere (se non in via del tutto marginale) la conclusione di contratti»<sup>(81)</sup>.

Come ampiamente detto, nulla vieterebbe alle parti di pervenire a quest'ultimo tipo di retribuzione (anche perché, come detto, magari il *brand* committente capirebbe tramite questo corrispettivo l'importanza dell'*influencer* per quel determinato *target*), ma bisognerebbe comprendere, ancora una volta, se questa scelta sia effetto di un accordo ovvero di un'imposizione del *brand*. Sarebbe del resto inappropriato parametrare (anche solo parte del)la retribuzione dell'*influencer* alla conclusione di contratti da parte dei propri *followers*, poiché l'attività da questi svolta non si esaurisce di fatto mai in un singolo momento, essa anzi si protrae, come detto nel precedente paragrafo, tra una foto e l'altra nel vincolo di dover postare per quella determinata linea merceologica, solo foto riconducibili a quel singolo *brand*.

I problemi esposti nel presente paragrafo, tuttavia, ne scontano a monte uno ben più ampio: nel caso del lavoro autonomo non può essere desunta in via presuntiva la mancanza di potere contrattuale del debitore<sup>(82)</sup>.

## 5. Alcune considerazioni sul ruolo di *Assoinfluencer*

L'odierna indagine non può che portare allora l'interprete a porre l'accento sulla centralità che *Assoinfluencer*<sup>(83)</sup> potrebbe avere nei prossimi anni, perché, se è vero (come effettivamente è vero) che la debolezza contrattuale non

---

<sup>(79)</sup> Differentemente da quanto ritiene F. Gozzo, *L'influencer (o lo youtuber) è un agente di commercio: spunti di riflessione*, [www.francescogozzo.com](http://www.francescogozzo.com), 5 maggio 2020.

<sup>(80)</sup> *Ex multis*, da ultimo, v. Cass. 2 agosto 2018 n. 20453, *Pluris*.

<sup>(81)</sup> Così, limitatamente all'attività del propagandista di medicinali, il c.d. ISF, che svolge un'attività sovrapponibile a quella dell'*influencer*, da ultimo, Cass. 16 aprile 2021 n. 10158, [www.lpo.it](http://www.lpo.it)

<sup>(82)</sup> P. Tomassetti, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, *VTDL*, 2018, 3, 734.

<sup>(83)</sup> Tenuto conto anche di tutte le problematiche che il mondo dei *social network* creano da un punto di vista delle relazioni sindacali, per cui si rimanda a M. Marazza, *Social media e Relazioni industriali. Repertorio di questioni*, *LLI*, 2019, 5, 2, nonché *amplius*, Id., *Social, relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva*, *RIDL*, 2019, 1, 57 ss. dove, nonostante i problemi, l'Autore prospetta un brillante (e condivisibile) futuro delle relazioni sindacali sui *social networks*.

possa essere desunta presuntivamente, gli *influencers* non avrebbero ragione di aggregarsi in forma associata, se non per avere maggiori tutele<sup>(84)</sup>.

Escluso al momento che un intervento legislativo<sup>(85)</sup> sulla materia dell' "equo compenso" delle prestazioni professionali possa migliorare la situazione degli *influencers*, dato che questi non appartengono ad alcun ordine professionale<sup>(86)</sup> (poiché, come detto, la stessa *Assoinfluencer* è costituita ai sensi della L. 14 gennaio 2013 n.4), potrebbe trovare spazio l'intervento della contrattazione collettiva, non più confinata al solo lavoro subordinato<sup>(87)</sup>, seppur con tutte le difficoltà del caso, giacché i lavori del *web* pongono sempre il medesimo problema: l'individuazione dell'altra parte del rapporto<sup>(88)</sup>, non sempre agevole, a causa dell'instabilità e della discontinuità delle committenze di cui è destinatario l'*influencer*<sup>(89)</sup>.

Ciò che sembrerebbe rendersi necessario per questo tipo di lavoratore, nello scenario descritto dal presente saggio, è un intervento – anche non necessariamente delegato dal legislatore – simile a quello dei *riders*, con riferimento all'art. 47-*quater*, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2015. O quantomeno, si potrebbe allargare l'orizzonte applicativo di quella norma, atteso che il lavoro immateriale, e dunque digitale, non si esaurisce alla sola figura del lavoro tramite piattaforma, ma potrebbe anche estendersi al lavoro tramite *social network*.

L'intervento della contrattazione collettiva (finalizzato per la precisione ad un accordo collettivo) avrebbe infatti il duplice merito di attribuire parametri fissi ai corrispettivi non solo per l'*influencer* genuinamente autonomo, ma anche (e soprattutto) per quello etero-organizzato, atteso che non esistono ad oggi «contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale»<sup>(90)</sup> che possano dare pieno significato per l'*influencer* alla

---

<sup>(84)</sup> Del resto, il 9 dicembre 2020 è stato già organizzato il primo sciopero mondiale da parte degli *influencer* per riconoscimento di maggiori tutele, v. <https://www.nostreamday.com/>, visto il 15 ottobre 2021.

<sup>(85)</sup> Proposta di legge C. 3179 del 25 giugno 2021.

<sup>(86)</sup> F. Genzano - J. Ierussi, *Equo compenso per influencer? Siamo ancora lontani. Se la proposta di legge è "gattopardesca"*, *agendadigitale.eu*, 19 novembre 2019.

<sup>(87)</sup> P. Tomassetti, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, *op.cit.*, 729 il quale osserva che «la sfera di competenza contrattuale che la Costituzione riconosce all'autonomia collettiva non sia circoscrivibile, aprioristicamente, all'area del lavoro subordinato identificata dall'articolo 2094 del codice civile».

<sup>(88)</sup> Molto spesso, peraltro, il rapporto di lavoro non si instaura direttamente con il brand, ma con agenzie che fanno capo ad altre agenzie.

<sup>(89)</sup> M. Forlivesi, *La sfida della rappresentanza sindacale dei lavoratori 2.0*, *DRI*, 2016, 3, 666.

<sup>(90)</sup> Art. 47-*quater*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, il quale faceva inevitabile riferimento al CCNL "Logistica trasporto merci", integrato il 18 luglio 2018 con la figura dei *riders*.

«disciplina del lavoro subordinato» di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015; e, laddove esistessero «settori affini o equivalenti», comunque non sarebbero perfettamente tarati sulle esigenze di questa nuova categoria di lavoratori, ma il prodotto di un'interpretazione giurisprudenziale dettata dalla necessità di tutelare gli *influencers*. Differentemente dai *riders*<sup>(91)</sup>, pertanto, un accordo collettivo nazionale, quantunque espressivo di effetti derogatori della subordinazione, costituirebbe il primo ragionevole approdo verso la regolamentazione di questa categoria di lavoratori, che difficilmente avrebbe interesse al riconoscimento della qualifica di lavoratori subordinati, ma quantomeno potrebbero averlo per le tutele derivano da quella fattispecie, senza la necessità di una previa riqualificazione del rapporto.

Se poi l'*influencer* avrà interesse alla riqualificazione del rapporto, posta «la meravigliosa plasticità della nozione di subordinazione *ex art.* 2094 c.c. rispetto ai mutamenti organizzativi dell'impresa»<sup>(92)</sup>, nulla esclude che nel prossimo futuro possa anche essere stipulato, proprio come è successo per i *riders* con *Justeat*<sup>(93)</sup>, un contratto collettivo – modellato sulle particolari modalità di esecuzione della prestazione – che apra alla subordinazione di questo tipo di lavoratori.

Del resto, se «ogni attività umana può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di lavoro autonomo»<sup>(94)</sup>, non v'è motivo per escludere aprioristicamente che un medio e piccolo *influencer* possa anche essere subordinato, non rilevando ai fini della qualificazione del rapporto tanto il *nomen iuris* usato dalle parti nel contratto, quanto il concreto atteggiarsi della prestazione lavorativa<sup>(95)</sup>.

---

<sup>(91)</sup> F. Martelloni, *CCNL Assodelivery – UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2020; anche se poi, come dimostrato, non si sono verificati effetti preclusivi della subordinazione, v. U. Carabelli, *Anche il lavoro dei cicofattorini ha un'essenza subordinata*, *RGL Giurisprudenza Online*, 2021, I, 4, 1.

<sup>(92)</sup> M. Barbieri, *La ragione di un commento a un accordo aziendale importante*, *LLI*, 2021, 7, 1, 78.

<sup>(93)</sup> A. Ingraio, *Le parti e la natura dell'accordo di secondo livello che disciplina la "subordinazione adattata" dei ciclo-fattorini Just eat –Takeaway.com Express Italy*, *LLI*, 2021, 7, 1.

<sup>(94)</sup> Il principio è granitico nella giurisprudenza, ma di recente vedi Cass. 15 giugno 2020, n. 11539, *Pluris*; nonché le note Cass., 19 aprile 2010, n. 9251, *ivi*; Cass. 11 novembre 1983, n. 6701, *ivi*.

<sup>(95)</sup> Cfr. Cass. 19 agosto 2013, n. 19199, *Pluris*; Cass. 8 aprile 2015 n. 7024, *ivi*; Cass. 1° marzo 2018, n. 4884, *ivi*.

## 6. Breve riflessione sulla disciplina applicabile

Resta da capire però, in attesa di un intervento (al momento solamente auspicabile) di *Assoinfluencer*, quale possa essere la «disciplina del rapporto di lavoro subordinato» da applicare ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, dato che, apparentemente, non sembrano esservi settori affini di riferimento non solo per gli *influencers*, ma anche, e soprattutto, per gli organi giurisdizionali, i quali non possono esimersi dal tutelare un lavoratore, allorquando quest'ultimo ne abbia bisogno.

A questo proposito, pertanto, poiché la supplenza dei giudici sarà decisiva, ove necessario, è possibile prospettare un'interpretazione estensiva della disciplina – e dunque della contrattazione collettiva – relativa ai c.d. “lavoratori dello spettacolo”, la cui nozione è anch'essa prodotto dell'evoluzione giurisprudenziale.

Non è questa la sede opportuna per approfondire il problema della nozione (legato alla contribuzione) di “lavoratori dello spettacolo”, basti dire che, sebbene esista un elenco normativo che tipizza questa figura<sup>(96)</sup>, l'elencazione prospettata dal legislatore non è tassativa, potendo essere integrata dal Ministro del Lavoro<sup>(97)</sup>, nonché ampliata tramite l'interpretazione estensiva degli organi giurisdizionali.

Come anticipato, infatti, non esistendo una nozione compiuta di lavoratore dello spettacolo, è stata la giurisprudenza a definire la categoria, estendendo di volta in volta la portata del termine “spettacolo”, atteso che «il fatto oggettivo che determina l'appartenenza di un rapporto di lavoro al settore dello spettacolo è lo spettacolo stesso»<sup>(98)</sup>.

Si potrebbe dunque partire proprio dagli ultimi approdi della giurisprudenza per capire se l'eventuale interpretazione di lavoratore dello spettacolo possa essere assimilata alla figura dell'*influencer*. Ed invero, se la Suprema Corte ritiene che «per "spettacolo" deve intendersi una manifestazione a carattere artistico-ricreativo indirizzata ad un pubblico presente o virtuale, la cui fruizione può avvenire dal vivo (concerto, spettacolo in piazza, spettacolo teatrale) ovvero a distanza di tempo e di luogo, mediante la riproduzione di un supporto a tal fine predisposto o il c.d. "scaricamento" da un sito informatico», anche l'*influencer* ben potrebbe essere considerato come un lavoratore dello

---

<sup>(96)</sup> Art. 3, d.lgs. Capo provvisorio dello Stato 16 luglio 1947, n. 708.

<sup>(97)</sup> Da ultimo il D.M. 15 marzo 2005.

<sup>(98)</sup> Cass. 27 agosto 2003 n. 12548, *Pluris*.

“spettacolo”, tenuto conto anche del fatto che «la presenza del pubblico è irrilevante se la manifestazione non ha carattere artistico, mentre, ove si tratti di manifestazione artistica, la presenza fisica del pubblico non è necessaria, a condizione che la fruizione della prestazione sia destinata ad un numero indeterminato di persone»<sup>(99)</sup>.

Peraltro, per la qualifica di lavoratore dello spettacolo, «non rileva [...] il fatto che le attività svolte attengano a spettacoli con finalità pubblicitarie» poiché «anche i brevi filmati di tipo pubblicitario si devono presumere realizzati mediante il ricorso all’opera di professionalità previste»<sup>(100)</sup>.

Se quanto sopra prospettato è vero, la fattispecie delineata dalla giurisprudenza in merito ai lavoratori dello spettacolo sembra perfettamente assimilabile – *rectius* applicabile (riprendendo proprio le parole del legislatore) – alla prestazione degli *influencers*, atteso che anche questi ultimi svolgono attività promozionali di breve durata destinate ad un numero indeterminato di persone virtuali.

Così facendo, «L’evoluzione normativa del concetto di spettacolo [...], unitamente alla tendenza alla c.d. «spettacolarizzazione» di settori in passato estranei allo spettacolo»<sup>(101)</sup> potrà culminare nella nuova figura degli *influencers* per mezzo dell’applicazione dell’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

Qualora vi fosse, dunque, nel frattempo, l’esigenza di applicare «la disciplina del rapporto di lavoro subordinato» agli *influencers*, un giudice potrebbe ragionevolmente riferirsi al CCNL del 19 febbraio 2020 firmato da Cgil, Cisl, Uil e Legacoop con Confcooperative e AGC<sup>(102)</sup> per garantire adeguate tutele a questa nuova figura di lavoratori, le cui attività (sebbene il contratto si riferisca «a società cooperative e imprese sociali operanti nel settore della produzione culturale dello spettacolo») possono essere pienamente ricondotte all’interno della sfera di applicazione dell’art. 1: «Produzioni multimediali» ovvero «Realizzazione, promozione e distribuzione di prodotti a contenuto creativo anche tramite piattaforma e servizi del digitale».

Anzi, laddove vi fosse il concreto interesse alla regolamentazione di questi rapporti di lavoro, potrebbe addirittura prospettarsi un’integrazione del CCNL che tenga conto proprio degli *influencers*, così come è successo ai *riders* con l’integrazione del CCNL “Logistica trasporto merci” del 18 luglio 2018.

---

<sup>(99)</sup> Cass. 8 gennaio 2009, n. 153, *Pluris*.

<sup>(100)</sup> Cass. 20 gennaio 2006, n. 1089, *DRI*, 2007, 3, 830.

<sup>(101)</sup> Cass. 14 febbraio 2006, n. 3219, *GC*, 2007, 6, I, 1490.

<sup>(102)</sup> V. <https://smart-it.org/wp-content/uploads/2020/03/CCNL-Spettacolo-Accordo-Rinnovo-19-2-2020-compresso.pdf>, visto il 19 novembre 2021.

## Bibliografia

- Barbieri M., *La ragione di un commento a un accordo aziendale importante*, in *LLI*, 2021, 7, 1, 72-79.
- Biasi M., *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017*, in *ADL*, 2018, 2, 443-475.
- Carabelli U., *Anche il lavoro dei ciclofattorini ha un'essenza subordinata*, in *RGL Giurisprudenza Online*, 2021, I, 4, 1 ss.
- Carabelli U., *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017, I seminari della Consulta giuridica della CGIL*, a cura di U. Carabelli - L. Fassina, Ediesse, 2018, 1, 41 ss.
- Childers C.C. - Lemon L. L. - Hoy M. G., *# Sponsored# Ad: Agency perspective on influencer marketing campaign*, in *Journal of Current Issues & Research in Advertising*, 2019, 40(3), 258-274.
- Cortesi S. - Genzano F., *Le nuove categorie professionali: il discrimine tra influencer e brand ambassador*, in *ilGiuslavorista*, 15 agosto 2021.
- Cortesi S. - Genzano F., *Professione influencer, come il diritto del lavoro si adegua ai nuovi mestieri digitali*, in *agendadigitale.eu*, 8 gennaio 2021.
- Dagnino E., *Dalla fisica all' algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019, 147 ss.
- Emiliani S. P., *Le prestazioni occasionali tra autonomia e subordinazione*, in *VTDL*, 2018, 3, 685-716.
- Ferraro F., *Continuità e lavoro autonomo*, in *Labor*, 2020, 5, 583-616.
- Forlivesi M., *Il controllo della vita del lavoratore attraverso i social network*, in P. Tullini, *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 37 ss.
- Forlivesi M., *La sfida della rappresentanza sindacale dei lavoratori 2.0*, in *DRI*, 2016, 3, 662 ss.
- Genzano F., Ierussi J., *Equo compenso per influencer? Siamo ancora lontani. Se la proposta di legge è "gattopardesca"*, in *agendadigitale.eu*, 19 novembre 2019.
- Gozzo F., *L'influencer (o lo youtuber) è un agente di commercio: spunti di riflessione*, in *www.francescogozzo.com*, 5 maggio 2020.
- Haenlein M. - Anadol E. - Farnsworth T. - Hugo H. - Hunichen J. - Welte D., *Navigating the New Era of Influencer Marketing: How to be Successful on Instagram, TikTok, & Co.*, in *California Management Review*, 2020, 63, 1, 5-25.
- Ierussi J. - Salonia V., *Come campa un influencer? Vantaggi e tutele solo per pochi*, in *agendadigitale.eu*, 2 ottobre 2019.
- Ingrao A., *Le parti e la natura dell'accordo di secondo livello che disciplina la "subordinazione adattata" dei ciclo-fattorini Just eat - Takeaway.com Express Italy*, in *LLI*, 7, 1, 2021, 114-122.
- Jin S.V. - Muqaddam A. - Ryu E., *"Instafamous and social media influencer marketing"*, in *Marketing Intelligence & Planning*, 2019, 37, 5, 567-579.
- Lanna N. - Camusso V. - Elezi E. - Guanetti E., *La comunicazione commerciale e promo-pubblicitaria: una panoramica della normativa in tema di comunicazione digitale e il ruolo dei c.d. fashion influencer*, in *Fashion Law. Diritti e prassi nell'industria della moda tra tradizione e innovazione*, a cura di N. Lanna, Cedam, 2021, 166 ss.
- Lou C. - Yuan S., *Influencer marketing: how message value and credibility affect consumer trust of branded content on social media*, in *Journal of Interactive Advertising*, 19(1), 58-73.
- Marazza M., *Social, relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva*, in *RIDL*, 2019, 1, 57 ss.

- M. Marazza, *Social media e Relazioni industriali. Repertorio di questioni*, in *LLI*, 2019, 5, 2, I-X.
- Martelloni F., *CCNL Assodelivery - UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, in *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2020.
- Martínez-López F.J. - Anaya-Sánchez R. - Fernández Giordano M. - Lopez-Lopez D., *Behind influencer marketing: key marketing decisions and their effects on followers' responses*, in *Journal of Marketing Management*, 2020, 36(7-8), 579-607.
- Marullo I., *Digital Marketing: Instagram, pubblicità e Influencer*, in *diritto.it*, 30 giugno 2021.
- Montalcini F., *Piattaforme Digitali, Social Network e Fisco: Evoluzione o Rivoluzione?*, in *Diritto Tributario Telematico. Nuovi confini*, a cura di R. Nemni - C. Sacchetto - F. Montalcini, Giappichelli, 2021, 66-86.
- Perone G. - D'Andrea A., *Art. 2099 - Retribuzione*, in *Dell'impresa e del lavoro, Commentario del codice civile*, a cura di O. Cagnasso - A. Vallebona, *Commentario del codice civile*, 2013, Utet, 5-80.
- Perulli A. *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, in *Study for the EU Commission*, 2002, su [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20030619/study\\_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20030619/study_en.pdf).
- Perulli A., *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP CSDLE*, It. n. 410/2020, 1 ss.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP CSDLE*, It. n. 272/2015, 1 ss.
- Pinto V., *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in *WP CSDLE*, It. n. 151/2012, 1 ss.
- Razzolini O., *Jobs Act degli autonomi e lavoro esclusivamente personale. L'ambito di applicazione della legge n. 81/2017*, in *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di L. Fiorillo - A. Perulli, Giappichelli, 2018, 13 ss.
- Razzolini O., *The need to go beyond the contract: "economic" and "bureaucratic" dependence in personal work relations*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2010, 267 ss.
- Tomassetti P., *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, in *VTDL*, 2018, 3, 717 ss.
- Tullini P. *La digitalizzazione del lavoro*, in *Web & lavoro*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, 3 ss.
- Tullini P., *C'è lavoro sul web?*, in *LLI*, 2015, 1, 1, 1 ss.
- Tullini P., *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *LLI*, 2016, 2, 2, 1 ss.
- Vardaro G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 1986, 75-140.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

**Il lavoro degli *influencers*:  
percorsi di tutela**

**LAURA TORSELLO**

Università Politecnica delle Marche

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



## Il lavoro degli *influencers*: percorsi di tutela

**LAURA TORSELLO**

Università Politecnica delle Marche

Ricercatrice di Diritto del lavoro

[l.torsello@univpm.it](mailto:l.torsello@univpm.it)

---

### ABSTRACT

---

The theme dealt with in the contribution concerns a new way of working and specifically that exercised by influencers.

After defining the content of the service, the relationships that the influencer has with both brands and digital platforms are examined. In the absence of a specific discipline, many critical issues of classification and protection emerge. In conclusion, some aspect issues are examined such as the extension of minimum protections also with reference to social security profiles.

**Keywords:** influencer; digital platform; flexible work.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13982>

---

## Il lavoro degli *influencers*: percorsi di tutela

SOMMARIO: 1. Il nuovo “mestiere” degli *influencers*. - 2. Quali relazioni contrattuali. - 3. Il ruolo delle piattaforme digitali. - 4. Il rapporto contrattuale tra *brand* e *influencer*. - 5. Profili qualificatori e percorsi di tutela.

### 1. Il nuovo “mestiere” degli *influencers*

L'innovazione tecnologica, caratterizzata da un intenso sviluppo digitale, ha condotto a scenari lavorativi fino a poco tempo fa impensabili ai più<sup>(1)</sup> e ha suscitato numerosi dibattiti tra gli studiosi del diritto del lavoro, i quali si sono interrogati sulla necessità di riformare diversi aspetti della legislazione lavoristica per estendere le più importanti tutele previste per il lavoratore dipendente a nuove tipologie di lavoratori<sup>(2)</sup>.

In considerazione dell'utilizzo di massa di strumenti tecnologici di comunicazione, con l'informatizzazione “alla portata di tutti”, anche il consumatore - sempre più connesso e raggiungibile sui *social* - è oggetto di attenzione da parte delle imprese che possono proporre i loro prodotti conoscendo già quali sono i gusti e gli interessi del soggetto profilato.

Tra i diversi strumenti di *marketing* digitale<sup>(3)</sup> di cui le aziende possono disporre, emerge l'utilizzo sempre più massiccio della figura dell'*influencer* o *blogger*. Se soltanto fino a dieci anni fa, infatti, caricare video di diverso genere sulle più note piattaforme *social* appariva come un divertimento o un'attività amatoriale, oggi non si può negare che il fenomeno sia diventato un'attività lavorativa che si caratterizza, innanzitutto, per svolgersi con modalità in gran parte dematerializzate.

Volendo dare una definizione sintetica, l'attività digitale degli *influencer* si concretizza nella sponsorizzazione di prodotti ed eventi e nell'interazione con il

---

<sup>(1)</sup> Tra i diversi contributi v. di A. Donini, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bup, 2019; L. Zappalà, *Informaticizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 446/2021.

<sup>(2)</sup> P. Tullini, *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017; L. Fiorillo, *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 2018, 368, 2.

<sup>(3)</sup> Sul tema in modo approfondito v. G.L. Gregori, F. Pascucci (a cura di) *Il digital marketing come fattore competitivo. Verso un approccio integrato “strumenti” e “strategia”*, Franco Angeli, Milano, 2019.

pubblico. Analizzando il profilo dell'*influencer* emerge, poi, che si tratta spesso di personaggi pubblici con molto seguito e che vantano un alto numero di *follower*. Generalmente appartengono al settore dello spettacolo o a quello della moda, anche se è sempre più frequente che decidano di cimentarsi in tale prospettiva di lavoro persone “comuni”, spesso giovanissime, promuovendo prodotti sui *social media* come ad esempio *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *YouTube*, *TikTok* o *Twitch*, con la finalità di indurre i consumatori a scegliere alcuni marchi, piuttosto che altri ed ottenendo per loro un ritorno in termini economici e di visibilità.

L'inedita “tipologia” di lavoro ha attirato l'interesse dei giuristi sotto profili più civilistici come quelli relativi alla tutela dei consumatori e alle pratiche di concorrenza sleale e pubblicità ingannevole<sup>(4)</sup>, ma merita l'attenzione anche dei giuslavoristi soprattutto perché la nuova categoria di lavoratori rischia di non avere alcun tipo di protezione e tutela. Si pongono, infatti, una serie di questioni problematiche relativamente ai compensi o a profili di tipo previdenziale, ma anche con riferimento ai tempi di riposo e a tutele in caso di sospensione del rapporto a causa di malattia senza incorrere nelle penalizzazioni imposte dai committenti e dalle c.d. piattaforme digitali su cui svolgono la propria attività.

Va inoltre considerato che se da un lato abbiamo il rapporto contrattuale tra azienda e *influencer*, dall'altro v'è il ruolo, non secondario, delle piattaforme che gestiscono le pagine o gli spazi degli *influencer*, li mettono in contatto con i *brand* o con aziende, e possono incidere sulla visibilità ed i guadagni; pertanto occorre indagare le modalità della prestazione in entrambi i rapporti contrattuali.

Benchè l'attività degli *influencer* si presenti con caratteristiche distinte da quelle di altri lavoratori digitali come, ad esempio, la tanto investigata categoria dei *rider*, il dato comune che emerge è comunque quello di una grande debolezza contrattuale, a meno che non si tratti di personaggio di grande successo e con un importante seguito di *follower*<sup>(5)</sup>.

Sarà dunque necessario partire dalle condizioni reali di lavoro per vagliare la possibilità di estendere tipologie di tutele previste per lavoratori simili o tentare di disegnare protezioni calibrate sulla nuova figura in virtù della

---

<sup>(4)</sup> M. Zarro, *Online Unfair Commercial Practices: A European Overview, Essay*, 2021.

<sup>(5)</sup> Secondo fonti giornalistiche il numero di *follower* rappresenta uno degli indici che definisce il tipo di *influencer*: i c.d. *nano-influencer* contano fino a 1.000 seguaci, solitamente settorializzati in un determinato ambito, come gli sport estremi o i *video-games*; i *micro-influencer*, sino ai 100mila *follower*; *influencer* tra i 100mila e i 500mila *follower*; fino a raggiungere i c.d. *macro-influencer* che possono vantare anche milioni di seguaci.

particolare condizione di vulnerabilità e della situazione di dipendenza economica di tali lavoratori<sup>(6)</sup>.

Qui si intende dunque analizzare la questione problematica che sorge ogniqualvolta esista uno squilibrio contrattuale tra i lavoratori che sono connessi a piattaforme e/o ad algoritmi digitali e le aziende che si avvalgono della “collaborazione”: è ormai evidente che quello del lavoro digitale sia il terreno in cui si manifesta più che in altri settori la fuga dalle protezioni del diritto del lavoro, amplificando le disuguaglianze e ampliando il rischio di gravi ripercussioni sulla dignità della persona.

## 2. Quali relazioni contrattuali

Una regolamentazione *ad hoc* da applicare all’ambito contrattuale degli *influencer* non ha ancora visto la luce, e gli studi sui lavoratori della *gig economy* hanno ben sottolineato le difficoltà e le implicazioni che una sistematizzazione normativa dei lavoratori digitali comporta, evidenziando la necessità di una “disciplina differenziata”<sup>(7)</sup>.

La persona che svolge in modo stabile e continuativo tale attività, pertanto, deve far riferimento alle categorie tradizionali e solitamente tende a presentarsi come un imprenditore, oppure come un libero professionista, benché il più delle volte tale non sia nella realtà dei fatti, soprattutto se si considerano gli *influencer* “minori”, e cioè quelli che non raggiungono determinate soglie di reddito e non hanno un grande seguito.

Nei primi anni dello scorso decennio quello dei *social media* appariva come uno spazio senza regole, nel quale gli *influencer* sono stati utilizzati in modo irregolare, cosicché per porre argini si sono dovute applicare norme pensate per disciplinare altri ambiti, con il rischio di far leva su norme esclusivamente civilistiche, in tal modo aggirando la disciplina protezionistica propria del diritto del lavoro.

È dunque utile tracciare una prima distinzione tra le norme che attengono a profili quali il diritto d’autore o diritto all’immagine ovvero ai diritti nascenti in capo all’autore di foto, *post*, *stories*, video o articoli e che qui non verranno esaminate e quelle riguardano più strettamente il rapporto di lavoro.

---

<sup>(6)</sup> Sul tema A. Alaimo, *Il lavoro autonomo tra nuove debolezze e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, RDSS, 2, 2121, 209 ss.

<sup>(7)</sup> V. le riflessioni contenute nel paragrafo conclusivo al saggio di T. Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavoratori della Gig economy*, LD, 2017, 3/4, 395 ss.

In particolare, la difficoltà di regolamentare il lavoro degli *influencer*, come per gli altri lavoratori digitali, deriva dal fatto che si tratta di una categoria molto eterogenea<sup>(8)</sup> e il problema di individuare di quali tutele siano titolari va affrontato attraverso l'indagine dei rapporti che si instaurano in maniera trilaterale: tra l'*influencer* e l'azienda, tra l'*influencer* e la piattaforma digitale, nonché tra la piattaforma e l'azienda.

Il rapporto tra *influencer*, aziende e piattaforme digitali, spesso, si fonda su contratti atipici ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.; ragione per cui ci si trova di fronte una gamma "innominabile" di tipologie contrattuali, come ad esempio il contratto di "influencer marketing". Altre volte il rapporto viene regolato secondo lo schema utilizzato per i contratti di sponsorizzazione ed in tal caso possono essere stipulati sia direttamente tra *brand* e *influencer*, oppure attraverso l'intermediazione della piattaforma. Il rapporto, dunque, può essere inquadrato, a seconda delle concrete esigenze delle parti, come un negozio che può prendere la forma del contratto d'opera occasionale, oppure come un contratto d'opera intellettuale o come un appalto di servizi.

Per individuare la categoria contrattuale, lo spartiacque più rilevante è dato dai guadagni che contraddistinguono la prestazione d'opera occasionale: qualora il reddito non superi i 5.000,00 euro, infatti, si tende a ricadere nella prima fattispecie che permette di godere dell'esenzione dal regime IVA e dall'iscrizione alla Gestione separata INPS<sup>(9)</sup>. L'*influencer* può avvalersi del contratto di prestazione occasionale anche con più committenti, ai quali è possibile fornire prestazioni di lavoro autonomo per attività sporadiche, tuttavia, sempre nel rispetto del limite dei 5.000 euro con riferimento a tutti gli utilizzatori.

Quando il guadagno dell'*influencer* diventa l'unica, o la principale, fonte di reddito<sup>(10)</sup>, siamo in presenza di quella che può essere considerata una vera e

---

<sup>(8)</sup> Ne è riprova il fatto che non esiste ancora un codice identificativo univoco e, per ovviare al problema, in genere vengono inseriti nel codice relativo a "Conduzione di campagne di marketing e altri servizi pubblicitari" o a quello di "Ideazione di campagne pubblicitarie". In alternativa, si può optare per il codice generico "Altre attività professionali nca".

<sup>(9)</sup> Sotto il profilo previdenziale, l'*influencer*, come altri professionisti che svolgono "attività innovative", non ha una specifica cassa di riferimento, né un ordine o un albo e pertanto ha l'obbligo di iscriversi alla Gestione separata.

<sup>(10)</sup> Superata la soglia-limite di 5.000,00 euro lordi di reddito nell'anno solare, l'*influencer* non è più considerato collaboratore occasionale e ha l'obbligo di iscriversi alla gestione separata dell'INPS al fine del pagamento dei contributi previdenziali, oltreché aprire la partita Iva. La determinazione dei redditi derivanti dall'attività svolta può avvenire in via analitica ai sensi dell'art. 54 del Tuir, ovvero in via forfetaria come stabilito dall'art. 1, commi 54-89, l. n. 90/2014. Qualora i guadagni non superino la soglia di 65.0000,00 euro all'anno è possibile fruire del regime forfetario. In questo caso, la principale agevolazione consiste nel versamento

propria attività professionale, non più occasionale e, anzi, caratterizzata da abitudine. L'*influencer* "di professione" – quando addirittura non sia organizzato in modo tale da potersi configurare come imprenditore *ex art.* 2082 cod. civ. o piccolo imprenditore *ex art.* 2083 cod. civ.<sup>(11)</sup> - è considerato un lavoratore autonomo che, in quanto esercente un'arte è inquadrato nella disciplina del contratto d'opera *ex art.* 2222 cod. civ.: nel suo caso l'attività è continuativa, le visualizzazioni ai contenuti pubblicati, che - come vedremo in seguito sono una delle variabili da prendere in considerazione per determinare il compenso - incrementeranno il volume d'affari dell'impresa con cui collabora e, di conseguenza, quello dell'*influencer* stesso.

### 3. Il ruolo delle piattaforme digitali

Le piattaforme digitali sono dei sistemi informatici, ossia dei sistemi di elaborazione dati, detti anche "infrastrutture" che offrono variegate tipologie di servizi e mezzi tecnologici come i *software*, applicazioni in grado di creare e distribuire virtualmente prodotti e servizi, sia a pagamento che gratuiti.

Con riferimento al rapporto dell'*influencer* con le piattaforme digitali, vi sono casi in cui queste non si limitano a favorire l'incontro tra domanda ed offerta di prestazioni lavorative<sup>(12)</sup>.

---

di una sola imposta sostitutiva, con aliquota fissa al 5% per i primi cinque anni o al 15% per sempre, sul reddito imponibile, vale a dire sul fatturato annuo, meno una percentuale per le spese del 22%. Altri vantaggi, per chi si avvale del regime forfettario, sono: la franchigia IVA, che permette di offrire tariffe non maggiorate dell'Imposta sul Valore Aggiunto, dunque più basse e competitive rispetto ai concorrenti che si avvalgono del regime ordinario; l'esonero da studi di settore, estrometro, fatturazione elettronica, ecc.; una contabilità semplificata, con semplice conservazione e numerazione delle fatture (senza registrazione). Per accedere al regime forfettario, oltre a non superare la soglia massima di reddito di 65.000 euro, occorre essere residenti in Italia (o in un Paese che abbia stretto accordi economici con il nostro, purché si produca il 75% del fatturato su territorio italiano).

<sup>(11)</sup> Cfr. O. Razzolini, *Perché avviare una riflessione su piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale?*, *DRI*, 2013, 4, 1080 ss. in cui l'A. si interroga sulla riconducibilità del piccolo imprenditore al lavoro autonomo, esaminandone alcune possibili proiezioni applicative e suggerendo una possibile rilettura degli artt. 2222 e 2083 cod. civ., in base alla quale la nozione di lavoro autonomo ricomprenderebbe, oltre al lavoro intellettuale, il lavoro esclusivamente e prevalentemente personale, quest'ultimo associabile alla figura del piccolo imprenditore.

<sup>(12)</sup> In tal caso, la piattaforma si comporta come un operatore economico che svolge attività di mediazione di manodopera, senza assumere la qualifica di datore di lavoro. V. sul tema le riflessioni di E. Raimondi, *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, *LLI*, 2, 2019, 69; D. Garofalo, *Blockchain, smart contract e machine learning: alla prova del diritto del lavoro*, *LG*, 2019, 10, 879.

In alcuni casi, infatti, l'*influencer* percepisce una ricompensa in denaro per i contenuti caricati, come accade con la nota piattaforma *YouTube* che permette, attraverso una procedura per la richiesta di monetizzazione<sup>(13)</sup>, di inserire pubblicità ai video. In tali ipotesi il pagamento dei compensi dello *youtuber* è dunque affidato unilateralmente alla piattaforma che può imporre anche ulteriori adempimenti.

Tra le regole più note richieste dal portale vi è la richiesta di caricare contenuti con una determinata frequenza, il divieto di inserire musiche o frammenti di video coperti da *copyright*, a meno che non se ne abbia il permesso, l'impegno a non pubblicare contenuti violenti. Più visualizzazioni si hanno su un video, e maggiori sono i compensi che l'*influencer* percepirà periodicamente. La cifra corrisposta è variabile a seconda dei mesi e sconta il rischio di ritardi quando non addirittura mancati pagamenti da parte del proprietario della piattaforma<sup>(14)</sup>.

Insomma, la piattaforma ha indiscutibilmente un potere nel 'governare' l'attività dell'*influencer*, in quanto sceglie quali contenuti valorizzare, con che frequenza devono essere pubblicati, in quali mesi pagare di più e ha anche una sorta di potere "punitivo" nel bloccare i video che ritiene non idonei o che utilizzano piattaforme concorrenti o facciano a queste pubblicità.

Se dunque la piattaforma, tramite l'algoritmo, controlla la prestazione e sanziona i comportamenti non conformi a determinati *standard*, occorre chiedersi se in tale ipotesi l'attività svolta rientri ancora nella fattispecie del lavoro autonomo puro, oppure se la modalità di coordinamento non sia tale da rientrare nella fattispecie dell'etero-organizzazione di cui all'art. 2 del d.lgs. 81/2015, poi modificato dal d.l. n. 101/2019 (conv. in l. n. 128/2019)<sup>(15)</sup>, là dove la prestazione sia prevalentemente personale, continuativa ed eseguita con modalità organizzate dal committente.

---

<sup>(13)</sup> Si può scegliere di rivolgersi direttamente a *YouTube* (che quindi incassa i soldi dagli sponsor e poi gira un compenso allo *YouTuber* in base alle views dei suoi video) oppure a dei network di terze parti che fanno da intermediari fra *YouTube* e i creatori dei video.

<sup>(14)</sup> Per i *creator* il compenso sarà trattato alla stregua di *royalty* ai fini dell'imposizione fiscale negli Stati Uniti e *Google* applicherà le ritenute fiscali ove previste dalla legge.

<sup>(15)</sup> Tra gli altri Cfr., P. Tullini, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, *LDE*, 2019, 1; O. Mazzotta, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, *Labor*, 2020, 1, 7; M. Barbieri, *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, a cura di U. Carabelli, L. Fassina, CGIL Ufficio Giuridico, Roma, 2020, 3, 92; G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, *RIDL*, 2021, 1, 115.

Si tratta, quindi, di verificare se il controllo esercitato dalla piattaforma possa essere un indice sintomatico dell'esclusione del regime di autonomia: la figura dello *youtuber* presenta forti profili di criticità in tal senso in quanto, a ben guardare, nella maggior parte dei casi, il controllo non viene esercitato sulla prestazione lavorativa in sé, ma sul risultato dell'opera effettuata dal lavoratore, rendendolo così compatibile con la natura autonoma del rapporto.

Per quanto riguarda il recesso, e quindi la disconnessione dell'*influencer* dalla piattaforma, tale potere potrebbe essere considerato come licenziamento, solo qualora un giudice abbia qualificato o riqualificato il rapporto di lavoro come subordinato. In caso contrario, una simile decisione da parte di chi gestisce la piattaforma potrebbe, ai sensi dell'art. 1373 cod. civ., configurare l'ipotesi del recesso da un rapporto di durata, compatibile con la natura autonoma della collaborazione nell'impresa digitale<sup>(16)</sup>. In tal caso sorge l'obbligo del "congruo preavviso" da rendere in ipotesi di recesso così come ribadito anche dalla legge n. 81 del 2017 che, tuttavia, all'art. 3, si limita a considerare "abusiva e priva di effetto le clausole che attribuiscono al committente la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto o, nel caso di contratto avente ad oggetto una prestazione continuativa, di recedere da esso senza congruo preavviso", senza così discostarsi dalla legge sulla subfornitura<sup>(17)</sup>.

Tuttavia, pur escludendo che il controllo esercitato da parte della piattaforma digitale possa essere considerato pervasivo e voler qualificare lo *youtuber* come un lavoratore autonomo restano aperti importanti interrogativi.

Un primo rilevante problema è determinato dalla circostanza che l'algoritmo che rende più o meno visibili i video e i *post* caricati dall'*influencer* si modifica in base a determinate variabili. L'algoritmo, ad esempio, non tiene conto delle motivazioni per cui un *influencer* non carica contenuti (si pensi ad un periodo di malattia) determinando lo svantaggio di perdere visualizzazioni e *follower*, così limitando anche le future occasioni di incarichi. In un'ottica di protezione del lavoratore debole, che sia subordinato, o eteroorganizzato, o autonomo, non si possono ignorare lacune di protezione lesive della dignità e dell'autodeterminazione di chi rende un servizio.

---

<sup>(16)</sup> Lo evidenzia, E. Raimondi, *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, cit., 71.

<sup>(17)</sup> Sul punto, molto critico sulla protezione prevista dalla l. n. 81/2017 A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del lavoro*, Giappichelli, 2021, 92, che per il lavoratore autonomo economicamente dipendente ritiene dovrebbe essere corrisposta un'indennità che lo lasci indenne per l'attività svolta, le spese sostenute e il mancato guadagno, coerentemente con quanto disposto dall'art. 2227 cod. civ.

Altro profilo di criticità attiene poi ad un'opacità dei meccanismi decisionali dell'algoritmo che potrebbe dare adito a forme di discriminazione. Per ripianare l'asimmetria informativa tra lavoratore e algoritmo può soccorrere la normativa europea in materia di *privacy* e di protezione dei dati personali e segnatamente alcune norme contenute nel Regolamento generale sulla protezione dei dati - UE/2016/679 (GDPR). In particolare, ai sensi dell'art. 12 del GDPR, prima del trattamento, il titolare ha il dovere di fornire agli interessati un documento, c.d. "informativa", contenente le notizie di cui al successivo art. 13; poi l'art. 15 del GDPR dispone un "diritto di accesso" a tali dati<sup>(18)</sup>.

Ulteriore problema da porsi è quali siano le ricadute in caso di malfunzionamenti della piattaforma, le cui conseguenze negative potrebbero ricadere sul prestatore d'opera. A tal proposito, il principale ostacolo riguarda la capacità di individuare con certezza il soggetto sul quale debba ricadere la responsabilità per il danno cagionato da una «forma» di intelligenza artificiale che agisce autonomamente, sulla base di un algoritmo generato da un *software* che si adatta e muta nel corso della sua vita. È stata postulata una disciplina fondata sulla natura oggettiva della responsabilità del gestore-creatore della piattaforma, il quale ben conosce le potenzialità e i limiti del suo strumento. Nonostante il gestore non abbia il controllo delle operazioni compiute sulla piattaforma, a causa della sua natura decentralizzata, è ragionevole che l'eventuale danno subito dagli utenti a causa di un malfunzionamento (o altro evento potenzialmente dannoso) della piattaforma ricada su chi poteva evitarlo. Si tratta della ragione che innerva e sorregge la responsabilità oggettiva e che prevede una prova liberatoria assai ardua, costituita dall'aver adottato ogni misura idonea ad evitare il danno<sup>(19)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Nel commentare Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, evidenzia tale soluzione G. Gaudio, *La Cgil fa breccia nel cuore dell'algoritmo di Deliveroo: è discriminatorio*, RIDL, 2021, 2, 188.

<sup>(19)</sup> L. Buonanno, *La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain*, *Resp. civ. e prev.*, 2020, 5, 1618 ss. Da qui la nascita di un dibattito dottrinale relativo all'estensione della «soggettività» agli agenti elettronici capaci di elaborare decisioni algoritmiche autonome e, correlativamente, di compiere azioni che abbiano effetti nella realtà giuridica. Il problema maggiore si pone nel momento in cui tali forme di «intelligenza artificiale» forniscono, in quanto provviste di autonomia e capacità di apprendimento indipendente, prestazioni incontrollabili sia dagli sviluppatori che dagli utilizzatori. Sul punto, S. Fidotti, *Nuove forme contrattuali nell'era del blockchain e del machine learning. Profili di responsabilità*, in, *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pacini Editore, 2020, 335 ss.

#### 4. Il rapporto contrattuale tra *brand* e *influencer*

L'obbligazione contrattuale richiesta all'*influencer* da un'azienda che deve pubblicizzare i suoi beni, a prescindere dal numero di seguaci, consiste nella promozione di uno o più prodotti del *brand* che lo ha ingaggiato tramite *post* sui *social network*. D'altro canto, le aziende che si avvalgono degli *influencer* hanno obblighi di trasparenza<sup>(20)</sup> nel dichiarare esplicitamente le loro collaborazioni.

Riguardo al contenuto del contratto, la durata può variare in relazione alla prestazione; vengono stabilite le modalità di pagamento; l'eventuale presenza di un patto di non concorrenza; le cause che giustificano la risoluzione del contratto ed eventuali clausole vessatorie.

Circa le modalità della prestazione, potrebbero essere richiesti un determinato numero e tipo di contenuti da creare (ad esempio, *post*; immagini; minutaggio del video, *stories*). Potrebbero essere stabilite dall'azienda le piattaforme *social* su cui pubblicare i contenuti, il numero minimo di *post*, gli orari in cui pubblicare, oltre all'obbligo di rispettare il codice etico della società. Altre volte può essere richiesto all'*influencer* di inoltrare una richiesta di approvazione del materiale allo *sponsor* prima di caricare il contenuto.

Di solito, i valori di riferimento da tenere in considerazione per la determinazione del compenso sono il numero di *like* lasciati dai *follower* ai diversi contenuti caricati, la quantità di commenti, i salvataggi da parte dell'utente di *post* o *stories*, le interazioni degli e tra gli utenti o anche il tipo di marchio che si

---

<sup>(20)</sup> A tal proposito rilevano il Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005), le norme riguardanti la tutela dalla pubblicità scorretta e ingannevole (d.lgs. n. 145 del 2007), l'articolo 2598 cod. civ., in tema di concorrenza sleale, l'adesione di aziende al Codice di Autodisciplina Pubblicitaria (C.A.) creato dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (IAP). Recentemente, sempre più *brand* valutano positivamente l'adesione degli *influencer* alle linee guida dell'IAP, ritenendola una garanzia anche nei loro confronti, a prevenzione di eventuali comportamenti che, eventualmente, potrebbero essere loro addebitati quali atti di concorrenza sleale. Sempre in via autoregolativa, l'IAP ha emanato il regolamento *Digital Chart* che contiene specifiche linee guida volte a garantire la trasparenza tra operatori commerciali e *e-commerce*, per cui, ad esempio, si richiede sempre di indicare la natura promozionale dell'attività. È necessario, dunque, inserire in modo visibile nel post o nella storia pubblicata la dicitura *adv*, *advertising*, *sponsorizzato da...* ecc., quando una collaborazione con un *brand* è avvenuta in ragione di un compenso remunerativo. Anche nel caso diverso in cui il bene o il servizio pubblicizzato sia stato regalato da un *brand*, dovrà essere utilizzato l'apposito *disclaimer* per indicarne l'origine (es. *gifted*). Per meglio comprendere la questione, in presenza di pubblicità ingannevole il soggetto che si ritiene danneggiato potrà agire innanzi al Tribunale per la tutela dei diritti riconosciuti ai consumatori o per contrastare un fenomeno di concorrenza sleale, oppure rivolgersi all'Autorità Garante della Concorrenza del Mercato (AGCM), oppure ancora denunciare all'IAP la violazione del soggetto che eventualmente vi aderisce, ottenendo, in quest'ultimo caso, la rimozione immediata del messaggio pubblicitario (senza irrogazione di sanzioni).

pubblicità. Il compenso può variare anche a seconda del tipo di piattaforma che si sceglie di utilizzare, dalla frequenza della sponsorizzazione nonché sul lavoro fatto dall'*influencer* “dietro le quinte” per confezionare i contenuti da proporre sul *web*. Se un *influencer* è molto popolare può permettersi di fissare lui un prezzo per la propria collaborazione; va invece considerato che tutti coloro che si trovano in condizione di debolezza economica spesso accettano addirittura di essere compensati con la merce che gli si chiede di sponsorizzare o con *gift card*.

Sotto il profilo strettamente tributario, i compensi percepiti a seguito dell'utilizzazione delle immagini pubblicate sono da considerarsi redditi assimilabili a quelli di lavoro autonomo essendo correlati alla fama del personaggio a norma dell'art. 54, co. 1-*quater*, del TUIR (corrispettivi percepiti a seguito di cessione di elementi immateriali comunque riferiti all'attività artistica o professionale)<sup>(21)</sup>.

Nel contratto tra *influencer* e azienda può essere inserita una clausola di esclusiva che può essere pattuita sia a favore dell'azienda, che a favore dell'*influencer*. Se nel primo caso la clausola di esclusiva svolge la funzione di evitare che l'*influencer* accetti collaborazioni e, pertanto, pubblicizzi prodotti di un'azienda concorrente rispetto a quella con cui ha stipulato il contratto, nel secondo caso, invece, con la clausola in questione l'*influencer* persegue lo scopo di evitare che l'azienda proprietaria del *brand* si avvalga della collaborazione di altri soggetti per la sponsorizzazione dei medesimi prodotti.

Quando la clausola di esclusiva venga protratta oltre la cessazione del rapporto fra le parti, la stessa potrà considerarsi come un patto di non concorrenza attraverso il quale l'*influencer* si impegna a non accettare collaborazioni con altre aziende concorrenti<sup>(22)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> L'Agenzia delle Entrate è entrata nel merito dei criteri di collegamento da adottare per la tassazione dei proventi di *influencer* esteri che si trovano a realizzare attività in Italia. L'Amministrazione finanziaria, con la risposta ad interpello n. 700/E/2021 ha fornito indicazioni importanti sui criteri connessi al trattamento fiscale dei compensi percepiti da *influencer* non residenti nelle ipotesi in cui gli stessi si fossero prestati a svolgere in Italia sessioni di photo shooting con contestuale concessione dei diritti di utilizzazione delle immagini scattate. Con riferimento alla figura degli *influencer* è stato precisato che: I compensi che le *celebrities* percepiscono per l'esecuzione delle sessioni di *photo shooting* costituiscono redditi di lavoro autonomo in quanto, anche se non strettamente riconducibili alla loro attività principale, sono da considerare redditi relativi ad attività collegate al contesto artistico nel quale si esprime la loro attività principale (es. cantante, artista o *influencer*).

<sup>(22)</sup> M. Dallacasa, *Il patto di non concorrenza del lavoro autonomo tra norme del codice e Costituzione*, RIDL, 2, 2021, 211.

Certo è che al ricorrere di tutte o di gran parte delle modalità di lavoro descritte si potrebbe dubitare della genuinità dell'autonomia e, quando il controllo si presenta particolarmente intenso, la soluzione migliore per entrambe le parti potrebbe essere quella di assumere come lavoratore subordinato l'*influencer*, magari ricorrendo a tipologie contrattuali flessibili come il lavoro intermittente o il lavoro *part-time*.

## 5. Profili qualificatori e percorsi di tutele

Considerata la condizione di debolezza contrattuale<sup>(23)</sup> nonché di dipendenza economica<sup>(24)</sup> della gran parte degli *influencer* e l'assenza di una regolamentazione *ad hoc* occorre verificare quali tutele poter estendere alla categoria, senza però tralasciare di considerare le mutate esigenze produttive di un sistema che esige prestazioni di lavoro autonomo fortemente integrate con l'impresa, soprattutto nell'area degli *independent professionals* e dei *freelance*.

Le possibilità di qualificazione saranno diverse a seconda delle concrete modalità della prestazione: allorquando questa presenti i caratteri dell'autonomia non vi è alcun ostacolo a ritenere applicabile il nucleo codicistico dedicato al lavoro autonomo e le specifiche tutele del lavoro autonomo non imprenditoriale di cui alla l. n. 81 del 2017<sup>(25)</sup>, senza che vi sia la necessità di un intervento normativo che estenda anche a questi lavoratori digitali tale ambito di applicazione.

Potrebbero, invece, presentarsi ipotesi in cui il servizio dedotto presupponga una prestazione continuativa e coordinata con le esigenze dell'azienda committente ed in tal caso si potrebbe configurare un contratto di collaborazione riconducibile all'art. 2, comma, 1 d.lgs. n. 81 del 2015 (mod. dalla

---

<sup>(23)</sup> Sulla debolezza economica in cui versano i "lavoratori autonomi di nuova generazione", A. Alaimo, *Lo "Statuto dei lavoratori autonomi": dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto del lavoro. Verso un'ulteriore diversificazione delle tutele?*, NCCC, 2017, 594 ss.; diffusamente, G. Santoro Passarelli, *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino: due nozioni a confronto*, RIDL, 1, 2013, 112 ss.

<sup>(24)</sup> La dipendenza economica è relazione "potenziale" tra due imprese che entrano in un rapporto commerciale, come un'asimmetria di potere contrattuale ed è dunque una nozione relativa, dovendo essere riscontrata nella singola relazione contrattuale, non necessariamente correlata a una posizione dominante sul mercato della controparte.

<sup>(25)</sup> Le specifiche tutele del lavoro autonomo non imprenditoriale e i loro limiti sono analizzati da A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del lavoro*, cit., per il quale la l. 81/2017 ha un'impostazione "timida, generalista e poco innovativa".

l. 2 novembre 2019, n. 128, di conversione del d.l. n. 101/2019), con tutto ciò che ne consegue in ordine alla disciplina da applicare.

Resta da esaminare la riconducibilità della prestazione resa dall'*influencer* all'interno dell'art. 2094 cod. civ; a tal proposito, la dottrina che ha più investigato le fattispecie del lavoro autonomo si dimostra critica rispetto alla tendenza ad identificare il "lavoro per altri" come subordinazione<sup>(26)</sup>. La stessa dottrina, peraltro, che già da tempo auspicava "la necessità di una riforma complessiva del lavoro autonomo economicamente dipendente", così da non abbandonare molti lavoratori ad una pura e semplice regolazione commerciale<sup>(27)</sup>, segnala che la l. n. 81 del 2017, pur avendo il pregio di aver tentato di sistematizzare il tema, presenta un'impostazione "timida, generalista e poco innovativa"<sup>(28)</sup>.

La difficoltà di ricondurre le nuove figure di lavoratori digitali nelle categorie classiche del lavoro subordinato ovvero autonomo non è una novità ed anzi è protagonista del proficuo e vitale dialogo tra dottrina e giurisprudenza con riferimento alla qualificazione giuridica della categoria dei cicofattorini digitali<sup>(29)</sup>. Per quel che qui interessa, gli studi condotti hanno portato a distinguere tra *riders* continuativi e non continuativi<sup>(30)</sup>, applicando ai primi la disciplina del lavoro subordinato attraverso l'art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015, mentre agli altri, che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o di veicoli a motore ... attraverso piattaforme anche digitali, le tutele minime previste dal capo V-bis ex artt. 47-bis ss., aggiunte allo stesso d.lgs. n. 81 del 2015.

Tali ultime disposizioni, riservate quindi esclusivamente ai *riders* autonomi<sup>(31)</sup> possono offrire lo spunto per disegnare intorno alla figura degli

---

<sup>(26)</sup> A. Perulli, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, DRI, 1, 2015, 114.

<sup>(27)</sup> Si pensi, ad esempio, all'abuso di dipendenza economica, come introdotta nel nostro ordinamento dalla l. 192/98, riguardo la disciplina della subfornitura nelle attività produttive, richiamata, nei limiti della compatibilità dall'art. 3 l. 81/17.

<sup>(28)</sup> A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del lavoro*, cit., 75. V. anche O. Razzolini, *Jobs Act degli autonomi e lavoro esclusivamente personale. L'ambito di applicazione della l. n. 81/2017*, in *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di L. Fiorillo - A. Perulli Giappichelli, 2018, 13.

<sup>(29)</sup> Per tutti, M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, LLI, 2020, 2, VI.1-32.

<sup>(30)</sup> G. Santoro Passarelli, *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, DRI, 1, 2021, p. 116.

<sup>(31)</sup> Critica tale scelta legislativa M.T. Carinci, *I contratti in cui è dedotta una attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, RIDL, 1, 2020, 58, secondo la quale «la disciplina posta dal Capo V-bis dovrebbe essere estesa a tutti i lavoratori autonomi e non limitata ai soli lavoratori delle

*influencer* una tutela minima, estendendo la disciplina antidiscriminatoria e quella posta a tutela della libertà e della dignità del lavoratore subordinato, oppure introducendo una copertura assicurativa Inail obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali, o ancora affidando la definizione dei criteri di determinazione del compenso ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale<sup>(32)</sup>.

Indipendentemente dalle questioni attinenti alla qualificazione dei rapporti di lavoro<sup>(33)</sup>, dunque, la strada più proficua è rappresentata da un'estensione universalistica delle tutele<sup>(34)</sup>, prospettiva avallata da lettura costituzionalmente orientata<sup>(35)</sup>.

Uno dei terreni più fertili per favorire una protezione è quello del sistema di sicurezza sociale, nell'ottica di garantire una protezione più ampia possibile, ricollegando i diritti e le tutele direttamente alla persona che entra nel mercato del lavoro digitale<sup>(36)</sup>. Estendere le tutele tradizionali quali maternità, malattia,

---

piattaforme di delivery». Tale limitazione configgerebbe, infatti, con il principio di ragionevolezza della legge (o di indisponibilità del tipo) che impone che rapporti dotati delle stesse caratteristiche siano soggetti alla medesima disciplina.

<sup>(32)</sup> Come noto, i fattorini non possono essere retribuiti in base alle consegne effettuate, ma deve essere loro riconosciuto un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini. E solo quando non si rinvergono contratti di settori affini il giudice può determinare il compenso secondo i parametri indicati dall'art. 2225 cod. civ.

<sup>(33)</sup> Per tutti, T. Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavoratori della Gig economy*, cit., 367 e segg.

<sup>(34)</sup> Da ultimo, A. Alaimo, *Il lavoro autonomo tra nuove debolezze e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, cit., 238 secondo cui l'universalizzazione applicata al lavoro autonomo da una parte "riduce la frammentazione delle prestazioni", dall'altra "limita la tendenza all'assimilazione proprie del lavoro subordinato alle aree più deboli del lavoro autonomo"; A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del lavoro*, Giappichelli, 2021, 76, che auspica il superamento della rigida dicotomia tra autonomia e subordinazione.

<sup>(35)</sup> F. Martelloni, *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, RIDL, 3, 2020, 399; P. Tullini, *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig economy*, *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 41 ss., che parla dell'art. 35, comma 1, Cost. come norma-ponte «intesa quale porta d'accesso per l'attribuzione d'un corredo di garanzie economico-sociali e di diritti fondamentali alla persona che lavora». Anche A. Lassandari, *Oltre la "grande dicotomia"? La povertà tra subordinazione e autonomia*, LD, 2019, 96, sostiene che superare la dicotomia lavoro subordinato/lavoro autonomo, senza ricorrere a categorie intermedie, può rappresentare la strada preferibile e coerente all'impostazione della nostra Carta costituzionale, che impone al legislatore di tutelare il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni.

<sup>(36)</sup> Anche alle istituzioni europee è chiara questa esigenza a prescindere dal riconoscimento dello *status* di lavoratori subordinati. Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2017 sul «pilastro europeo dei diritti sociali» è rilanciata l'idea che per le forme di occupazioni precarie o «atipiche», in forte crescita numerica, «vada realizzato e garantito un «nucleo di diritti azionabili, indipendentemente dal tipo di contratto o rapporto di lavoro, tra cui parità di trattamento, tutela della salute e sicurezza, protezione della maternità,

vecchiaia e soprattutto la disoccupazione involontaria<sup>(37)</sup>, tuttavia, potrebbe non essere sufficiente, in considerazione della parcellizzazione delle prestazioni e dei bassi salari/redditi che di norma caratterizzano tali prestazioni di lavoro con la necessità di trovare soluzioni nuove<sup>(38)</sup>.

La previsione di una misura quale l'ISCRO (Indennità Straordinaria di Continuità Reddittuale e Operativa), previsto nella legge di Bilancio 2021<sup>(39)</sup>, sembra fare dei passi proprio verso un universalismo, sebbene differenziato, rivolto alle aree più deboli del lavoro autonomo in considerazione della circostanza che si richiede la titolarità di partita Iva da almeno quattro anni e l'iscrizione alla Gestione Separata INPS<sup>(40)</sup>.

Va segnalata anche la nascita di quello che è stato definito il primo "sindacato" nazionale per *influencer* e *content creator*: il Siicc, in collaborazione con l'associazione promotrice, l'Asnali, che fornisce servizi e assistenza a imprese e lavoratori autonomi<sup>(41)</sup>. È ancora assente, tuttavia, una normativa di carattere generale che estenda le prerogative sindacali anche ai lavoratori autonomi; pertanto, più che ad un sindacato in senso stretto, ove non si tratti di rapporti di lavoro subordinato "camuffati" da partita iva - secondo la posizione della Corte di Giustizia dell'UE<sup>(42)</sup> - si dovrebbe pensare ad un'associazione di

---

disposizioni in materia di orario e periodi di riposo, accesso alla formazione, diritti di informazione e consultazione, libertà sindacali ecc.». B. Caruso, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 146/2018, 14 ss.

<sup>(37)</sup> L'*influencer* spesso dipende da una o pochissime aziende e non ha un vero e proprio sbocco autonomo nel mercato con il rischio di non avere alcuna garanzia tra un incarico ed un altro.

<sup>(38)</sup> Una panoramica delle diverse proposte di riforma del *welfare state* pensate per i lavoratori delle fattispecie racchiuse nella *platform economy*, cfr. M. D'Onghia, *Lavori in rete e nuove precarietà: come riformare il welfare state?*, QRGL, 2017, 83 ss.

<sup>(39)</sup> L. n. 178 del 30 dicembre 2020, art. 1, commi da 386 a 401. Si tratta di una sorta di cassa integrazione in forma di *bonus* richiedibile una volta, dedicata esclusivamente agli autonomi in partita IVA con Gestione separata, pari al 25% dell'ultimo reddito dichiarato e attiva in forma sperimentale solo per il triennio 2021-2023.

<sup>(40)</sup> A. Zoppo, *L'ammortizzatore sociale per i lavoratori autonomi (Isco): un altro tentativo di "attuare" l'art. 35 Cost.?*, in <http://www.bollettinoadapt.it/>, 2021. Segnala l'inidoneità della misura a svolgere il ruolo di ammortizzatore sociale A. Alaimo, *op. ult. cit.*, 235, in considerazione del fatto che la cessazione della P.Iva determina l'immediata cessazione dell'indennità e il recupero della mensilità erogata dopo tale data.

<sup>(41)</sup> Come spiega a *Il Messaggero* ([ilmessaggero.it/economia/news/influencer\\_sindacato\\_italiano\\_news\\_ultime\\_notizie-6226736.html](http://ilmessaggero.it/economia/news/influencer_sindacato_italiano_news_ultime_notizie-6226736.html)) Edoardo Leoni, il coordinatore nazionale del sindacato: «Vogliamo rappresentare chi lavora su *Youtube*, *Instagram*, *Tik Tok* e *Twitch* e far capire che il nostro è un lavoro, che richiede preparazione, studio e impegno quotidiani, come per attori, artisti e presentatori in tv».

<sup>(42)</sup> Sul punto si rammenta la posizione della corte di Giustizia europea (CGUE, 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media c. Staat der Nederlanden*, causa C-413/13) che

categoria, con ogni conseguenza in ordine alle difficoltà di rappresentatività e rappresentanza. Negare la contrattazione collettiva ai lavoratori autonomi, non dotati di adeguato potere contrattuale nei confronti dei committenti a causa degli squilibri di mercato, rappresenta un ostacolo di non poco conto per il riequilibrio delle posizioni dei contraenti più deboli, che restano esclusi dalla tutela negoziale<sup>(43)</sup> e oltretutto sono spesso ignari dei loro diritti di lavoratori.

Tale aspetto e le importanti problematiche che porta con sé si ricollega all'attuale dibattito sul "salario minimo"<sup>(44)</sup>, misura su cui la contrattazione collettiva ha un ruolo fondamentale. In particolare, ci si interroga se il salario minimo possa rappresentare una valida strada per garantire la sostenibilità sociale per le nuove forme di organizzazione del lavoro, tra cui possiamo includere anche la categoria in commento, ma ci si scontra con una serie di ostacoli che derivano dal contrasto con il diritto europeo della concorrenza.

Al riguardo, la proposta di direttiva europea relativa a salari minimi adeguati del 28 ottobre 2020 individua nel suo campo di applicazione soggettivo (art. 2) i "lavoratori dell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea per determinare lo *status* di lavoratore». Si indicano poi al "considerando 17" una serie di lavoratori non *standard* come «i lavoratori domestici, i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a voucher, i falsi lavoratori autonomi, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i

---

ha ammesso la legittimità di un contratto collettivo per professori d'orchestra lavoratori autonomi solo in quanto li considerò "falsi autonomi", risolvendosi altrimenti il contratto collettivo in un accordo limitativo della concorrenza tra operatori economici nel settore non subordinato. Per un'analisi di sistema del rapporto tra lavoro autonomo, legge e contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano, cfr. P. Tomassetti, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, VTDL, 3, 2018, 717 ss.; C. Lazzari, *Contrattazione collettiva e lavoro autonomo dopo il d.lgs. n. 81/2015*, VTDL, 2, 2016, 325.

<sup>(43)</sup> V. le riflessioni di A. Perulli, *Oltre la subordinazione*, 104 ss. V. altresì O. Razzolini, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, LDE, 2021, 10, nt. 38, che segnala un possibile cambio di passo considerata la decisione in cui il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS, *Irish Congress of Trade Unions v. Ireland*, Complaint No.123/2016, 12 dicembre 2018, § 111) afferma che "il diritto alla contrattazione collettiva spetta anche ai lavoratori autonomi genuini".

<sup>(44)</sup> M. Barbieri, *La proposta di direttiva sul salario minimo legale: opportunità e limiti*, DRI, 2021, 2, 387 ss.; A. Bellavista, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati. L'Europa sociale ad una svolta*, DRI, 2021, 2, 411 ss.; O. Razzolini, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, LDE, 2021, pdf.

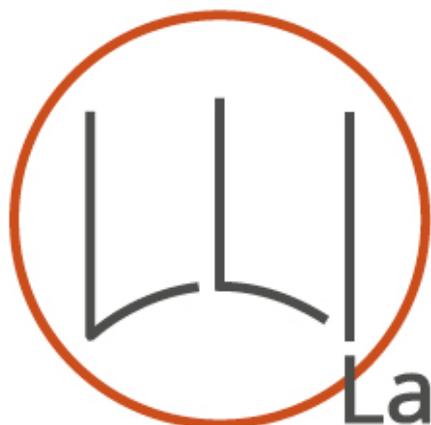
tirocinanti e gli apprendisti» che «potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva a condizione che soddisfino tali criteri», aggiungendo, tuttavia, che «i lavoratori effettivamente autonomi non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva, in quanto non soddisfano tali criteri». La dicotomia europea tra imprenditore e lavoro dipendente genera, dunque, criticità di non poco conto, in quanto l'esclusione dei lavoratori autonomi in condizione di debolezza economica dalla possibilità di percepire un salario adeguato rappresenterebbe un paradosso, stridendo fortemente con gli obiettivi dell'Unione Europea di garantire a tutti i lavoratori condizioni di lavoro eque e un'adeguata protezione sociale.

## Bibliografia

- Alaimo A., *Il lavoro autonomo tra nuove debolezze e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, in *RDS*, 2121, 2, 209-242.
- Alaimo A., *Lo "Statuto dei lavoratori autonomi": dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto del lavoro. Verso un'ulteriore diversificazione delle tutele?*, in *NCCC*, 2017, 594 ss.
- Barbieri M., *La proposta di direttiva sul salario minimo legale: opportunità e limiti*, in *DRI*, 2021, 2, 387-409.
- Barbieri M., *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, a cura di U. Carabelli, L. Fassina, CGIL Ufficio Giuridico, Roma, 2020, 3, 92 ss.
- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, 2020, 2, VI.1-32.
- Bellavista A., *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati. L'Europa sociale ad una svolta*, in *DRI*, 2021, 2, 411-431.
- Buonanno L., *La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 5, 1618 ss.
- Carinci M.T., *I contratti in cui è dedotta una attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, in *RIDL*, 2020, 1, 58 ss.
- Caruso B., *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 146/2018*.
- Dallacasa M., *Il patto di non concorrenza del lavoro autonomo tra norme del codice e Costituzione*, in *RIDL*, 2021, 2, 211 ss.
- Donini A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bup, 2019.
- D'Onghia M., *Lavori in rete e nuove precarietà: come riformare il welfare state?*, in *QRGL*, 2017, 83 ss.
- Fiorillo L., *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 2018*, 368, 1-21.
- Garofalo D., *Blockchain, smart contract e machine learning: alla prova del diritto del lavoro*, in *LG*, 2019, 10, 869-880.
- Gaudio G., *La Cgil fa breccia nel cuore dell'algoritmo di Deliveroo: è discriminatorio*, *RIDL*, 2021, 2, 188-199.
- Gregori G.L., Pascucci F. (a cura di) *Il digital marketing come fattore competitivo. Verso un approccio integrato "strumenti" e "strategia"*, Franco Angeli, Milano, 2019.

- Fidotti S., *Nuove forme contrattuali nell'era del blockchain e del machine learning. Profili di responsabilità*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pacini Editore, 2020, 335 ss.
- Lassandari A., *Oltre la "grande dicotomia"? La povertà tra subordinazione e autonomia*, in *LD*, 2019, 96 ss.
- Lazzari C., *Contrattazione collettiva e lavoro autonomo dopo il d.lgs. n. 81/2015*; in *VTDL*, 2016, 2, 325.
- Martelloni F., *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, in *RIDL*, 2020, 3, 399-428.
- Perulli A., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del lavoro*, Giappichelli, 2021.
- Perulli A., *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in *DRI*, 2015, 1, 114.
- Raimondi E., *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, in *LLI*, 5, 2019, 1-38.
- Razzolini O., *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, in *LDE*, 2021, pdf.
- Razzolini O., *Jobs Act degli autonomi e lavoro esclusivamente personale. L'ambito di applicazione della l. n. 81/2017*, in *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di L. Fiorillo - A. Perulli, Giappichelli, 2018.
- Razzolini O., *Perché avviare una riflessione su piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, in *DRI*, 2013, 4, 1080-1100.
- Santoro Passarelli G., *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, in *DRI*, 2021, 1, 111-121.
- Santoro Passarelli G., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino: due nozioni a confronto*, in *RIDL*, 2013, 1, 103-116.
- Tullini P., *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, in *LDE*, 2019, 1.
- Tullini P., *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017.
- Tomassetti P., *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, *VTDL*, 3, 2018, 717 ss.;
- Treu T., *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavoratori della Gig economy*, in *LD*, 2017, 3/4, 367-405.
- Zappalà L., *Informartizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 446*, 2021, 1-32.
- Zarro M., *Online Unfair Commercial Practices: A European Overview, Essay*, 2021.

Zoppo A., *L'ammortizzatore sociale per i lavoratori autonomi (Isco): un altro tentativo di "attuare" l'art. 35 Cost.?*, in <http://www.bollettinoadapt.it/2021>.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

***Smart working: una ricerca nel settore ICT.***  
**Introduzione**

**ROBERTA TURI**  
Fiom-Cgil Milano

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



## *Smart working*: una ricerca nel settore ICT. Introduzione

**ROBERTA TURI**

Fiom-Cgil Milano  
Segretaria generale  
r.turi@fiom.cgil.it

---

### ABSTRACT

---

The author presents the research that took place in a sector where the remote working was used and experimented since the early 2000s; explains the sample methodology and the typology of workers who made the research possible. The author also questions the extent of the challenge facing the trade unions in the near future.

**Keywords:** collective bargaining; smart working; Covid-19; Information & Communication Technology; workers union.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14044>

---

## ***Smart working: una ricerca nel settore ICT.***

### **Introduzione**

SOMMARIO: 1. Il contesto. – 2. La contrattazione del lavoro da remoto prima della pandemia. – 3. La ricerca/inchiesta: metodologia e campione. – 4. Considerazioni finali. - 5. La nostra sfida.

#### **1. Il contesto**

Il 2020 è stato un anno che passerà alla storia non solo come l'anno del Covid-19, ma anche come l'anno nel quale abbiamo assistito alla più grande sperimentazione di massa sul lavoro a distanza.

A partire da febbraio 2020, a seguito del diffondersi dell'epidemia Covid-19, sono stati emanati dal governo italiano una serie di provvedimenti per semplificare l'accesso al c.d. *smart working* e diffonderne al massimo l'utilizzo in tutti i settori, inclusa l'industria, per tentare di ridurre il rischio di contagio senza interrompere l'attività produttiva. Come sindacato, da quel momento, ci siamo trovati a dover affrontare problematiche completamente nuove, anche per poter raggiungere e continuare a rappresentare quelle lavoratrici e quei lavoratori che, da un giorno all'altro, avevano dovuto riorganizzare le loro vite per poter svolgere l'attività lavorativa da casa.

#### **2. La contrattazione del lavoro da remoto prima della pandemia**

Il lavoro agile o *smart working* era stato oggetto di contrattazione aziendale già prima dell'emanazione della legge n. 81/2017, ma all'inizio del 2020 esistevano ancora pochi accordi che ne regolamentavano l'utilizzo. C'erano però numerosi accordi collettivi che normavano il telelavoro o forme di lavoro da remoto simili. In alcuni casi, pur non essendoci accordi collettivi, le *policy* aziendali prevedevano, comunque, la possibilità di effettuare alcune giornate lavorative da remoto accordandosi con i propri responsabili (è interessante notare che il 62,15% del campione intervistato ha dichiarato che nella sua azienda già prima del lockdown veniva utilizzato lo *smart working*).

Con lo scoppio della pandemia le aziende metalmeccaniche si erano comportate, all'inizio della situazione emergenziale, in maniera differenziata: solo una parte di loro, ad esempio, aveva previsto di erogare, al posto della mensa, il *ticket restaurant*, mentre altre non ne volevano sentire parlare; alcune avevano immediatamente accordato al sindacato la possibilità di realizzare le assemblee utilizzando lo strumento di videoconferenza previsto per la comunicazione all'interno dell'azienda – permettendoci di esercitare anche in forma virtuale i diritti sindacali previsti dal titolo III dello Statuto dei lavoratori – altre no.

Insomma, erano garantiti sui luoghi di lavoro trattamenti molto disomogenei e a macchia di leopardo che interessavano quelle lavoratrici e quei lavoratori che stavano vivendo la medesima condizione lavorativa. Era dunque urgente e non più rinviabile agire con la contrattazione, e abbiamo iniziato subito a realizzare accordi che normassero, a livello aziendale, l'organizzazione del lavoro che si andava delineando.

Nel contempo, abbiamo deciso di affiancare all'azione contrattuale la realizzazione di un'indagine/ricerca accurata sulla condizione delle persone che, per la prima volta nella loro vita, erano costrette a lavorare continuativamente da remoto.

### **3. La ricerca/inchiesta: metodologia e campione.**

Nacque così l'idea di realizzare un'inchiesta che assumesse il punto di vista delle lavoratrici e dei lavoratori sul lavoro agile, che abbiamo affidato alla Fondazione Claudio Sabattini, con la consulenza scientifica della cattedra di diritto del lavoro della facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano Statale e in particolare delle Professoressa Maria Teresa Carinci e Alessandra Ingraio.

Abbiamo deciso di focalizzarci sulla platea degli addetti appartenenti ad un settore specifico, l'*Information & Communication Technology*, che è per sua natura predisposto al lavoro a distanza: i lavoratori di questo settore svolgono spesso la loro attività presso i clienti e in molti casi non hanno una postazione fissa in azienda, poiché la mansione può essere agilmente svolta da remoto con il supporto di dispositivi informatici portatili. Per questo motivo, nel comparto, si era sviluppata la contrattazione più avanzata sul lavoro da remoto già all'inizio degli anni 2000; a Milano, inoltre, si concentrano la maggior parte delle aziende *ICT* e molte di esse applicano il contratto metalmeccanico.

In un primo momento, al fine di progettare il questionario, ci siamo avvalsi della preziosa collaborazione delle delegate e dei delegati sindacali della FIOM-CGIL, che attraverso interviste qualitative ci hanno fatto comprendere quali problematiche si erano sviluppate già prima della pandemia, a causa dell'organizzazione del lavoro agile, e quali altre erano state ingigantite dal *lockdown*.

Attraverso momenti di pensiero collettivo e continuo confronto abbiamo quindi realizzato un questionario avente l'obiettivo di indagare in profondità la condizione di lavoro in *smart working*: ci interessava capire se le persone erano state dotate di tutti gli strumenti necessari per poter lavorare, come fosse l'ambiente di lavoro, quali fossero gli orari, il livello di autonomia, i carichi della prestazione lavorativa, l'impatto sulla salute, la formazione e tanto altro.

Una volta condiviso il modulo con le domande abbiamo presentato il progetto in più di 20 aziende convocando assemblee sindacali specifiche: le riunioni si sono svolte in videoconferenza e hanno visto la partecipazione di molti lavoratori e lavoratrici. Per noi era fondamentale avere la condivisione dei motivi che ci spingevano a condurre quell'indagine affinché si raggiungesse l'ambizioso obiettivo di raccogliere in poche settimane almeno 1.500 questionari.

L'obiettivo, con nostro stupore, è stato nettamente superato: siamo infatti riusciti a raccogliere, dalla metà di dicembre 2020 alla prima settimana di marzo 2021, ben 3.152 questionari, che sono stati interamente completati da 1.068 donne e 2.084 uomini di età compresa tra i 20 e i 64 anni <sup>(1)</sup>, con livello di inquadramento che va dal 3° all' 8° del CCNL metalmeccanico. In particolare, si è assistito ad una significativa rappresentazione di livelli elevati: 814 rispondenti hanno dichiarato di essere inquadrati nell'8ª categoria del Ccnl "Industria metalmeccanica e della installazione di impianti"(25,82%), 938 (29,76%) nella 7ª categoria : sommando queste due categorie il 55,58% dei rispondenti risulta essere inquadrato come quadro o categoria immediatamente precedente. A questi si aggiungono 767 (24,33%) rispondenti inquadrati nella 6ª categoria. In sostanza solo il 20% dei rispondenti è inquadrato dalla 5ª categoria

---

<sup>(1)</sup> La fascia di età maggiormente rappresentata è quella di 45-49 anni (con il 18,50%), seguita da quella di 55-59 anni (16,05%) e 50-54 anni (16,02%). I rispondenti con età inferiore ai 30 anni (15-29 anni) sono stati complessivamente pari a 394 (12,5%). Quanto alla scolarizzazione, Oltre il 50% dei rispondenti ha dichiarato elevati titoli di studio: laurea (26,05%), laurea vecchio ordinamento (26,11%) e master/dottorato (5,39%). Il 40,58% ha dichiarato di essere in possesso di diploma di scuola superiore; soltanto in 38 (1,21%) di essere in possesso di attestato di qualifica professionale, in 20 (0,63%) della licenza media inferiore e 1 di licenza elementare.

in giù <sup>(2)</sup>.

La maggior parte si riconosce nella mansione di developer (sviluppatore software, pari al 18,12%), altri sono ICT Consultant (i cosiddetti “consulenti” pari al 16,24%), poi ci sono i project manager (“responsabili di progetto” pari al 14,82%), i technical specialist (“specialista tecnico”, pari al 14,21%), i business analyst (pari al 12,85%). Il resto appartiene a quella miriade di mansioni oggi presenti in questo settore.

La tipologia contrattuale prevalente è quella del contratto a tempo indeterminato (2.984, pari al 94,76%); molto pochi risultano essere i contratti di apprendistato (148, pari 4,7%) e meno ancora i contratti a tempo determinato (19, pari allo 0,6%). Anche nel caso del regime lavorativo si registra la netta predominanza di una tipologia: quella a *full time* con 2.984 rispondenti, pari al 94,67%. Infine, dal punto di vista del livello di sindacalizzazione l’83,03% dei rispondenti non risulta essere iscritto a nessun sindacato.

C’è stata una risposta eccezionale in termini di partecipazione, nonostante il questionario, somministrato attraverso un applicativo informatico, contenesse un elevato numero di domande, quasi 100, e il tempo necessario alla compilazione del modulo fosse, in media, superiore ai 20 minuti; sicuramente l’aver scelto di coinvolgere i delegati sindacali nel percorso ed esserci presentati in maniera autorevole nelle assemblee con i lavoratori, spiegando chiaramente i motivi dell’inchiesta, ci ha aiutati ad ottenere questo risultato.

---

<sup>(2)</sup> Il sistema di classificazione del personale, di cui al Titolo II del Ccnl “Industria metalmeccanica e della installazione di impianti” stabilisce che appartengono: alla 6<sup>a</sup> categoria «i lavoratori sia tecnici che amministrativi che, con specifica collaborazione, svolgono funzioni direttive o che richiedono particolare preparazione e capacità professionale, con discrezionalità di poteri e con facoltà di decisione ed autonomia di iniziativa nei limiti delle sole direttive generali impartite»; alla 7<sup>a</sup> categoria «I lavoratori che oltre alle caratteristiche indicate nella declaratoria della 6<sup>a</sup> categoria ed a possedere notevole esperienza acquisita a seguito di prolungato esercizio delle funzioni, siano preposti ad attività di coordinamento di servizi, uffici, enti produttivi, fondamentali dell’azienda o che svolgono attività di alta specializzazione ed importanza ai fini dello sviluppo e della realizzazione di obiettivi aziendali»; alla 8<sup>a</sup> categoria «i lavoratori che svolgono con carattere di continuità, con un grado elevato di capacità gestionale, organizzativa, professionale, funzioni organizzativamente articolate di rilevante importanza e responsabilità, ai fini dello sviluppo e dell’attuazione degli obiettivi dell’impresa, per attività di alta specializzazione, di coordinamento e gestione, e/o ricerca e progettazione, in settori fondamentali dell’impresa, fornendo contributi qualificati per la definizione degli obiettivi dell’impresa: a questi lavoratori è attribuita la qualifica di “quadro” di cui alla legge 13 maggio 1985, n. 190».

#### 4. Considerazioni finali

L'inchiesta ha messo bene in luce i vantaggi e gli svantaggi del lavoro da remoto e dimostra che c'è un grande bisogno di tutela, espresso dalle problematiche evidenziate da chi ha compilato il questionario: orario di lavoro senza limiti, sottovalutazione della formazione sulla salute e sicurezza, carichi di lavoro eccessivi e non contrattati, e tanto altro. A tutto questo è necessario dare una risposta con la contrattazione collettiva e con nuove norme sul lavoro.

Intendiamoci, molte di queste problematiche erano presenti anche prima dell'ulteriore salto compiuto dal lavoro da remoto nel periodo pandemico: nell'*ICT* l'orario medio di lavoro era già, di norma, ben oltre quello stabilito dal CCNL e i carichi di lavoro nella maggior parte dei casi, pur trattandosi di lavoratori appartenenti a livelli elevati, erano generalmente stabiliti dall'alto e non co-determinati. Le lavoratrici e i lavoratori di questo settore sono spesso sottoposti ad una forte pressione: la maggior parte di loro appartiene a categorie che svolgono funzioni direttive (dal sesto livello in su) e subisce un processo di “responsabilizzazione” all'ennesima potenza. Vengono cioè trattati come veri “consulenti”, quasi fossero dei liberi professionisti su cui si scarica quasi totalmente il rischio d'impresa.

E' anche per questo motivo, per questa cultura imposta totalmente dall'alto, che nella maggior parte dei casi non si riconoscono nel contratto metalmeccanico, oserei dire che non si riconoscono tout court nei classici contratti di lavoro legati ad un orario, perché loro stessi sostengono di “lavorare ad obiettivi”. Salvo poi lamentarsi di continuo perché quegli obiettivi si rivelano spesso irraggiungibili nei tempi dati, e producono ovviamente un super lavoro, con il conseguente impatto sulla loro salute (stress, burn out, problemi all'apparato muscolo scheletrico), dovuti anche al mancato rispetto delle norme sulla salute e sicurezza, che spesso dichiarano di non conoscere. Ed è paradossale notare che, pur avendo addirittura peggiorato la loro condizione, relativamente all'orario di lavoro, nella condizione di *smart working* continuativo, oggi molti di loro sarebbero disponibili a fare carte false pur di continuare a lavorare da casa, senza rientrare in ufficio. E non è solo un problema di distanza dal luogo di lavoro: in questo modo dichiarano di subire una minore pressione e, pur lavorando di più, preferiscono non venire in contatto diretto con i loro responsabili e i loro clienti, preferiscono non mostrarsi, non farsi neppure vedere in video quando sono in videoconferenza. Diventare più anonimi possibile, in alcuni casi: questo, a loro dire, farebbe diventare più sopportabile la loro condizione lavorativa.

Non è un caso, quindi, che in questo momento si stia parlando molto del fenomeno della “*Great Resignation*”, ovvero di un aumento delle dimissioni, negli Stati Uniti e anche in Italia, prodotto anche dell'avversione a ritornare ad un lavoro completamente in presenza.

Da quando abbiamo realizzato la ricerca ad oggi sono stati sottoscritti dalla Fiom-Cgil numerosi accordi collettivi aziendali sullo *smart working* e nel frattempo la condizione di lavoro della platea che abbiamo coinvolto si sta ulteriormente trasformando: gli accordi sottoscritti prevedono un modello ibrido, fatto di un *mix* di lavoro in presenza e lavoro in ufficio. L'organizzazione del lavoro, come pensavamo fin dall'inizio, non tornerà come era prima del Covid-19, si è modificata strutturalmente.

Oggi chi è tornato a popolare gli uffici in maniera più assidua, grazie alla mutata situazione pandemica, sono prevalentemente quattro tipologie di lavoratori: quelli che vivono in case poco adatte a lavorare da remoto (case di dimensioni modeste o con problemi di connessione alla rete), quelli con figli piccoli e/o poco gestibili, quelli obbligati dai manager o dai clienti che richiedono la presenza dei propri collaboratori. Infine ci sono i lavoratori che vogliono fare carriera e sono in cerca di visibilità, i dirigenti, i livelli apicali in cerca di riconoscimento. Hanno tutto l'interesse a mostrarsi, sia fisicamente che sui social media, utilizzati per amplificare ulteriormente la loro immagine, che vuole essere di successo. Queste quattro categorie sono composte, primariamente, da uomini.

Le lavoratrici sono quindi, al momento, le principali beneficiarie dello *smart working* e, soprattutto se madri, tendono a valutare positivamente il lavoro da casa che permette loro di conciliare più agevolmente i tempi di vita con quelli del lavoro.

Allo stesso tempo, però, il lavoro a distanza può contribuire a cristallizzare una divisione tradizionale dei ruoli all'interno delle famiglie, con effetti controversi, tanto in termini di benessere, quanto di produttività e quindi di prospettive di sviluppo professionale delle donne. A conferma di ciò, abbiamo verificato che durante il *lockdown*, le responsabilità domestiche e di cura delle donne sono aumentate e ciò ha riguardato soprattutto quelle che hanno continuato a lavorare da remoto.

C'è un grande dibattito rispetto al fatto che questa modalità di organizzazione del lavoro possa rappresentare, per le donne che lavorano, un'opportunità. Personalmente ritengo che la propensione delle lavoratrici madri verso lo *smart working* sveli, purtroppo, solo la rassegnazione alla cultura dominante dove la parità di genere non ha alcuna cittadinanza. Lavorare da casa

rischia di rivelarsi l'ennesima trappola per le donne: per continuare, meglio e più di prima, a farle assolvere il ruolo storico di *care giver* per figli, genitori, suoceri.

## 5. La nostra sfida

Ora la nostra sfida, come sindacato, è quella di rappresentare lavoratrici e lavoratori che, sempre meno, riusciremo a vedere di persona nelle assemblee, e che, a loro volta, non condivideranno più, come un tempo, lo spazio di lavoro con i loro colleghi. Oggi i delegati sindacali sono in difficoltà: la remotizzazione del lavoro rende più complessa l'instaurazione e il mantenimento delle relazioni interpersonali, obbligando i rappresentanti sindacali a ripensare le modalità di sindacalizzazione, che già prima della pandemia, in un settore con queste caratteristiche, non era semplice. Come è evidente queste persone lavorano in contesti molto competitivi, portati all'individualismo, in genere poco solidali, e sono impregnati della cultura aziendale, che mal sopporta l'interlocuzione con il sindacato. Sono lavoratrici e lavoratori che spesso non capiscono neppure il senso dell'azione collettiva, abituati a contrattare individualmente la loro condizione. Si avvicinano al sindacato, di norma, quando ne hanno bisogno per stringenti esigenze individuali cui non riescono a dare risposta con la contrattazione individuale, o nel momento in cui non hanno più molto da perdere, ovvero in caso di licenziamento individuale o collettivo.

Prima del Covid-19 e dell'odierno cambiamento organizzativo molti contatti con i colleghi avvenivano in ambienti informali come, ad esempio, davanti alla macchinetta del caffè o in mensa: oggi possono avvenire quasi esclusivamente per telefono o in videoconferenza. Non è la stessa cosa.

L'ufficio come lo conoscevamo non ci sarà più e continueranno a moltiplicarsi luoghi di nuova concezione nei quali svolgere la propria attività lavorativa: *co-working*, uffici condivisi o soluzioni completamente diverse.

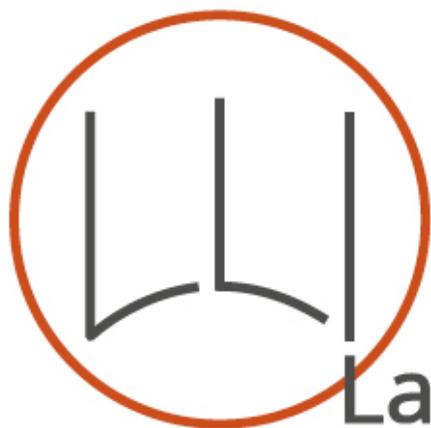
È una trasformazione epocale, nel bene e nel male.

La maggior parte delle lavoratrici e dei lavoratori oggi apprezza la possibilità di lavorare da remoto: noi però riteniamo che, alla lunga, questa nuova condizione potrebbe avere delle ricadute anche sulla possibilità di organizzarsi attraverso il sindacato, con effetti peggiorativi sulla qualità della vita delle persone che lavorano. Vengono infatti a ridursi gli aspetti collettivi dell'esperienza lavorativa, come l'interazione diretta con colleghi e superiori, fatta anche di comunicazione non verbale, di motivazione, lavoro di gruppo. Viene a ridursi ulteriormente la solidarietà tra colleghi e il rischio è che si

amplifichi la marginalizzazione delle fasce più deboli del mondo del lavoro: le donne, i lavoratori con disabilità o comunque fragili, i precari.

È assolutamente urgente, per tutto il sindacato, trovare modalità innovative di coinvolgimento delle lavoratrici e dei lavoratori in *smart working* che saranno, inevitabilmente, più isolati e, quindi, più impotenti di fronte all'azienda.

Inchieste come quella che abbiamo condotto possono sicuramente aiutarci ad affrontare un cambiamento che dovrà riguardare anche il modo di fare sindacato: tornare indietro non è possibile, dobbiamo andare avanti ed innovare anche le nostre pratiche, ricercando nuove forme di esercizio della rappresentanza collettiva e del conflitto.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

**Il lavoro agile:  
criticità emergenti e proposte per una riforma**

**MARIA TERESA CARINCI**

Università degli Studi di Milano

**ALESSANDRA INGRAO**

Università degli Studi di Milano

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695





## Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma

**MARIA TERESA CARINCI**

Università di Milano  
Ordinaria di Diritto del Lavoro  
mariateresa.carinci@unimi.it

**ALESSANDRA INGRAO**

Università di Milano  
Ricercatrice di Diritto del Lavoro  
alessandra.ingrao@unimi.it

---

### ABSTRACT

---

The Authors present the Research they have scientifically edited on the conditions of agile and remote workers in Information & Communication Technology sector.

The essay illustrates the data of the Research and, starting from them, analyses the main legal criticalities of Law n. 81/2017 and of the recent "National Protocol on Agile Work" signed by social partners and promoted by the Ministry of Labour, in order to propose some interventions to reform the law.

**Keywords:** smart working; agile working; remote working; flat organisation; targets; working time; health and safety; remote controls; analytics.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14102>

---

## Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine. 2. Lo "smart working" funzionale alla cd. "flat organisation" è un lavoro orientato al risultato. 3. Il lavoro agile nella l. 81/2017: pluralità di modelli, scarsa regolamentazione ed ampi rinvii al contratto individuale di lavoro. La novità del Protocollo sul lavoro agile del 7 dicembre 2021. 4. Modelli astratti ed esperienze concrete: osservazioni critiche a margine dei risultati della Ricerca. 5. Il tempo "perduto". La disciplina del tempo di lavoro e di riposo nella l. 81/2017: l'operatività dei soli limiti di durata massima della giornata (e della settimana) lavorativa. 5.1. Il "lavoro agile a tempo": il limite di durata normale della giornata lavorativa e settimanale è fissato dal contratto collettivo. 5.1.1. Tempo di connessione e diritto di disconnessione: una proposta per rendere effettivo il diritto al riposo. La questione del lavoro straordinario e del suo compenso. 5.1.2. Il lavoro agile "senza tempo", ma organizzato per fasi, cicli e obiettivi. 5.1.3. Il "tempo ritrovato": proposte per una riforma. 6. Ambiente di lavoro e protezione della salute e della sicurezza fisica e psichica dei lavoratori agili: i risultati della Ricerca. 6.1. Quando la prestazione si svolge in luoghi esterni all'azienda è compito del datore di lavoro individuare «luoghi idonei». 6.2. Applicazione del TU 81/2008 e tutela prevenzionistica della personalità morale del lavoratore. 7. Il potere di controllo nel "lavoro agile per obiettivi" e nel "lavoro agile a tempo". I dati della Ricerca. 7.1. Controllo a distanza, protezione dei dati personali e ruolo del patto di lavoro agile. 7.2. L'uso dell'intelligenza artificiale nel lavoro agile. 8. Osservazioni conclusive.

### 1. Oggetto dell'indagine

È sotto gli occhi di tutti come la pandemia abbia costituito anche in Italia un fenomenale *boost* per la diffusione del lavoro a distanza. Se infatti nel nostro Paese per un lungo periodo è stato esiguo il numero dei lavoratori occupati da remoto <sup>(1)</sup>

---

\*Benchè il lavoro sia frutto di riflessioni comuni e di soluzioni condivise, i §§ da 1 a 5.1.1, sono da attribuire a Maria Teresa Carinci e i §§ da 5.1.2 a 8 ad Alessandra Ingrao.

(1) Il Joint ILO-Eurofound Report, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, J. Messenger - O. Vargas Llave (a cura di), Publication office of the European Union, 2017, 15, stimava che nel 2015 in Italia l'incidenza del lavoro da remoto fosse il più basso fra tutti i Paesi dell'UE. In seguito, tali stime sono state confermate da Eurofound nel contributo di O. Vargas Llave - K. Predetova, *Working conditions and sustainable work. Workers want to telework but long working hours, isolation and inadequate equipment must be tackled*, 6 aprile 2021, reperibile su <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2021/workers-want-to-telework-but-long-working-hours-isolation-and-inadequate-equipment-must-be-tackled> ed altresì da European Agency for safety and Health at Work, *Teleworking during the COVID-19 pandemic; risk and prevention* A. Broughton - M. Battaglini (a cura di), Publications Office of the European Union, 2021, 7 ss. secondo il quale nel nostro Paese nel 2019 solo 1,9% delle imprese utilizzava forme di lavoro a distanza.

ed assai lenta la crescita di tale forma di impiego <sup>(2)</sup> (nel 2019 una indagine del Politecnico di Milano stimava che ammontassero a 570.000 gli impiegati tramite telelavoro o lavoro agile <sup>(3)</sup>), a seguito della pandemia quel numero è bruscamente raddoppiato <sup>(4)</sup><sup>(5)</sup>.

I dati dimostrano dunque che, complici le nuove tecnologie che rendono possibile connettere lavoratore ed organizzazione produttiva a prescindere dalla rispettiva ubicazione fisica, il lavoro a distanza si candida a divenire un *new normal* fra le figure contrattuali utilizzate dalle imprese. Né ciò deve stupire se si considera che lavorare da remoto può produrre risultati *win-win* per tutti gli attori in gioco: per i lavoratori che non dovendo sobbarcarsi lo spostamento casa/lavoro possono meglio conciliare esigenze di vita e di impiego; per le imprese che non dovendo allestire grandi spazi produttivi possono risparmiare sui relativi costi ed altresì beneficiare di una maggiore produttività di lavoratori più soddisfatti; per la società nel suo insieme che può risparmiare risorse energetiche nei trasporti e godere di positivi effetti sul piano dell'inquinamento e della riqualificazione delle periferie urbane ed il recupero di piccoli paesi ecc. La sfida evidentemente è che le regole che lo governano possano effettivamente incanalare il lavoro da remoto verso un risultato positivo per tutti.

Per verificare allora se l'attuale disciplina del lavoro agile posta dalla l. 81/2017 (che rappresenta la forma più recente ed evoluta di lavoro a distanza) sia idonea a realizzare quell'effetto *win-win* e ciò in particolare nella prospettiva dei lavoratori, nel corso del 2020 è stata condotta la Ricerca che presentiamo (v. *infra* § 3). Pur essendo riferita ad uno specifico settore – quello ICT relativo alle imprese ubicate

---

<sup>(2)</sup> V. M. Samek Lodovici et al., *The impact of teleworking and digital work on workers and society*, European Parliament, Publication for the Committee on Employment and Social Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, 2021, 20 ss. che mostra come in Italia la crescita del lavoro da remoto sia stata fra le più lente in Europa.

<sup>(3)</sup> L'Osservatorio sullo smart working della School of Management del Politecnico di Milano, ha stimato che nel 2019 – prima della pandemia – i lavoratori a distanza erano 570 mila.

<sup>(4)</sup> Cfr. Eurofound, *Working conditions and sustainable work*, cit., 2021, 2. Si v. anche Assolombarda, *Lo smart working in numeri*, Rapporto a cura del Centro Studi, 2021, 4, 18 secondo il quale, nell'area lombarda, in una situazione di “nuova normalità” post-Covid le imprese associate che dichiarano di voler utilizzare lo strumento è doppio di quelle che ne facevano uso prima della pandemia, mentre nell'autunno 2020 risultava quasi triplicato il numero di lavoratori impiegati da remoto rispetto al periodo precedente.

<sup>(5)</sup> A fine 2020, l'Osservatorio sullo smart working del Politecnico ha stimato in oltre 6,6 milioni i lavoratori in cosiddetto smart working emergenziale, attivi a marzo 2020. Numero che, nel settembre dello stesso anno risultava in calo, avendo l'Osservatorio rilevato che gli smart worker erano 5 milioni, ossia il 33,8% dei lavoratori dipendenti italiani. L'ultima stima effettuata che risale al 3 novembre 2021 prevede che saranno 4,38 milioni i lavoratori che opereranno almeno in parte da remoto, di cui 2,03 milioni nelle grandi imprese, 700 mila delle piccole medie imprese, 970 mila nelle microimprese e 680 mila nella pubblica amministrazione.

nella provincia di Milano –, l'indagine appare nondimeno particolarmente significativa in quanto il lavoro agile o *mobile* (secondo la terminologia utilizzata dai contratti collettivi aziendali di settore) era qui già sviluppato e fortemente radicato ben prima dell'avvento della pandemia. Cosicché la pandemia pare avere solo enfatizzato tendenze già in atto da tempo nel settore.

La Ricerca – come verrà illustrato nel corso della trattazione – ha dimostrato che, allo stato, in questo settore di punta per lo sviluppo del lavoro agile i rischi per le persone che lavorano superano di gran lunga le opportunità. Si tratta d'altra parte di un esito in linea con i numerosi *warning* che provengono da varie ricerche condotte con riferimento al lavoro agile nel settore privato, le quali hanno rilevato come l'iperconnessione e l'iper-lavoro possano contribuire a creare un lavoratore *workaholic* che tende all'auto-sfruttamento <sup>(6)</sup>.

Se è vero che il lavoro agile – come del resto tutte le fattispecie di lavoro a distanza che rompono con i tradizionali paradigmi spazio-temporali tipici del «*lavoro nell'impresa*» di cui al Titolo II del Libro V del Codice civile (telelavoro, lavoro da remoto domiciliare, *mobile* e via dicendo) – presuppone e si innesta su una nuova organizzazione produttiva innervata dalle nuove tecnologie, tuttavia il necessario bilanciamento fra i principi costituzionali di libertà di impresa, da un lato, e di tutela del lavoro, dall'altro, richiede che la legge ordinaria vincoli tale nuova organizzazione a strutturarsi ed operare nel rispetto anche dei bisogni delle persone che in quella realtà prestano il proprio lavoro e che, benché operino al di fuori degli spazi fisici dell'impresa, conservano comunque il diritto a lavorare dignitosamente, cioè nel rispetto di vincoli di orario e con garanzia del diritto al riposo, con una retribuzione realmente compensativa dell'effettivo lavoro prestato ed in condizioni ambientali salubri e sicure.

In questo quadro, la futura regolazione del lavoro agile (ma anche di tutte le fattispecie che rientrerebbero in un ideale Titolo II *bis* del Libro V – «del lavoro *al di fuori* dell'impresa» –) dovrà svolgere un ruolo di primissimo rilievo nel ripensare un

---

<sup>(6)</sup> Un interessante studio realizzato da alcuni ricercatori della Harvard Business School, E. De Filippis et al., *Collaborating During Coronavirus: the Impact of Covid-19 on the Nature of Work*, *nber working paper series*, luglio 2020, Working Paper n. 27612 <http://www.nber.org/papers/w27612> dimostra che il lavoro prestato a distanza (sperimentato durante la pandemia) fa aumentare notevolmente il numero di *e-mail* inviate e ricevute, il numero di riunioni e, soprattutto allunga l'orario di lavoro. Lo studio è stato condotto in 16 grandi aree metropolitane in Nord America, Europa e Medio Oriente e il *data set* è stato ricavato direttamente dai sistemi di comunicazione digitale dei dipendenti, usando metadati aggregati di 3.143.270 utenti. In media, ogni utente coinvolto nello studio ha lavorato 48,5 minuti in più ogni giorno da quando è in *smart working*, con un incremento medio dell'8,2% sul monte ore. Rispetto ai livelli pre-pandemici poi la ricerca rileva aumenti nel numero di riunioni per persona del +12,9 % e del numero di partecipanti per riunione (+13,5 per cento).

modello legale che favorisca sì l'aumento della produttività del lavoro, ma impedendo al contempo che l'ammodernamento organizzativo e tecnologico dell'impresa – che, come detto, sta necessariamente a monte del processo trasformativo del lavoro – produca un rischio di autosfruttamento della persona. Del resto, l'iper-lavoro e l'iper-connessione nulla hanno a che fare con quell'esigenza di «conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» posta dichiaratamente alla base del lavoro agile già nella disciplina vigente (cfr. art. 18 l. n. 81/2017) e più in generale con i principi consacrati nella nostra Carta costituzionale a salvaguardia della persona che lavora.

Il presente lavoro si propone dunque di effettuare un'analisi critica del lavoro agile così come definito e disciplinato dalla l. 81/2017 ed altresì delle sue lacune, prendendo avvio dai risultati della Ricerca sul campo che hanno contribuito a mettere in luce una serie di questioni relative in particolare all'orario e alla retribuzione, all'ambiente di lavoro, al controllo dei lavoratori ed alla tutela della riservatezza, al ruolo dell'autonomia individuale – per poi immaginare/ripensare a un modello di regolazione che sia effettivamente protettivo degli interessi fondamentali dei lavoratori per il “lavoro prestato anche *al di fuori* dell'impresa”.

Con l'avvertenza che il discorso sin qui svolto non sarebbe completo se non ci intendessimo sul modello idealtipico di lavoro a distanza che il futuro Titolo II *bis* dovrà regolare, eliminando una volta per tutte le ambiguità che riteniamo essere alla base della l. 81/2017, proprio da qui prenderà le mosse il nostro lavoro.

## **2. Lo “smart working” funzionale alla cd. “flat organisation” è una tipologia di lavoro orientata al risultato**

Secondo alcuni scienziati sociali <sup>(7)</sup>, dell'organizzazione ed economisti, l'elemento distintivo dello *smart working* <sup>(8)</sup>, quale modello ideale di lavoro, non risiederebbe tanto nella mera delocalizzazione della prestazione lavorativa al di fuori degli spazi dell'impresa – caratteristica già propria del più vetusto telelavoro <sup>(9)</sup> –, quanto piuttosto nel suo essere orientato al risultato, caratteristica da cui

---

<sup>(7)</sup> Cfr. F. Butera, *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda*, *Studi organizzativi*, 2020, I, 142 ss.

<sup>(8)</sup> Il termine inglese “*smart working*” viene utilizzato per riferirsi appunto al modello idealtipico di lavoro funzionale alla nuova organizzazione del lavoro descritta nel testo.

<sup>(9)</sup> Sulla distinzione tra telelavoro e lavoro agile vedi per tutti, M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, *WP CSDLE*, It., n. 335/2017, 15 ss. e M. Martone, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di G. Zilio Grandi - M. Biasi, Cedam-Wolters Kluwer, 2018, 461 ss., spec. 466.

conseguirebbe l'allentamento di una pluralità di vincoli propri del lavoro subordinato (quali il luogo, il tempo, gli strumenti e le modalità di esecuzione dell'attività, rimessi in larga parte alla scelta del lavoratore). Così concepito lo *smart working* sarebbe la forma d'impiego più funzionale ad un nuovo modello di organizzazione produttiva resa possibile dalle nuove tecnologie (la cd. "*flat organisation*") nel cui contesto esso potrebbe dispiegare appieno tutte le sue potenzialità.

Rileva infatti l'Osservatorio Smart Working del Politecnico di Milano che lo *smart working* è ben più di un lavoro da remoto: esso consiste in «una filosofia manageriale fondata sulla restituzione alle persone di flessibilità e autonomia nella scelta di spazi, tempi e (talvolta) strumenti da utilizzare a fronte di una maggiore responsabilizzazione sui risultati»<sup>(10)</sup>.

Perché esso possa funzionare al meglio<sup>(11)</sup> è dunque necessario, a monte, il superamento del modello organizzativo tipico del Taylor-fordismo – basato sulla standardizzazione delle attività e sulla stretta divisione dei compiti e caratterizzato da una struttura verticistica deputata capillarmente al comando ed al controllo – a favore di una nuova organizzazione del lavoro caratterizzata dalla presenza di *teams* organizzati al loro interno in modo paritario (appunto una "*flat organization*"), nel cui ambito i lavoratori siano in grado di agire sinergicamente per la realizzazione di obiettivi fissati dal datore di lavoro.

Il modello *flat*, dunque, abbandona nell'ambito del singolo *team* la logica della gerarchia verticistica – dove il *management* è deputato al comando e al controllo in modo puntuale – e diviene invece "piatto" ed orizzontale «fino a diventare auto-organizzato»<sup>(12)</sup>, in quanto «basato su reti di persone e di organizzazioni dai confini sfumati che interagiscono in modo flessibile»<sup>(13)</sup>. In questa logica, non è più il *micro-manager* ad ordinare al lavoratore di volta in volta cosa fare, quando farlo e come farlo, ma è invece lo stesso lavoratore inserito nell'organizzazione *flat* che, assumendo la responsabilità sul risultato da raggiungere (cd. *accountability*), deve *sua sponte* mettere in campo, con un certo grado di consapevolezza e autonomia, «de

---

<sup>(10)</sup> La definizione è riconducibile a M. Corso, responsabile scientifico dell'Osservatorio *smart working* del Politecnico di Milano, maggiori dettagli possono essere reperiti sul relativo sito [https://blog.osservatori.net/it\\_it/cos%C3%A8-lo-smart-working](https://blog.osservatori.net/it_it/cos%C3%A8-lo-smart-working)

<sup>(11)</sup> Per la necessità di un cambio di paradigma organizzativo nel senso indicato nel testo v. F. Butera, *op. cit.*, *passim*. Nello stesso senso D. De Masi, *Smart working. La rivoluzione del lavoro intelligente*, Marsilio editore, 2020.

<sup>(12)</sup> R. Cagliano, *L'organizzazione digitale piatta riduce le gerarchie*, in *Impresa smart. Il digitale cambia l'azienda*, *Le guide del Sole 24ore*, luglio 2020, n. 21, 9 ss.

<sup>(13)</sup> R. Cagliano, *op. cit.*, 12.

proprie competenze, abilità e risorse per raggiungere gli obiettivi prefissati o, ancora meglio, autodeterminati» (14).

Per dare forma a questo nuovo modello di “*flat organization*” il lavoro deve pertanto essere riprogettato e riorganizzato in *teams* di lavoro, ossia in comunità di persone che lavorano in luoghi diversi «da sole insieme» (15) e che cooperano in vista di obiettivi e valori sia individuali che di gruppo.

Ovviamente un simile modello più paritetico, con articolazioni interne dai contorni sfumati ed orientato al risultato, non potrebbe funzionare se il lavoratore non si sentisse personalmente coinvolto non solo nella realizzazione degli obiettivi fissati dall’impresa, ma più ampiamente nella *mission* e nella *vision* dell’organizzazione per cui lavora (cd. *purpose*) (16). Il modello richiede dunque che i lavoratori sviluppino un forte senso di appartenenza rispetto ai valori che animano l’impresa datrice di lavoro. Solo un coinvolgimento personale (cd. *engagement*) può infatti indurre il dipendente a generare «attenzione, pensiero ed energia addizionali nel lavoro, al di là di quanto richiesto dal proprio ruolo» (17) sviluppando un senso di appartenenza rispetto a idee, valori e fini che animano l’impresa datrice di lavoro, senza tuttavia ambire anche ai suoi profitti.

Va da sé che una organizzazione del lavoro così congegnata deve rinunciare al *micro-management* per investire su figure manageriali apicali, veri e propri *leader* che siano d’ispirazione e motivazione per ogni celletta dell’alveare (*team*) che, al di sotto, già sa quali armi mettere in campo per raggiungere i propri obiettivi rigorosamente “SMART”, ossia Specifici, Misurabili, Raggiungibili, Rilevanti e Temporizzati (18).

In questa nuova architettura organizzativa il *top-manager*, anche grazie all’apporto dei *data analytics* che individuano i *benchmark* di mercato, deve innanzitutto individuare gli obiettivi produttivi che i *teams* di lavoro dovranno raggiungere; ma per ottenere i risultati prefissati deve altresì porsi come *leader* “partecipativo e trasformatore, che ispiri, guidi, motivi, supporti” (19) i *teams* collocati sotto di lui.

In questo scenario il singolo *team* – e nel suo ambito i singoli lavoratori – saranno spinti a mettere in campo le loro migliori risorse non per eseguire specifici

---

(14) *Ibidem*. Ove evidentemente gli “obiettivi autodeterminati” non potranno che presentarsi come sub-obiettivi nell’ambito degli obiettivi più generali fissati dal *top-manager*. Sulla tendenza alla responsabilizzazione nel lavoro agile, cfr. R. Casillo, *La subordinazione “agile”, DLM*, 2017, III, 534 e 541.

(15) F. Butera, *op. cit.*, 156.

(16) Insistono su ciò T. Botteri - G. Cremonesi, *Smart working & Smart workers. Guida per gestire e valorizzare i nuovi nomadi*, Franco angeli, 2016.

(17) R. Cagliano, *op. cit.*, 12.

(18) F. Butera, *op. cit.*, 146.

(19) Cfr. R. Cagliano, *op. cit.* 12. Si v. anche R. Albano - Y. Curzi - T. Parisi - L. Tirabeni, *Perceived autonomy and discretion of mobile workers, Studi organizzativi*, 2018, II, 55 ss.

compiti prefissati tramite ordini discendenti dall'alto, ma per collaborare (anche individuando autonomamente risultati intermedi) alla realizzazione del risultato finale posto dal *manager-leader* (*autoreponsabilità*).

Chiunque svolga attività di ricerca riconoscerà come il modello organizzativo descritto sia quello più consono al lavoro cognitivo <sup>(20)</sup> dove il raggiungimento di (un) risultato non può essere assicurato da puntuali direttive provenienti dall'alto, ma soltanto dalla cooperazione e dedizione di ogni componente al lavoro del gruppo per il raggiungimento del risultato.

Se è vero che alcuni sociologi, prendendo le mosse dal modello organizzativo in parola, ne hanno tratto inevitabili conseguenze sulla necessità di ri-progettare il *layout* degli uffici nonché il *background* concettuale del giuslavorista – a partire dalla sostituzione del tradizionale concetto di mansione con una più ariosa idea di ruolo, inteso come “copione” di ciò che ci si aspetta dalle persone oltre i profili formali <sup>(21)</sup> – è altrettanto vero che l'emergere di questo modello mette in discussione le coordinate fondamentali del diritto del lavoro. Infatti, nella misura in cui la *flat organization* postula un ripensamento radicale della figura del debitore di lavoro – più autonoma <sup>(22)</sup> perché può scegliere tempo, luogo, strumenti e modi della prestazione lavorativa e non è soggetta ad un potere direttivo capillare del *management*, ma è orientata e forse in futuro anche obbligata (v. *infra* in questo stesso §) a realizzare obiettivi – è tutto il diritto del lavoro, a partire dalla sua fattispecie fondativa fino ad arrivare a tutta la legislazione protettiva, ad essere messo sotto un – per il momento soltanto (v. par. 3) – futuribile attacco.

Viene infatti da chiedersi: in un'organizzazione produttiva *flat* quale elemento di fattispecie potrà meglio intercettare la situazione di debolezza ed il bisogno di protezione della persona che lavora così da assicurarle adeguata tutela <sup>(23)</sup>? Il potere direttivo – deputato in tale modello alla sola individuazione degli obiettivi finali, ma non diretto a fissare tempi, luoghi e modi di lavoro ed eventuali obiettivi intermedi – potrà costituire ancora la stella polare del giudizio di qualificazione – magari valorizzandone gli aspetti più nascosti, ma pervasivi implicati dall' *engagement* del lavoratore – oppure occorrerà dare maggiore spazio ad altri metodi che facciano leva piuttosto sul criterio della “doppia alienità” <sup>(24)</sup> o sulla dipendenza economica del

---

<sup>(20)</sup> Cfr. B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, RIDL, 2020, II, 215 ss.

<sup>(21)</sup> F. Butera, *op. cit.*, 161.

<sup>(22)</sup> Sul punto, R. Romei, *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, Labor, 2020, IV, 423 ss., spec. 425; ma v. altresì M. Tiraboschi, *op. cit.*, 11.

<sup>(23)</sup> Pone il problema fra gli altri M. Tiraboschi, *op. cit.*, 11.

<sup>(24)</sup> M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, q. Riv., 2019, V, n. 2, 11 ss. Per questa prospettiva con riferimento al lavoro agile v. M. P. Aimo, A. Fenoglio, *Alla ricerca di un bilanciamento*

lavoratore <sup>(25)</sup>? E in ogni caso quali strumenti dovranno essere messi in campo di fronte ad una modalità organizzativa che tramite *l'engagement* teorizza appunto il coinvolgimento totalizzante del lavoratore nella *mission*, nei metodi e nei valori dell'impresa? E, infine, la tutela della persona che lavora – della sua dignità ed autodeterminazione – richiede la fissazione di limiti invalicabili (e se sì come devono essere congegnati?) oppure chiama in causa semplici compensazioni monetarie e di carriera?

In una forma di lavoro quale quella propria della *flat organisation* strutturalmente orientata alla realizzazione di obiettivi, oggetto dell'obbligazione del lavoratore sarà – come è oggi – il *facere* misurato secondo il criterio della diligenza oppure, tramite una sempre più spinta dilatazione dell'obbligo di cooperazione (*autoresponsabilità*), il risultato dell'attività di lavoro, con tutte le implicazioni che ciò comporta in termini di ripartizione del rischio fra datore e lavoratore? Ed anche se nel nuovo modello il lavoratore rimanesse obbligato ad un *facere*, secondo quali parametri la sua attività dovrebbe essere valutata e compensata?

Sotto il primo profilo cruciale diviene la definizione del concetto di “ruolo”, funzionale a delimitare il debito del lavoratore. Considerando il secondo, ci si deve interrogare se sia necessario ricorrere in modo generalizzato alla forma di retribuzione a cottimo (tramite la quantificazione degli *output* realizzati dal lavoratore, per es. valutando il numero di pratiche evase o di servizi erogati al cliente) oppure – anche in virtù dell'utilizzo delle nuove tecnologie in modo condiviso e partecipato con i rappresentanti dei lavoratori – se sia possibile, anche nel nuovo scenario, una misurazione/quantificazione della *performance* e delle *soft skills* che la persona mette in gioco durante il tempo di lavoro.

Se è vero che la *flat organisation* lascia assai più libero il lavoratore di auto-organizzarsi in vista degli obiettivi, la tutela della persona che lavora, della sua salute e dei suoi spazi di vita, richiede comunque la fissazione di precisi limiti e vincoli per evitare che un lavoratore sempre connesso e dedito al lavoro (*workaholic*) entri in un circolo di autosfruttamento erodendo il tempo di riposo o sovrapponendo in una inestricabile commistione tempi di lavoro e tempi di vita.

Insomma è chiaro che l'affermazione del nuovo modello della *flat organisation* richiederà un ripensamento profondo di tutti gli istituti giuslavoristici.

---

*tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, *Labor*, 2021, I, 34; ritiene invece che lo *smart working* metta sotto tensione anche la nozione di subordinazione come “doppia alienità” B. Caruso, *op. cit.*, 8.

<sup>(25)</sup> Cfr. P. Ichino, *Lo smart working e il tramonto della summa divisio tra lavoro subordinato e autonomo*, *LDE*, 2021, I, 6.

### **3. Il lavoro agile nella l. 81/2017: pluralità di modelli, scarna regolamentazione ad opera della legge ed ampi rinvii al contratto individuale di lavoro. La novità del Protocollo sul lavoro agile del 7 dicembre 2021**

Dato per presupposto che quello descritto da sociologi, economisti e teorici dell'organizzazione sia la modalità ideale di *smart working* più confacente alla "*flat organisation*", al giurista spetta ora verificare se quel modello sia effettivamente accolto ed assecondato dalla nuova figura del lavoro agile introdotta nel sistema.

Al riguardo la l. 81/2017 – che, come già detto, rappresenta il primo tentativo legale di regolare la fattispecie, dopo che la materia per anni è stata appannaggio della contrattazione collettiva – è volutamente ambigua: essa delinea una figura contrattuale di lavoro agile, chiaramente collocata nell'area della subordinazione (quale "modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato", v. art. 18, 1 co.), costruita in modo così ampio da poter includere al suo interno due varianti, una delle quali sicuramente in grado di ampliare significativamente il debito di cooperazione/diligenza del lavoratore (e quindi consona alle esigenze della "*flat organisation*") ed in prospettiva forse (complice la scarna ed ambigua disciplina posta dalla legge e l'ampio spazio lasciato al contratto individuale) addirittura in grado di scardinare "dall'interno" la figura delineata dall'art. 2094 c.c.

L'art. 18 l. 81/2017 prevede, infatti, che il lavoro agile possa «anche essere organizzato per fasi cicli e obiettivi», ma nulla esclude che esso possa essere organizzato invece in base al tempo. Due sono dunque le varianti <sup>(26)</sup> del lavoro agile subordinato previste dalla legge, accomunate (oltre che, con precisazione pleonastica, dal "possibile utilizzo degli strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa") da una attenuazione del potere direttivo del datore di lavoro che con riferimento ad entrambe le figure non include più la decisione in ordine alle coordinate spazio/temporali della prestazione ("senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro"). Sennonché nella prima variante (che potremmo denominare "lavoro agile a tempo") il lavoratore assume un obbligo di fare subordinato che – benché svolto a distanza – come di consueto rimane ancorato al tempo di lavoro, cosicché al datore di lavoro è precluso *soltanto* di definire tramite il potere direttivo la

---

<sup>(26)</sup> V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, RGL, 2020, III, 437; M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, DSL, 2017, I, 1 ss., par. 5; A. Donini, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela* a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, 77 ss. spec. 92; G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di L. Fiorillo - A. Perulli, Giappichelli, 2018, 177 ss.

*collocazione temporale della prestazione* (cfr. *infra* § 5). Viceversa nella seconda variante (che potremmo denominare “lavoro agile per obiettivi”) il lavoratore assume un obbligo di fare che – proprio perché “organizzato per fasi, cicli od obiettivi” – non è più puntualmente circoscritto dalle direttive datoriali neppure in ordine a cosa e come fare momento per momento, ma deve invece essere modellato dal lavoratore stesso, con uno sforzo collaborativo (art. 2094 c.c. ) e diligente (art. 2104 c.c. e art. 1175 c.c.), per dirigersi verso l’obiettivo posto dal datore. In questa seconda variante, dunque, non solo la collocazione oraria, ma la stessa *durata della prestazione* può essere rimessa alla discrezionalità del lavoratore, che può definirla in modo variabile in funzione dell’obiettivo volta a volta assegnatogli, pur sempre però «nei limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, co. 1, l. 81/2017. V. *infra* § 5).

Certo anche il “lavoro agile per obiettivi” si colloca a pieno titolo all’interno dei confini del contratto di lavoro subordinato delineato dall’art. 2094 c.c. e ciò fino a quando il lavoratore si obbliga ad una prestazione di fare eterodiretta. È infatti pacifico – come dimostra l’orientamento giurisprudenziale consolidato in tema di “subordinazione allargata” – che il potere direttivo che caratterizza il contratto di lavoro subordinato può estrinsecarsi sia in direttive specifiche e puntuali, sia in direttive ampie e generali volte ad individuare gli obiettivi cui il fare del lavoratore deve tendere <sup>(27)</sup>, con il contraltare, in questo caso, di una dilatazione degli obblighi di cooperazione e diligenza del prestatore.

Ciò detto è tuttavia evidente che la decisione della scelta fra l’uno e l’altro modello di lavoro agile e del dosaggio nel “lavoro agile per obiettivi” fra ampiezza del potere direttivo e latitudine degli obblighi di cooperazione/diligenza del lavoratore dipende dall’organizzazione in concreto predisposta dal datore di lavoro. Una scelta organizzativa che il singolo lavoratore non ha certo la forza di contrastare in sede di stipulazione del patto di lavoro agile e che la l. 81/2017 non ripartisce tra il datore di lavoro e la contrattazione collettiva.

Solo la contrattazione collettiva, infatti (grande assente nella l. 81/2017, ma la cui competenza nonostante il silenzio della legge va riconosciuta come essenziale

---

<sup>(27)</sup> Cfr. F. Santoni, *L’obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, *MGL*, 2019, IV, 926 il quale giustamente osserva come non sia escluso che il «risultato possa essere dedotto come obbligo inerente le modalità di adempimento di particolari prestazioni anche di lavoro subordinato. Vi sono infatti obbligazioni lavorative nelle quali il risultato inerisce al contenuto stesso della prestazione, espressa non solo dalla messa a disposizione delle energie ma anche dall’impegno di cooperazione utile per la realizzazione dell’interesse creditorio. Interesse che può caratterizzare modalità dell’adempimento di particolare rilievo, come nel lavoro del dirigente, dove il vincolo contrattuale determina obblighi più intensi (...) ovvero nei rapporti di lavoro influenzati dalla tendenza dove si richiede la coerenza della prestazione alla ideologia praticata dal datore di lavoro».

ed imprescindibile<sup>28</sup>), può spingersi a modellare l'organizzazione del lavoro nel singolo contesto aziendale, definendo un equilibrato dosaggio fra obblighi e diritti della persona che lavora e scongiurando altresì (tramite la previsione di regole minime uniformi integrative delle scarse disposizioni della l. 81/2017) che i singoli contratti individuali, in uno stillicidio di clausole, finiscano per dilatare a tal punto gli obblighi gravanti sui lavoratori fino ad imputar loro sempre – al di là dell'intensità e durata dell'impegno – la responsabilità per il mancato raggiungimento dell'obiettivo/risultato individuato dal datore.

Ciò detto, mentre questo articolo era alle sue battute finali, il 7 dicembre 2021, sotto la regia del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali è stato siglato dalle Parti Sociali il “Protocollo Nazionale sul Lavoro in Modalità Agile” promosso dal ministero del Lavoro<sup>29</sup> (d'ora in poi Protocollo) con l'obiettivo di fornire delle linee guida generali che specifichino ulteriormente le norme della l. 81/2017. Dei suoi contenuti verrà dato conto bel prosieguo nel discutere i singoli istituti.

#### **4. Modelli astratti ed esperienze concrete: osservazioni critiche a margine dei risultati della Ricerca**

Chiariti i tratti essenziali del modello organizzativo ideale della *flat organization* e poste in luce le ambiguità di quello legale, ci sembra utile indagare più nello specifico gli istituti che potrebbero presentare maggiori problematiche qualora il progetto (per ora solo ideale) dell'organizzazione “piatta” entrasse a pieno regime di funzionamento nelle organizzazioni lavorative.

Per fare ciò abbiamo deciso di sperimentare un metodo non molto usuale per il giurista – che spesso cerca soluzioni tecniche per problemi evidenziati da altre scienze (sociologia, demografia, economia ecc.) – “sporcandoci le mani” con un'indagine sul campo per verificare se e come quelle trasformazioni, che economisti, teorici dell'organizzazione ecc. progettano nel mondo ideale stiano producendosi nel mondo reale.

E quale è il migliore banco di prova per osservare la realtà del lavoro agile in trasformazione continua, se non un settore, l'*Information & Communication Technology*,

---

<sup>(28)</sup>V. Maio, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, in *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, a cura di M. Martone, Tribuna d'Autore, 2020, 96; A. Fenoglio, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, RIDL, 2018, I, 641; M. Tiraboschi., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, DRI, 2017, IV, 956.

<sup>(29)</sup> Protocollo Nazionale sul Lavoro in Modalità Agile, 7 dicembre 2021 reperibile su <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Documents/PROTOCOLLO-NAZIONALE-LAVORO-AGILE-07122021-RV.pdf>

dove il lavoro da remoto – nelle sue varie coniugazioni di lavoro agile, *mobile*, telelavoro ecc. – era già stato implementato a livello organizzativo da almeno una decina di anni?

L'*Information & Communication Technology* è un settore in cui le prestazioni dei lavoratori (inquadriati dai contratti collettivi più risalenti come “meccatronici”) sembrano essere naturalmente congegnate per essere realizzate in forma *smart*: il settore è popolato da aziende produttrici di tecnologie e *software*, che impiegano lavoratori che svolgono mansioni essenzialmente impiegatizie (quali, scrivere programmi informatici, creare *data-base*, collaudare sistemi informatici ecc.) che quindi possono essere svolte indifferentemente sia dall'ufficio sia da qualsiasi altro luogo.

È così che nasce la Ricerca sulle condizioni dei lavoratori dell'industria ITC dell'area milanese, che abbiamo curato in tutte le sue fasi (dalla scelta del campione, alla progettazione dei questionari, ecc.) e che la FIOM di Milano ha reso materialmente possibile, permettendoci di interfacciarci dapprima con i delegati e, successivamente, mettendo a disposizione del gruppo di Ricerca *SurveyMonkey*, la piattaforma d'indagine che ci ha permesso di raccogliere il *data set* direttamente dalle risposte dei lavoratori e a partire dal quale abbiamo realizzato il presente studio.

Per quanto riguarda l'illustrazione specifica della composizione del campione degli intervistati e delle metodologie utilizzate rinviando all'analisi di Roberta Turi in questo numero della rivista. Qui basti precisare che i dati della Ricerca sono stati raccolti in un periodo che va dalla metà di dicembre 2020 alla prima settimana di marzo 2021, grazie alle risposte di ben 3.152 lavoratori, in circa 23 aziende. Il questionario è stato loro sottoposto attraverso l'applicazione informatica *survey monkey*, dopo che l'indagine è stata presentata dal gruppo di ricerca in numerose assemblee sindacali. Infine, ci sembra opportuno precisare che le 96 domande che compongono il questionario sono il risultato di un confronto estremamente fecondo fra il nostro gruppo di ricerca multidisciplinare ed i delegati delle RSU FIOM, i quali, forti dell'esperienza maturata sul campo in un settore dove il lavoro a distanza si è sviluppato ed affermato nel corso dell'ultimo decennio e, dunque, ben prima dello scoppio della pandemia, hanno dato un contributo essenziale per focalizzare i problemi giuridici del lavoro prestato a distanza.

## 5. Il tempo “perduto”. La disciplina del tempo di lavoro e di riposo nella l. 81/2017: l’operatività dei soli limiti di durata massima della giornata (e della settimana) lavorativa

Il primo fattore di criticità che emerge dalla Ricerca concerne la significativa *dilatazione della giornata (e della settimana) lavorativa* dei lavoratori intervistati. Non si tratta a dire il vero di un risultato sorprendente, dal momento che già altre indagini, realizzate prima della pandemia, avevano evidenziato come lo *smart working* determini un fenomeno di ampliamento del tempo di lavoro che dapprima permea, per poi invadere, il tempo della persona e della sua libertà, <sup>(30)</sup> secondo il ben noto paradigma della cd. “*time porosity*” <sup>(31)</sup>.

Anche la nostra Ricerca segnala numeri decisamente preoccupanti: il 78, 17 % degli intervistati ha dichiarato di lavorare un numero di ore giornaliere superiore rispetto alla giornata lavorativa svolta in ufficio e, di questi, il 60,12 % ammette che lo sfioramento (quantificabile per il 44,68% in una sola ora, per il 43,75% anche in due ore al giorno e addirittura per l’11,56 % in più di due ore al giorno) avviene più di due volte a settimana.

Dalle domande sottoposte ai lavoratori emerge che le cause di un tale aumento dell’orario giornaliero nel settore ICT sono imputabili sostanzialmente a tre ordini di fattori: a) carichi eccessivi di lavoro e scadenze troppo ristrette; b) convocazione da parte del *management* di riunioni e di eventi formativi al di fuori dell’orario di lavoro; c) assenza di misure che rendano effettiva la disconnessione in certi *slot* orari con conseguente ricezione di mail, sms, *chat* aziendali, telefonate ecc. al di fuori dell’orario di lavoro (ma per un’analisi approfondita e dettagliata dei dati si v. il contributo di Matteo Gaddi in questa rivista).

Di fronte a tali risultati il giurista deve necessariamente chiedersi se la disciplina posta dalla l. 81/2017 in ordine al tempo di lavoro sia adeguata ad assicurare al lavoratore agile l’effettivo godimento del diritto al riposo al fine innanzitutto di proteggerne la salute psicofisica (secondo le prescrizioni dell’art. 36 Cost. <sup>(32)</sup> e della dir. 2003/88 UE) sia, più ampiamente, per assicurargli uno spazio di

---

<sup>(30)</sup> Si veda, già ben prima della pandemia, Eurofound e ILO, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, cit.

<sup>(31)</sup> E. Genin, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, *IJCLLR*, 2016, vol. 32, n. 3, 280 ss.

<sup>(32)</sup> V. Leccese, *L’orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001.

“tempo libero” in cui sviluppare la propria personalità <sup>(33)</sup> (ai sensi degli artt. 2, 3, 29 e 32 Cost. ed altresì della dir. 2003/88 secondo la più recente interpretazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia <sup>(34)</sup>) e – in caso di prognosi negativa – di avanzare una proposta di riforma.

Al riguardo, com'è noto, l'art. 18 della l. 81/2017 dispone che al lavoro agile si applichino i «*soli* limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva», *con esclusione*, quindi, *delle previsioni del D.Lgs. 66/2003 relative alla durata normale della giornata* (e della settimana) lavorativa.

Se ne ricava – capitalizzando il corposo dibattito sviluppatosi intorno al D.Lgs. 66/2003 ed eseguendo una semplice operazione aritmetica di sottrazione del tempo di riposo – pari per legge ad 11 ore e 10 minuti ogni 24 ore <sup>(35)</sup> – che per il legislatore del 2017 il lavoratore agile *potrebbe lavorare stabilmente, anche ogni giorno della settimana, per 12 ore e 50 minuti*, salva l'ipotesi in cui il contratto collettivo riduca tale durata massima oppure il lavoratore riesca individualmente a “spuntare” con il patto di lavoro agile il diritto ad un tempo addizionale di riposo<sup>(36)</sup>.

La legge dunque “normalizza” una giornata lavorativa molto lunga, in contrasto con l'imperativo costituzionale e sovranazionale che vuole al contrario che il tempo di lavoro – e di conseguenza il tempo di riposo – siano calibrati in modo tale da presidiare la salute psico-fisica e lo sviluppo della personalità del lavoratore.

Nonostante ciò, parte della dottrina <sup>(37)</sup> ritiene che anche i limiti di durata massima dell'orario giornaliero e settimanale richiamati dalla l. 81/2017 costituiscano

---

<sup>(33)</sup> C. Cester, *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, in *L'orario di lavoro - QDLRI*, 1995, 9 ss.; M. Ferraresi, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell'orario di lavoro*, RIDL, 2008, I, 93 ss.

<sup>(34)</sup> Ma per un significativo sviluppo anche della giurisprudenza della Corte di Giustizia in questa direzione S. Bellomo - L. Rocchi, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, RIDL, 2021, II, 336 ss.

<sup>(35)</sup> È noto che a seguito dell'abrogazione dell'art. 1 r.d.l. n. 692/1923 non è più fissata dalla legge una limitazione della giornata lavorativa. Gli artt. 7 e 8 d.lgs. n.66/2003, però, fissano il diritto a 11 ore di riposo consecutivo ogni 24 ore, cui vanno aggiunti 10 minuti per una pausa obbligatoria, qualora l'orario ecceda le 6 ore consecutive. La riserva di legge di cui all'art. 36, co. 2 Cost. («*La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge*») si ritiene soddisfatta da un calcolo aritmetico da cui si deduce, a contrario, che la giornata lavorativa non possa superare le 12 ore e 50 minuti.

<sup>(36)</sup> E. Dagnino, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, DRI, 2017, IV, 1024 ss.; R. Di Meo, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, LLI, 2017, 3, 2, 18 ss.; V. Ferrante, *Il lavoro a distanza e il diritto “alla disconnessione”*, in *Il lavoro e i suoi luoghi*, a cura di A. Occhino, Vita e Pensiero, 2018, 125 ss.; C. Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018; R. Zucaro, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, LLI, 2019, 5, 2, 215 ss.

<sup>(37)</sup> A. Maresca, relazione “*La disciplina del lavoro agile nella legge n. 81/2017*”, 10 ottobre 2017, Università Niccolò Cusano. Cfr. altresì G. Proia, *op. cit.*, 188 secondo cui «l'imposizione (...) dei limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale (...)» realizza «un'incoerenza

una inutile “pastaia” se si vuole che la nuova figura di lavoro risulti veramente *agile* ed auspicano, in conseguenza, che anche questo limite sia superato grazie all'applicazione diretta «o quanto meno analogica»<sup>(38)</sup> del disposto dell'art. 17, co. 5, D.Lgs. 66/2003, norma che, com'è noto, esclude che il datore di lavoro debba applicare al telelavoratore – ma anche a tutte quelle prestazioni la cui durata oraria «a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dei lavoratori stessi» – la disciplina dell'orario massimo, nonché un sistema di misurazione oggettiva e verificabile dell'orario di lavoro.

Chi scrive ritiene, al contrario, che il lavoro agile sia soggetto ai limiti inderogabili di durata massima posti dal D.Lgs. 66/2003 ed eventualmente ridotti dai contratti collettivi da esso richiamati (anche se precedenti l'entrata in vigore della l. 81/2017). L'art. 18, co. 1, l. 81/2017 costituisce, infatti, al contempo norma successiva e – con specifico riferimento al lavoro agile – altresì generale rispetto all'art. 17, co., 5, D.Lgs. 66/2003<sup>(39)</sup>; ne consegue che quest'ultima non può disciplinare il lavoro agile né in virtù di interpretazione estensiva né di applicazione analogica<sup>(40)</sup>.

Infine, per sgombrare il campo da ogni dubbio, va aggiunto che, come autorevole dottrina ha dimostrato<sup>(41)</sup>, l'art. 17, co. 5, D.Lgs. 66/2003, nello svincolare alcune figure contrattuali dalla durata massima del tempo di lavoro, presuppone che il lavoratore sia completamente libero in ogni fase del rapporto – sia che si trovi in azienda, sia al di fuori di essa – di autodeterminare la durata del proprio tempo di lavoro, com'è tipicamente per chi riveste funzioni direttive<sup>(42)</sup>. Il lavoratore agile, al contrario, nelle giornate in cui svolge la propria attività in azienda

---

rispetto al sistema, oltretutto una diversità di trattamento di dubbia ragionevolezza». P. Ichino, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, RIDL, 2017, VI, 548.

<sup>(38)</sup> A. Tursi, *Il lavoro agile tra diritto comune e diritto “emergenziale”*, in *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, a cura di M.T. Carinci - A. Tursi, Giappichelli, 2020, spec. 106.

<sup>(39)</sup> Cfr. M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, DSL, 2017, I, 15-16 il quale ritiene che la «deroga della deroga» consista in una «svista» imputabile alla «approssimazione dell'intervento regolativo». Cfr. altresì M. P. Aimo - A. Fenoglio, *op. cit.*, 39.

<sup>(40)</sup> È noto che il ricorso all'analogia *legis* postuli una lacuna ordinamentale che qui manca come dimostrato nel testo.

<sup>(41)</sup> V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, cit. 440-441.

<sup>(42)</sup> V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, cit. 441 il quale osserva che l'art. 17, co. 5, D.Lgs. 66/2003 non rappresenti altro che una parziale trasposizione dell'ampia deroga di cui all'art. 17, par. 1 della Direttiva n. 2003/88, e come tale, la sua applicazione postula una rigorosa verifica in concreto dei presupposti normativi: ossia del fatto che il lavoratore agile deve poter «autodeterminare non solo la collocazione, ma anche *nella sua interezza*» (cioè anche nelle fasi di lavoro svolte in azienda) la durata della prestazione».

è soggetto, come ogni altro lavoratore, al normale orario di lavoro, di cui il datore controlla il rispetto.

Sul punto il Protocollo tace, limitandosi a ribadire che rimangono ferme le previsioni di legge e di contratto collettivo. Se ne ricava che i limiti di durata massima sono confermati.

Ciò detto, si tratta ora di verificare più in dettaglio come quella regola di durata massima posta dall'art. 18, co. 1, l. 81/2017 si cali, anche alla luce delle previsioni della contrattazione collettiva, nel contesto dei due modelli che compongono l'ambigua figura di lavoro agile: il "lavoro agile a tempo" ed il "lavoro agile organizzato per obiettivi" (v. *supra* § 3).

Solo all'esito di questa verifica si potranno trarre conclusioni circa l'adeguatezza dei soli limiti di durata massima posti dalla legge per assicurare efficace protezione ai beni della persona in gioco, nonché avanzare proposte per una riforma.

### **5.1. Il "lavoro agile a tempo": il limite di durata normale della giornata lavorativa e settimanale è fissato dal contratto collettivo**

Nel "lavoro agile a tempo" l'obbligo di fare subordinato è strutturalmente organizzato in base al tempo: attraverso la pattuizione individuale o collettiva il lavoratore si obbliga a lavorare per un numero di ore predefinito, che può poi collocare, a sua scelta, all'interno di un arco temporale più ampio, sia esso giornaliero o settimanale ("senza precisi vincoli di orario" ai sensi dell'art. 18, co. 1, l. 81/2017)<sup>(43)</sup>; l'estensione temporale dell'obbligo del lavoratore circoscrive, specularmente, il perimetro temporale del potere direttivo del datore di lavoro (in ordine al cosa e come fare).

Questa variante di lavoro agile, proprio perché ancorata al tempo di lavoro, è funzionale ad una organizzazione produttiva non ancora compiutamente "flat", ma al momento è anche la variante più diffusa nella prassi. La contrattazione collettiva aziendale, infatti, è intervenuta diffusamente sul punto e ha stabilito anche per i lavoratori agili un orario *normale* giornaliero e settimanale<sup>(44)</sup>, riducendo così

---

<sup>(43)</sup> In una simile ipotesi, il lavoratore è titolare di un diritto potestativo in ordine alla collocazione temporale della prestazione *smart*, mentre è vincolato quanto alla sua durata che, qualora risulti eccedente, darà diritto alle maggiorazioni retributive per il lavoro straordinario se preventivamente autorizzate.

<sup>(44)</sup> M. P. Aimo - A. Fenoglio, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, cit., 40, nota 71. M. Tiraboschi, *op. cit.*, 30 osserva che la contrattazione collettiva svolge un ruolo decisivo in questa materia. Alcuni accordi (Cariparma) limitano l'alternanza lavoro a distanza/lavoro in presenza quantificando le giornate mensili o annuali da dedicare al lavoro agile; altri specificano che il lavoro agile non costituisce una modifica derogatoria al regolamento dell'orario di lavoro normale, come disciplinato in sede (Barilla, 2

ulteriormente il *quanto* lavorare rispetto ai soli limiti massimi fissati dall'art. 18, co. 1, l. 81/2017 e salvaguardando in tal modo, al contempo, la flessibilità del *quando* lavorare.

Al riguardo il Protocollo – che però a ben guardare non si occupa del “lavoro agile a tempo” - benché costituisca la variante più diffusa -, ma piuttosto del “lavoro agile per obiettivi” all'art. 3, co. 1, si limita a prevedere che «la giornata svolta in modalità agile si caratterizza per l'assenza di un preciso orario di lavoro e per l'autonomia nello svolgimento della prestazione nell'ambito degli obiettivi prefissati» (*infra* § 5.1.2).

Anche la contrattazione collettiva aziendale intervenuta nel settore dell'ICT si colloca in questo filone (sul punto si v. il contributo in questo numero della Rivista di Simone di Molfetta e Regina Mezini), riportando in auge la durata normale della giornata (ed al contempo della settimana) lavorativa.

Ma se così stanno le cose, come mai allora i dati della Ricerca dimostrano una così ampia ed abituale dilatazione del tempo di lavoro, con uno “sforamento” dell'orario normale di due o tre ore a settimana, peraltro nemmeno retribuito con le maggiorazioni previste per il lavoro straordinario (v. *infra* § 6)?

Le risposte che si possono dare sono sostanzialmente due: a) nonostante in questi casi il lavoratore assuma un obbligo di lavorare per un certo tempo (“lavoro agile a tempo”) il carico di lavoro lui affidato non è progettato a monte in base al tempo necessario per eseguirlo; al contrario i compiti affidati risultano troppo impegnativi per essere svolti nell'ambito del normale orario di lavoro; b) il lavoratore, tramite la connessione informatica, resta esposto anche oltre la durata normale della giornata lavorativa a comunicazioni di vario genere che lo mantengono connesso all'azienda ed alla clientela.

Quanto al punto b) la Ricerca dimostra che il 64, 82 % degli intervistati – che, lo si ricorda, lavorava in *smart working*, già prima del *lockdown* <sup>(45)</sup> – ha dichiarato di aver ricevuto «al di fuori dell'orario di lavoro contrattuale» comunicazioni sia dal superiore gerarchico che dai clienti. A fronte di tali comunicazioni, poi, la reazione normale dei lavoratori è l'immediata lettura dei messaggi, quantomeno per valutare se sia necessario rispondere subito: il 70, 17 % degli intervistati «risponde a volte (a seconda dell'urgenza)», mentre il 19, 13% risponde regolarmente e soltanto un esiguo 10, 70 % ha la tenacia di rimandare la risposta al giorno successivo.

---

marzo 2017) anche al fine di riconoscere le prestazioni di lavoro straordinario se autorizzate preventivamente (BNL 15 luglio 2015, BNP Paribas 2 novembre 2015 o Snam 26 novembre 2015).

<sup>(45)</sup> Mentre il 13,07 % ritiene che il fenomeno delle comunicazioni fuori orario sia emerso durante il *lockdown*. Il dato non è neutro, ma è un indizio del fatto che quanto più aumenta il lavoro connesso con strumenti informatici, tanto più s'ingigantisce il tempo grigio di connessione al di fuori dell'orario di lavoro. Soltanto il 22, 11 % ha dichiarato di non essere contattato fuori orario.

Il dato in definitiva rende attualissima la domanda se esista <sup>(46)</sup> e quali siano i «contorni del diritto a non subire intrusioni provenienti dal datore di lavoro nel tempo di non lavoro» <sup>(47)</sup>. E, specularmente, se tale tempo debba essere computato nell'orario di lavoro, oltretutto adeguatamente retribuito o indennizzato (ma per l'aspetto retributivo v. *infra* § 6).

La trattazione che segue prenderà in esame prima il problema segnalato sub b), cioè la questione relativa alla iper-conessione del lavoratore (v. § 5.1.1). Successivamente verrà discussa la questione segnalata sub a) della dilatazione dei tempi di lavoro in conseguenza della gravosità degli incarichi affidati ai lavoratori (v. § 5.1.2.).

### **5.1.1. Tempo di connessione e diritto di disconnessione nel “lavoro agile a tempo”: una proposta per rendere effettivo il diritto al riposo. La questione del lavoro straordinario e del suo compenso**

Con sempre più insistenza la dottrina più recente <sup>(48)</sup> segnala l'emergere – negli interstizi della secca distinzione binaria posta dal legislatore europeo e nazionale fra tempo di lavoro (delimitato dalla nozione di orario, v. art. 2, co. 1, lett. a, D.Lgs. 66/2003 <sup>(49)</sup>) da una parte e tempo di riposo (ricavato in negativo dal concetto giuridico di orario di lavoro, v. art. 2, co. 1, lett. b, D.Lgs. 66/2003 <sup>(50)</sup>), dall'altra, – di tempi grigi, “legati” o in qualche modo “funzionali” al lavoro.

In questo panorama, la questione principale relativa al “lavoro agile a tempo” concerne l'inquadramento giuridico di quel tempo eccedente l'orario normale giornaliero (o settimanale) in cui il lavoratore, avendo ricevuto *email* o altre comunicazioni da parte del datore di lavoro o della clientela, pur in assenza di obblighi espliciti in tal senso, invia tuttavia le risposte richieste. Occorre chiedersi se questo tempo – che potremmo chiamare “tempo di connessione” – è da considerare

---

<sup>(46)</sup> V. Ferrante, *Il lavoro a distanza*, cit. 125 ss.; M. Altimari, *Il diritto alla disconnessione: un “vecchio” diritto ineffettivo?*, ivi, 184.

<sup>(47)</sup> M. Altimari, *op. cit.*, 184.

<sup>(48)</sup> Cfr. V. Bavaro, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, RGL, 2018, I, 53 ss.; V. Leccese, *Se il lavoro iperconnesso diventa l'occasione per scaricare sull'uomo il rischio d'impresa*, GLav., 2019, n. 39, IX ss e, ivi, M. Magnani, *Prestazioni sconfinato: ma il diritto del lavoro non padroneggia ancora la legge internazionale*, GLav, 2019, n. 39, VII-VIII. Al di fuori della letteratura giuridica, si v. già G. Friedman, *Lavoro in frantumi*, Edizioni di Comunità, 1960.

<sup>(49)</sup> Da intendersi come «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni».

<sup>(50)</sup> Sul concetto di tempo di non lavoro e della sua non perfetta coincidenza con la nozione di riposo v. C. Cester, *op. cit.*, 9 ss. Un'ampia riflessione su questi temi è sviluppata in A. Occhino, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010.

come orario di lavoro (straordinario) ovvero è talmente “inconsistente” da poter essere al contrario qualificato come tempo di riposo.

La questione, nei fatti, è complicata dall'impossibilità di classificare puntualmente il tipo di attività svolta nel “tempo di connessione”, perché, in assenza di un esplicito obbligo in tal senso, è difficile sapere *a priori* se, di fronte a una *email* o ad un messaggio, il prestatore si limiterà a leggere per pochi minuti la comunicazione ed eventualmente a rispondere, ponendo in essere in tal modo una mera attività preparatoria all'adempimento, o se, invece, inizierà effettivamente a lavorare. A meno di non voler giungere fino al limite di imporre al datore di lavoro di monitorare anche con strumenti informatici per 24 ore consecutive i comportamenti e le reazioni dei lavoratori così invadendone inevitabilmente la dimensione extra-lavorativa.

Il problema non sembra nemmeno trovare composizione inquadrando quello che abbiamo definito “tempo di connessione” nei concetti di disponibilità o di reperibilità<sup>(51)</sup>, – che un sapiente lavoro interpretativo della Corte di Giustizia Europea ha ricondotto alla nozione di orario di lavoro<sup>(52)</sup> – dal momento che essi sono legati inscindibilmente alla *presenza* di un luogo fisico in cui permanere, rimanendo a disposizione (per quanto riguarda la disponibilità), o da raggiungere qualora ve ne sia la necessità o la chiamata (nell'ipotesi della reperibilità)<sup>(53)</sup>.

Né tanto meno la creazione di una nuova categoria di un tempo «legato al lavoro»<sup>(54)</sup> risolverebbe la questione, se è vero che tale opzione non farebbe altro che rimettere a una futura legge il delicato compito di inquadrare questo “terzo tempo” come orario o come riposo.

Il tempo di connessione risulta in definitiva difficilmente inquadrabile *a priori* e difficilmente quantificabile *a posteriori*. E allora *quid iuris?*

Riteniamo che, nell'era delle nuove tecnologie, occorra indirizzare il pensiero giuridico alla costruzione di “tetti orari” che fungano da reale protezione della persona rispetto all'usura psico-fisica che può derivare da un super lavoro, attribuendo al lavoratore la certezza di disporre di un tempo di non lavoro funzionale

---

<sup>(51)</sup> Diffusamente M. Ferraresi, *op. cit.*, 93 ss.

<sup>(52)</sup> Il percorso compiuto dalla Corte di Giustizia è, da ultimo, illustrato da S. Bellomo - L. Rocchi, *op. cit.*, 336 ss. Cfr. altresì G. Ricci, *La «scomposizione» della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, RGL, 2021, III, 327.

<sup>(53)</sup> Secondo la Corte, infatti, è quel vincolo di permanere o raggiungere un determinato luogo che caratterizza gli istituti della disponibilità e della reperibilità che – in quanto preclude al lavoratore la possibilità di godere pienamente del proprio tempo libero – impone di classificare tale tempo come tempo di lavoro. Il lavoro agile, al contrario, è caratterizzato dall'assenza “di precisi vincoli di luogo” (cfr. art. 18, co. 1 d.lgs. n.81/2017, v. §. 6).

<sup>(54)</sup> Per tutti si veda P. Ichino, *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, Giuffrè, 1987, 27.

non solo al mero recupero delle energie psico-fisiche – quindi al riposo –, ma anche alla cura dei suoi interessi familiari e di vita.

Le direzioni da percorrere ci sembrano due, ed entrambe devono dialogare con entrambi i modelli di lavoro agile già richiamati, tanto il “lavoro agile a tempo”, quanto il “lavoro agile per obiettivi”, e ciò sulla scorta della considerazione che anche quest’ultimo è sottoposto a limiti orari (quelli di durata massima della giornata e della settimana lavorativa) che possono essere superati ed invasi dal “tempo di connessione” con effetti ancor più vulneranti per la persona che lavora.

In questo paragrafo ci limiteremo dunque a sviluppare il discorso intorno al primo modello del “lavoro agile a tempo” rinviando al § 5.1.2 una proposta che tenga insieme le esigenze di entrambi i modelli.

Riteniamo innanzitutto con riferimento al “lavoro agile a tempo” che il diritto alla disconnessione previsto dalla legge debba essere reso effettivo tramite *la previsione di una fascia oraria di disconnessione durante la quale specifici accorgimenti tecnici rendano impossibile la stessa ricezione di messaggi da parte del lavoratore* (per l’analisi di tale diritto e dei suoi contenuti rinviamo al contributo di Silvia Magagnoli in questa rivista) <sup>(55)</sup>.

La legge, poi, – e per sua delega la contrattazione collettiva – dovrebbe specificare due sole fasce orarie. *La prima relativa al tempo normale di lavoro* in cui il prestatore è obbligato ad adempiere ai propri compiti principali ed accessori e durante il quale il lavoratore può essere contattato dal datore e dalla clientela (*tempo di connessione*).

*Le seconda fascia relativa al tempo di disconnessione, che include nel suo ambito sia il tempo di riposo* (la cui durata è inderogabile e da ampliare rispetto alle previsioni del D.Lgs. 66/2003 v. infra § 5.1.3), sia *un tempo terzo* durante il quale normalmente il lavoratore non lavora. Durante questo tempo terzo, però, il datore può chiedere o pretendere la prestazione – e conseguentemente retribuirla – alle condizioni dettate per il lavoro straordinario. Il tempo terzo può dunque essere riassorbito nel tempo di lavoro, purché ciò avvenga in modo formale e con comunicazione preventiva al lavoratore.

In questo secondo caso il diritto di disconnessione contribuisce a fornire certezza e ad assicurare programmabilità con riferimento al tempo di lavoro del lavoratore.

---

<sup>(55)</sup> Alla domanda se «la disciplina dello *smart working* nella tua azienda prevede un diritto di disconnessione del lavoratore dai dispositivi aziendali, ossia di non essere contattato dall’azienda dei clienti su *smartphone*, computer e *tablet* al di fuori di determinati orari», il 29,73% ha risposto negativamente, mentre addirittura il 50,79% non è nemmeno consapevole dell’esistenza di una tale misura.

Emergono così, da quanto proposto, due funzioni del diritto di disconnessione: di protezione del diritto al riposo e di certezza/programmabilità del tempo di lavoro). Accanto ad una disconnessione giornaliera obbligatoria sarebbe poi possibile concepire un dovere dell'azienda di disconnettere anche nei periodi festivi i dispositivi aziendali (ma anche personali) dei lavoratori, garantendo il riposo nei *week end* e durante i periodi festivi.

Sul punto le previsioni del Protocollo (pur calibrato sul "lavoro agile per obiettivi") non sembrano dissonanti: da una parte l'art. 3, co. 2, prevede che la prestazione possa essere articolata «in fasce orarie» - una "fascia di disconnessione" durante la quale "il lavoratore non eroga la prestazione lavorativa" <sup>(56)</sup> ed una "fascia di connessione" durante la quale si svolge il lavoro -; dall'altra l'art. 4, co. 4, specifica che nella "fascia di connessione" il lavoratore deve rimanere tendenzialmente nei confini dell'orario normale di lavoro poiché per svolgere lavoro straordinario deve essere formalmente autorizzato <sup>(57)</sup>. Ai sensi del Protocollo il lavoro straordinario deve poi anche essere retribuito a parte, se è vero che «lo svolgimento della prestazione in modalità agile non deve incidere sugli elementi contrattuali in essere» fra cui figura anche la «retribuzione del lavoratore» (cfr. art. 9, co. 1, Protocollo).

Quello del riconoscimento delle maggiorazioni previste per il lavoro straordinario è uno dei maggiori problemi del lavoro agile, come dimostra anche la nostra Ricerca: il 77,4% dei lavoratori intervistati ha dichiarato di non percepirle. Più in particolare il 65,98% dei lavoratori ha risposto che la maggiorazione non è mai stata riconosciuta; il 13,9% afferma che lo straordinario, pur svolto, non viene autorizzato dal responsabile; il 12,81% rileva di non avere mezzi per dimostrare di svolgere lavoro straordinario e il restante 7,31% sostiene che la maggiorazione non è più stata riconosciuta da quando lavora in smart working.

La questione del compenso per il lavoro straordinario è dunque assai critica e molto rilevante al fine di assicurare la giusta proporzionalità fra lavoro prestato e compenso percepito. Essa dovrebbe costituire oggetto di un intervento mirato da parte della contrattazione collettiva e di un opportuno monitoraggio in azienda da parte dell'organizzazione sindacali.

---

<sup>(56)</sup> Presidiata da quello che curiosamente la norma non definisce "diritto di disconnessione", ma a cui chiaramente allude imponendo che vadano adottate «specifiche misure tecniche e/organizzative

<sup>(57)</sup> «Salva esplicita previsione dei contratti collettivi nazionali, territoriali e/o aziendali, durante le giornate in cui la prestazione lavorativa viene svolta in modalità agile non possono essere di norma previste e autorizzate prestazioni di lavoro straordinario»

### 5.1.2. Il lavoro agile “senza tempo”, ma organizzato per fasi, cicli e obiettivi

Un discorso diverso merita il “lavoro agile per obiettivi” astretto al solo rispetto della durata massima della giornata (e settimana) lavorativa e, quindi, svincolato da una sicura quantificazione dell’impegno ordinario giornaliero (e settimanale). In questa ipotesi<sup>58</sup> il diritto di disconnessione non potrà che presidiare questo unico limite posto dalla legge, chiaramente insufficiente per evitare l’usura derivante da un eccessivo lavoro.

Nell’ipotesi considerata, l’abbandono della predeterminazione di un orario normale di lavoro, infatti, può condurre il lavoratore agile a lavorare per tutto il tempo contenuto entro il limite massimo stabilito dalla legge (le 12 ore e 50 minuti di cui sopra) o, eventualmente, ridotto dalla contrattazione collettiva<sup>(59)</sup>, non tanto e non solo perché questi può essere contattato attraverso gli strumenti digitali, ma soprattutto perché lo svolgimento del carico di lavoro assegnato dal datore di lavoro attraverso la definizione di obiettivi, fasi o cicli di attività potrebbe richiedere tempi di svolgimento stabilmente assestati sul massimo previsto dalla legge.

Il rischio è alto, specialmente laddove il datore di lavoro *non abbia stimato a monte con oggettività* quanto tempo è necessario per il lavoratore per portare a compimento un obiettivo, una fase o un ciclo<sup>(60)</sup>. Se infatti le metriche del lavoro per obiettivi – ossia i metodi per la determinazione dei tempi necessari per eseguire concretamente il lavoro – sono decisi unilateralmente dal datore di lavoro, senza che vi sia una informazione ed una partecipazione del sindacato dei lavoratori nella costruzione dell’organizzazione del tempo di lavoro in azienda, il rischio è che le fasi, i cicli e gli obiettivi di lavoro siano calibrati sull’esigenza aziendale di aumentare la produttività – con notevole intensificazione di ritmi e dell’intensità oltreché del

---

<sup>(58)</sup> Fortemente spinta peraltro dalla bozza di protocollo sul lavoro agile, laddove al co. 1 dell’art. 3 («Organizzazione del lavoro agile e regolazione della disconnessione») si dice che «ferme restando le previsioni di legge e di contratto collettivo, la giornata lavorativa svolta in modalità agile si caratterizza per l’assenza di un preciso orario di lavoro e per l’*autonomia* nello svolgimento della prestazione *nell’ambito degli obiettivi prefissati* nonché nel rispetto dell’organizzazione delle attività assegnate dal responsabile a garanzia dell’operatività dell’azienda e dell’interconnessione tra le varie funzioni aziendali», senza che sia specificato che ciò avvenga nei limiti di durata normale e massima dell’orario di lavoro.

<sup>(59)</sup> In questa materia, tuttavia, la contrattazione collettiva non ha attuato il rinvio di cui all’art. 4, d. lgs. 66/2003 circa la definizione di una durata massima settimanale, sul punto cfr. A. Fenoglio, *L’orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, ESI, 2012, spec. 49.

<sup>(60)</sup> Sul punto v. A. Donini, *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione obblighi di risultato*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell’arte proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura di M. Verzaro (a cura di), Jovene, 2018, 110.

tempo di lavoro – senza alcuna considerazione delle esigenze della persona che lavora.

Né è pensabile che il lavoratore individualmente possa incidere sugli effettivi carichi di lavoro. Lo dimostra anche la nostra Ricerca, pur centrata su una tipologia di “lavoro agile a tempo”: il 14,4% degli intervistati ha dichiarato di non avere mai la possibilità di partecipare alla definizione degli obiettivi individuali lui affidati, il 50,08% solo “qualche volta” e soltanto il 35,78% ha risposto “spesso”.

Con riferimento specifico al “lavoro agile per obiettivi” occorre che la legge sostenga la contrattazione aziendale per permetterle di intervenire sull’organizzazione del lavoro. In altri termini, la legge – e non un semplice protocollo, dotato di ben diversa forza giuridica – dovrebbe porre in capo al datore di lavoro un obbligo di informazione nei confronti delle RSA/RSU (o, in caso di assenza, il sindacato territoriale) circa le metriche utilizzate per stimare il tempo necessario a raggiungere un certo obiettivo e dovrebbe altresì porre un obbligo di codeterminazione fra datore e RSA/RSU (o sindacato territoriale) per la determinazione dei tempi di lavoro, consegnando alle Parti Sociali il grimaldello dell’organizzazione temporale delle prestazioni così da permettere anche ai lavoratori di esprimere la propria *voce* sui ritmi e sui carichi di lavoro <sup>(61)</sup>.

Con ciò riteniamo che non si possa superare la concezione del lavoro subordinato, strettamente ancorata al tempo della prestazione, come vorrebbe chi auspica il ripensamento dell’ora di lavoro, non più intesa «come misura del tempo impiegato per svolgere una determinata attività, ma come unità di valore standard riconosciuta dalle parti» <sup>(62)</sup>. Non solo perché l’ora di lavoro è una misura *standard* necessaria a quantificare la retribuzione, ma soprattutto perché la misurazione oggettiva e verificabile del tempo di lavoro è alla base della tutela di valori costituzionali del lavoratore che non si esauriscono soltanto nella tutela della sua salute e sicurezza, ma che abbracciano, come più volte detto, il tempo di vita della persona (§ 2) il quale, se liberato «da una occupazione lavorativa troppo prolungata» potrebbe tornare ad essere carburante per il motore che mette in funzione il progetto della Costituzione repubblicana, dove si presuppone che i lavoratori abbiano *anche il tempo* per partecipare «all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese» <sup>(63)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> Di «codeterminazione» «ad oggi implausibile» scrive M. Biasi, *Brevi spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale, tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working)*, LPO, 2021, III-IV, 185.

<sup>(62)</sup> M. Del Conte, *problemi e prospettive del lavoro agile trarre in motorizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, ADL, 2021, 3, 555.

<sup>(63)</sup> V. Ferrante, *Tempo di lavoro*, in *Enc. Dir.*, annali IV, 2011, 1190 che formula l’argomento in relazione all’art. 3 Cost. Cfr. altresì U. Carabelli, V. Leccese, *L’attuazione delle Direttive sull’orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali*, WP CSDLE, Int., n. 21/2004, 14 ss.

### 5.1.3 Il “tempo ritrovato”: proposte per una riforma

È già emerso nelle pagine che precedono che uno degli obbiettivi che la futura regolazione del lavoro agile dovrebbe perseguire consiste nel contenimento temporale della giornata lavorativa che con il lavoro a distanza rischiano di divenire eccessivamente lunghe, con conseguente annullamento dei benefici promessi dalla conciliazione del tempo di vita con quello di lavoro ed erosione del tempo libero della persona che lavora.

La questione peraltro travalica le esigenze immediate della regolazione del lavoro agile e riguarda più in generale il rapporto di lavoro subordinato.

A parere di chi scrive è ormai maturo il tempo per dare concreta attuazione alla riserva assoluta di legge contenuta nell'art. 36, co. 2, Cost. che impone al legislatore ordinario di fissare una durata massima alla giornata lavorativa. Ciò non significa beninteso un ritorno al *limite fisso delle 8 ore giornaliere*: non è certo possibile cancellare con un colpo di spugna il cammino intrapreso, non solo nel nostro Paese, per valorizzare la flessibilità oraria.

Ciò detto tuttavia alcune modifiche sono necessarie.

Innanzitutto sarebbe anche simbolicamente importante fissare non la durata massima della giornata lavorativa, ma piuttosto la durata invalicabile del riposo giornaliero di cui deve godere il lavoratore e, nel far ciò, sarebbe necessario andare oltre quel limite di 11 ore e 10 minuti ora previsto dalla legge.

Bisognerebbe cioè riconoscere che l'attuale distribuzione nelle 24 ore di cui ciascun uomo dispone tra tempo di lavoro e non lavoro non è coerente con le indicazioni della Costituzione. L'uomo non vive per lavorare e quindi, quello che non funziona nell'attuale sistema è la proporzione fra tempo dedicato al lavoro e tempo dedicato alla vita. Andrebbero, dunque, almeno ribaltati i due termini: la giornata lavorativa dovrebbe durare al massimo 10 ore ed al tempo libero dovrebbero essere dedicate le restanti 14 ore.

In secondo luogo, il limite delle 14 ore da dedicare al tempo libero dovrebbe costituire limite assolutamente invalicabile, un tempo minimo elevabile da parte della contrattazione collettiva ma che non dovrebbe in nessun modo risultare eroso a danno del lavoratore. Il diritto di disconnessione – ferma rimanendo in generale la sua duplice funzione – si sovrappone qui al diritto al riposo contribuendo a garantirne la piena effettività.

È chiaro però che perché la sua affermazione nella realtà empirica sia diffusa è necessario che la legge preveda delle sanzioni (anche pecuniarie) a carico dell'azienda che non assicuri la disconnessione dei propri dipendenti dai dispositivi informatici.

## 6. Ambiente di lavoro e protezione della salute e della sicurezza fisica e psichica dei lavoratori agili: i risultati della Ricerca

Nel lavoro agile, il secondo elemento a subire modifiche rispetto al lavoro subordinato standard, dopo il tempo di lavoro, è il luogo in cui il lavoratore è tenuto ad eseguire la prestazione lavorativa. L'art. 18, co. 1, l. 81/2017 infatti individua nell'assenza di "precisi vincoli (...) di luogo di lavoro" una delle principali caratteristiche del lavoro agile e però subito precisa che "la prestazione lavorativa viene svolta in parte all'interno dei locali aziendali ed in parte all'esterno *senza una postazione fissa*". Se ne ricava che l'alternanza fra lavoro nei locali aziendali e lavoro all'esterno di essi è elemento indefettibile della fattispecie (il che vale a differenziarla dal telelavoro) ed altresì che il prestatore, per un numero di giorni nel corso della settimana o del mese, può scegliere *discrezionalmente* <sup>(64)</sup> (v. *infra* § 6.1.) il luogo esterno in cui eseguire il lavoro. Il venir meno di un luogo di lavoro predefinito e interno all'azienda – quel luogo che nell'immaginario collettivo ha contraddistinto per anni la condizione impiegatizia, ma anche operaia – fa sorgere la questione cruciale della latitudine dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro che potrebbe essere chiamato, in ipotesi, a prevenire i rischi per la salute e sicurezza del lavoratore negli ambienti più svariati, quali una spiaggia, un parco pubblico, un bar o, banalmente, l'abitazione del lavoratore.

Sul punto occorre avvertire il lettore che la Ricerca è stata svolta in periodo di pandemia e che, dunque, i lavoratori intervistati per il 99,08 % hanno lavorato presso la propria abitazione. Tuttavia, si deve anche sottolineare che ben prima dell'eccezionale situazione indotta dall'emergenza sanitaria i lavoratori intervistati in virtù di specifici accordi svolgevano già la loro prestazione da casa, essendo alcuni di loro stati *anche* telelavoratori prima ancora che lavoratori agili.

Dunque poiché è stata l'abitazione il luogo di lavoro prescelto di comune accordo fra le parti nella quasi totalità dei casi - e ciò ben prima della pandemia -, tramite la Ricerca abbiamo voluto comprendere se il datore di lavoro si fosse fatto carico di controllare ed eventualmente intervenire per rendere quell'ambiente conforme alla normativa prevenzionistica.

---

<sup>(64)</sup> Il patto di lavoro agile non deve necessariamente individuare il luogo esterno in cui deve essere eseguita la prestazione. Ai sensi dell'art. 19 l. 81/2017 infatti il patto individuale «disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali (...)» con riferimento ad una serie di elementi (potere direttivo, strumenti, tempi di riposo) tra cui non figura il luogo di lavoro *extra* aziendale.

Il dato che è emerso ha sostanzialmente confermato quanto già dichiarato dalle RSU in sede d'intervista qualitativa ovvero che, salvo casi eccezionali, l'azienda non ha fornito ai lavoratori quei dispositivi che assicurano una postazione lavorativa "ergonomica" (poggiapiedi, sedia, tavolo, posizionamento dello schermo del computer); non solo <sup>(65)</sup>. È stato invece il singolo lavoratore, a seconda delle sue esigenze, a farsene carico: il 33,12% degli intervistati (1.044) ha dichiarato di non fruire di una postazione di lavoro "ergonomica", mentre il 47,68% (1.503) ha acquistato o già possedeva una sedia ergonomica, il 37,75% (1.190) un tavolo ergonomico, 6,03% un poggiapiedi ergonomico. Per il 44,8% il posizionamento dello schermo del computer è considerato alla giusta altezza rispetto al raggio visivo. Dalla Ricerca è emerso che solo in due casi (lo abbiamo appreso durante un'assemblea sindacale per la presentazione ai lavoratori del questionario), in controtendenza rispetto ai dati illustrati, due aziende si sono premurate di svuotare gli uffici e di trasferire tutti i relativi arredi (ergonomici e non) presso le abitazioni dei lavoratori. Ma la motivazione di tanta fretta (l'operazione è avvenuta in periodo di pandemia) risiedeva non nella volontà di rispettare la normativa prevenzionistica, quanto piuttosto nell'esigenza di "svuotare" i luoghi di lavoro fisici avendo quelle aziende deciso di trasformare totalmente ed in via definitiva la loro organizzazione del lavoro ricorrendo al lavoro interamente da remoto.

Alla luce di tali dati non sorprende allora che alla domanda "Da quando lavori in *smart working*, ritieni di aver iniziato a soffrire di qualche disturbo?" il 39,18 % dei lavoratori abbia risposto positivamente, denunciando disturbi di natura muscolo-scheletrica.

Ma dalla medesima domanda si ricava anche un altro elemento che merita una seria riflessione: il 15,61 % degli intervistati ha dichiarato di soffrire di disturbi "d'insonnia" da quando lavora in *smart working* (attenzione! Non da quando è relegato in casa per il *lockdown*), mentre addirittura il 13% ha dichiarato di aver rischiato l'esaurimento nervoso (*burn out*). Soltanto la metà degli intervistati (il 51,68 %) ha risposto di non aver accusato disturbi di alcun genere né fisici né psichici. La Ricerca segnala così che i rischi lavorativi che contraddistinguono il lavoro agile attengono non solo alla sfera fisica, ma ancor più alla sfera psichica della persona che lavora.

Il questionario ha poi indagato una questione discussa a livello dottrinale, nonché oggetto di rivendicazione sindacale nelle aziende coinvolte nella Ricerca, ossia l'applicazione effettiva delle garanzie del Testo Unico sulla Salute e Sicurezza nei luoghi di lavoro, D.Lgs. 81/2008, che in virtù dell'art. 3, co. 10 si applica anche

---

<sup>(65)</sup> Dalla nostra indagine risulta, infatti, che le aziende hanno assegnato soltanto strumenti come computer (95,02% degli intervistati) o cellulare (67,67% degli intervistati). Al 5,46 % degli intervistati l'azienda ha poi fornito la connessione internet, mentre allo 0,29% la stampante.

ai lavoratori che operano continuativamente a distanza (sul punto v. *amplius infra* § 6.2). Quand'essi svolgano la prestazione per il tramite di videoterminali per almeno «venti ore settimanali (...)» cfr. art. 173, co. 1, lett. c.) – come accade nel caso dei dipendenti delle aziende dell'ICT intervistate – il datore di lavoro è tenuto a garantire che siano effettuate pause per 15 minuti ogni 120 di lavoro trascorse al videoterminale. Ebbene, dalla Ricerca risulta che soltanto il 49,65% degli intervistati effettua tali pause, mentre il 43,65% (cioè 1.376 lavoratori) non esercita tale diritto.

Alla domanda poi il 6,69% dei lavoratori ha dato una risposta cui andrebbe dedicata una riflessione separata: ben 211 lavoratori hanno dichiarato di non essere a conoscenza dell'esistenza di un diritto alle pause di cui sopra. Il che ci porta a considerare che l'obbligo di informazione e formazione in materia di salute e sicurezza (ribadito dall'art. 22, l. 81/2017), anche se adempiuto, non costituisce da solo strumento sufficiente per preservare effettivamente i beni giuridici in gioco.

### **6.1. Quando la prestazione si svolge in luoghi esterni all'azienda è compito del datore di lavoro individuare «luoghi idonei»**

Come anticipato, nell'ambito del lavoro agile la questione centrale in tema di sicurezza concerne l'ampiezza dell'obbligo (e della conseguente responsabilità) che, ai sensi dell'art. 2087 c.c., grava sul datore di lavoro con particolare riferimento a quelle fasi in cui il lavoratore svolge la prestazione al di fuori dei locali aziendali. Pare opportuno infatti chiedersi se il datore di lavoro sia tenuto a garantire, come di consueto, un ambiente di lavoro sicuro ponendo in essere tutte le misure adatte allo scopo anche a fronte di luoghi di lavoro che, in quanto rimessi dalla legge alla scelta del lavoratore (“senza precisi vincoli (...) di luogo di lavoro” *ex* art. 18, co. 1, l. 81/2017), possono variare continuamente e che soprattutto ricadono al di fuori della sfera di controllo datoriale (si pensi per es. ad un parco, una spiaggia, un bar, all'abitazione del lavoratore) o se, al contrario, la norma codicistica, in considerazione della sua struttura e dei suoi contenuti <sup>(66)</sup>, impedisca di includere nell'obbligo datoriale anche la sicurezza di luoghi che non rientrano nella sua disponibilità giuridica. Se così fosse quell'obbligo si ridurrebbe esclusivamente alla fornitura di strumenti tecnologici di lavoro sicuri (art. 18, co. 2, l. 81/2017) e ad una informazione rivolta ai lavoratori e al RLS relativa ai «rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione della prestazione» (art. 22, co. 1, l. 81/2017).

---

<sup>(66)</sup> Per opinione consolidata l'art. 2087 c.c. pone in capo al datore un obbligo di diligenza ed una conseguenza responsabilità per colpa, non una responsabilità oggettiva.

Chi scrive ritiene che anche con riferimento al lavoro agile gravi sul datore di lavoro il consueto obbligo di sicurezza posto dall'art. 2087 c.c. <sup>(67)</sup>. Del resto il lavoro agile non è una mera “modalità di esecuzione del contratto di lavoro subordinato” (art. 18, co. 1, l. 81/2017) nell'ambito del quale l'obbligazione di sicurezza è obbligazione fondamentale?

Che le cose stiano così è poi ulteriormente dimostrato dall'art. 22, co. 1, l. 81/2017 che dispone a chiare lettere che il datore «*garantisce* la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità agile». È questa, a parere di chi scrive, la principale indicazione che l'interprete deve prendere in considerazione nell'analizzare le scarse regole poste dalla l. 81/2017 in materia di tutela della salute e sicurezza del lavoratore. Lo dimostra anche il Protocollo che all'art. 6 dispone che alle prestazioni rese all'esterno dei locali aziendali «si applicano gli obblighi di salute e sicurezza di cui al D.Lgs. 81/2008 s.m.i.».

Ne deriva in capo al datore di lavoro un obbligo di sicurezza “a tutto tondo” non certo – come potrebbe invece apparire da una lettura superficiale – limitato alla sicurezza dei soli strumenti tecnologici di lavoro (*ex* art. 18, co. 2, l. 81/2017) e ad una mera informativa al lavoratore e al RLS sui rischi generali e specifici «connessi alla particolare modalità del rapporto» (*ex* art. 22, co. 1, l. 81/2017).

Complementare all'obbligo di sicurezza pieno – che qui, come di consueto nel lavoro subordinato, grava sul datore di lavoro – è poi quell'obbligo di cooperazione del lavoratore che, posto in generale dall'art. 20 D.Lgs. 81/2008, per il lavoro agile è altresì ribadito dall'art. 22, co. 2, l. 81/2017. Un obbligo di cooperazione che nel quadro appena delineato non può certo essere dilatato a tal punto in via interpretativa fino a trasformare/confondere il debitore di sicurezza con il creditore, sol perché la prestazione è resa al di fuori dei locali aziendali.

È dunque, la legge a prescrivere che il datore di lavoro è tenuto inderogabilmente a garantire la “massima sicurezza tecnologicamente possibile” (come previsto dall'art. 2087 c.c.) dei luoghi in cui il lavoro verrà svolto.

Il datore peraltro non dovrà certo farsi carico né di eventi fortuiti e come tali imprevedibili (quali la caduta del ramo dell'albero del giardino pubblico sotto il quale il lavoratore abbia collocato la propria postazione di lavoro, l'alluvione del bar dove il lavoratore si sia fermato per alcuni minuti per rispondere alle *email*, la caduta del fulmine sulla riva del mare dove il lavoratore stia predisponendo un progetto che rientra fra i suoi compiti lavorativi), né tantomeno di rischi elettivi per danni provocati da comportamenti palesemente abnormi del lavoratore (per es. nel caso in

---

<sup>(67)</sup> Per una impostazione diversa si veda la Proposta di legge del gruppo “Freccia rossa” all'art. 5, co. 2 si prevede che «La responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c. non si estende ai rischi specificamente connessi ai locali esterni all'azienda e scelti da lavoratore».

cui il lavoratore si siede sul davanzale della finestra per lavorare al computer e precipiti nel vuoto).

Già in una fase anteriore alla stipulazione del patto di lavoro agile, dunque, il datore di lavoro deve attentamente valutare se sia necessario circoscrivere il novero dei luoghi in cui il lavoratore potrà svolgere, secondo la sua (non libera, ma appunto) *discrezionale scelta*, la prestazione di lavoro in considerazione della loro adeguatezza a fini di tutela della salute (così per es. il patto potrà specificare che un lavoro che richiede la connessione continua al computer non può svolgersi sulla spiaggia o in altro luogo assolato per il pregiudizio che ciò potrebbe causare alla vista del lavoratore)<sup>68</sup>.

In definitiva, il datore di lavoro ha l'obbligo di individuare *in positivo* i luoghi in cui la prestazione al di fuori dei locali aziendali deve essere svolta o *almeno in negativo* i luoghi in cui la prestazione non può essere svolta perché inadeguati ad assicurare la necessaria protezione della salute e sicurezza del lavoratore.

L'individuazione di luoghi idonei allo svolgimento della prestazione potrà essere effettuata dal datore di lavoro sia a livello generale, tramite la predisposizione di un regolamento aziendale (cd. *policy* aziendale) o di un accordo collettivo, sia a livello individuale, tramite il patto di lavoro agile (<sup>69</sup>).

Al riguardo appare discutibile la scelta del Protocollo che prevede all'art. 4, co. 1, che il lavoratore sia «*libero*» di individuare il luogo ove svolgerà la prestazione in modalità agile, addossando a quest'ultimo la responsabilità della decisione (laddove precisa «purché lo stesso abbia caratteristiche tali da consentire la regolare esecuzione della prestazione, in condizioni di sicurezza (...)»). Se, come lo stesso art. 6, co. 3, del Protocollo dispone «la prestazione effettuata in modalità di lavoro agile deve essere svolta esclusivamente in ambienti *idonei*, ai sensi della normativa vigente in tema di salute sicurezza (...)», ciò significa che sul datore di lavoro grava l'obbligo di individuare *luoghi sicuri* per lo svolgimento del lavoro.

Ove il datore non abbia assolto a quel fondamentale dovere di specificazione (in via positiva o negativa) dei luoghi idonei allo svolgimento della prestazione, derivante dall'art. 2087 c.c. (e dall'art. 22, co. 1, l. 81/2017), il lavoratore che in concreto svolga il suo lavoro in ambienti pregiudizievoli per la sua salute, non sarà inadempiente e non potrà quindi subire alcuna conseguenza né sul piano disciplinare

---

<sup>(68)</sup> Uguali restrizioni, d'altra parte, potranno essere previste nel patto per altre finalità quali per es. la sicurezza degli attrezzi digitali di lavoro (si pensi a luoghi come bar o locali in cui il computer o lo *smartphone* possono essere esposti a furti).

<sup>(69)</sup> Ma nulla vieta che siano direttamente i contratti collettivi nazionali di categoria, per ciascun settore merceologico, a stabilire quali luoghi siano preclusi per lo svolgimento della prestazione agile.

né sul piano risarcitorio. Gli eventuali danni-conseguenza patiti dal lavoratore ricadranno pertanto nella sfera di responsabilità del datore di lavoro <sup>(70)</sup>.

## 6.2. Applicazione del D.Lgs. 81 del 2008 e tutela prevenzionistica della “personalità morale” del lavoratore

Se è vero che il datore di lavoro resta il principale obbligato a garantire la tutela della salute, intesa in senso ampio come condizione di benessere psicofisico del lavoratore, è gioco forza che su di esso gravino anche tutti gli obblighi prevenzionistici previsti dal D.Lgs. 81/2008 (TUS), come del resto sancisce espressamente l'art. 6 del Protocollo e come, già prima dell'emanazione della l. 81/2017, avevano riconosciuto le organizzazioni collettive delle parti datoriali <sup>(71)</sup>.

L'art. 22, co. 2, l. 81/2017 – nella parte in cui prevede un dovere d'informazione sui rischi «generali e specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro» per lavoratori e RLS – non intende ridurre il compito prevenzionistico del datore di lavoro a una mera individuazione e comunicazione dei rischi connessi alla prestazione agile, lasciando così «alla discrezione e alla sapienza del lavoratore» <sup>(72)</sup> l'attuazione delle misure di prevenzione. L'informazione dei rischi generali e specifici presuppone piuttosto che il datore, quale garante della salute e della sicurezza dei lavoratori, abbia anche valutato quei rischi (secondo i dettami della Sezione II del Titolo I «principi comuni» del TUS), senza che ciò lo possa autorizzare a disinteressarsi di attuare e aggiornare misure di prevenzione contro i rischi individuati.

La conclusione è, infatti, suffragata da almeno due considerazioni.

La prima concerne il fatto che ai sensi del D.Lgs. 81/2008 il datore di lavoro è tenuto a prevenire tutti i rischi che derivano *dall'ambiente di lavoro inteso in senso ampio* <sup>(73)</sup> sia quelli che conseguono all'ambiente fisico in cui si situa il lavoratore, sia quelli che conseguono ad una *certa organizzazione del lavoro e produttiva* <sup>(74)</sup>.

---

<sup>(70)</sup> Sulla tutela assicurativa per gli infortuni sul lavoro cfr. A. Tursi, *op. cit.*, 94 ss.

<sup>(71)</sup> Assolombarda, *Indicazioni per la gestione degli aspetti di salute e sicurezza legati al “Lavoro Agile/SmartWorking”*, dispensa n. 1/2015.

<sup>(72)</sup> R. Guariniello, *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, DPL, 2017, 32-33, spec. 210.

<sup>(73)</sup> P. Pascucci, *La tutela della salute della sicurezza dei lavoratori nell'ordinamento italiano (con qualche retrospettiva dottrinale)*, 2009, su [www.olympus.uniurb.it](http://www.olympus.uniurb.it)

<sup>(74)</sup> A. Rota, *Tutela della salute e sicurezza del lavoro sul web: una regolazione unitaria è possibile?*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglione (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, 387 ss., spec. 398, ma v. già Ead. *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività della tecnologia*, in *Web e lavoro*, cit., 165 ss.; Pascucci P., *3 agosto 2011- 3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute la sicurezza dei lavoratori*, Aras Edizioni, 2011.

Il lavoratore agile che, come ogni altro lavoratore, è inserito a pieno titolo nel ciclo organizzativo dell'impresa (sia quando si trova all'interno dei locali aziendali, che quando si trova all'esterno di essi) come ogni altro lavoratore deve essere tutelato contro i rischi che una data organizzazione comporta e specularmente il datore di lavoro ha l'obbligo di prevenire quei rischi fin dall'introduzione del modello del lavoro agile <sup>(75)</sup>, in applicazione delle regole del TUS.

Si tratta del resto di rischi molto concreti, come testimoniano i dati della nostra Ricerca: i danni più frequenti in assoluto per la salute dei lavoratori non derivano tanto da improbabili cadute di alberi in spazi pubblici (peraltro da classificare come causi fortuiti), quanto piuttosto da condizioni organizzative che conducono a prassi diffuse di dilatazione dei tempi di lavoro ed espongono in conseguenza i lavoratori al pericolo estremamente concreto dell'insorgere di malattie psico-somatiche.

Sono dunque questi specifici rischi che dipendono non dal luogo di lavoro, ma dalla organizzazione del lavoro in modalità agile che devono essere eliminati o quantomeno ridotti attraverso quelle modalità, ormai da tempo conosciute per fronteggiare *tecnostress* e lo *stress lavoro correlato* e che possono essere estese anche al lavoro agile <sup>(76)</sup>.

La seconda considerazione è che, benché l. 81/2017 non richiami espressamente il D.Lgs. 81/2008, i cd. "principi comuni" contenuti nel Titolo I del TUS devono ritenersi comunque applicabili al lavoro agile in virtù del richiamo operato dall'art. 3, co. 10, TUS, il quale, estendendo il «campo di applicazione» della disciplina posta dal TUS «a tutti i settori di attività pubblici e privati, e a tutte le tipologie di rischio», vi include altresì «i lavoratori subordinati che effettuano una prestazione *continuativa* di lavoro a distanza» <sup>(77)</sup> come appunto i lavoratori agili.

L'art. 3, co. 10, D.Lgs. 81/2008 non va infatti intesa come norma volta a sottrarre tutele per i lavoratori a distanza, ma piuttosto ad adattare ed integrare gli obblighi generali ad una attività caratterizzata dal fatto di svolgersi continuativamente fuori dai locali aziendali. La norma, infatti, non prevede un regime di disciplina

---

<sup>(75)</sup> Il lavoro agile costituisce in sé una *modifica dell'organizzazione* del lavoro, una modifica che produce *nuovi rischi che derivano dall'iper-lavoro*, frutto (spesso, come la Ricerca dimostra) di una progettazione sbagliata dei carichi di lavoro, e *dall'iper-connessione ai dispositivi digitali*. E che come tale richiede già *ab origine* una attenta valutazione dei rischi (cfr. art. 28 d. lgs. n. 81/20018)

<sup>(76)</sup> F. Malzani, *il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, DLM, 2018, 17 e M. Peruzzi, *Nuove tecnologie e salute dei lavoratori*, RGL, 2021, I, 179 ss.

<sup>(77)</sup> V. Maio V., *La tutela della sicurezza, salute e socialità nel telelavoro*, in *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, diretto da M. Persiani - M. Lepore, Utet giuridica, 2012, 94 ss. e M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità*, cit. 8. Che sottolinea che la continuità della prestazione va intesa come regolarità; già sul punto, P. Pascucci, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, Aras edizioni, 2014, 60. Così L.M. Pelusi, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, DRI, 2017, IV, 1041 ss.

«semplificato»<sup>(78)</sup> rispetto agli obblighi di cui al D.Lgs. 81/2008, ma costituisce semmai un rafforzamento ed adattamento delle protezioni preventive, ritagliato sulle specificità del lavoro prestato da remoto. Ragionare diversamente porterebbe infatti a risultati paradossali come, per fare solo un esempio, ad escludere l'applicazione delle disposizioni di cui al Capo III della sezione V del Titolo I D.Lgs. 81/2008 relative alla "sorveglianza sanitaria", con la conseguenza di sottrarre i lavoratori agili all'attività del medico competente.

Nello specifico, devono essere assicurati il buon funzionamento e la sicurezza degli strumenti assegnati al lavoratore (come previsto dall'art. 18, co. 2, l. 81/2017) ed altresì la loro conformità alla disciplina di cui al titolo III del D.Lgs. 81/2008<sup>(79)</sup> e il rispetto del titolo VII D.Lgs. 81/2008 dedicato ai lavoratori videoterminalisti, garantendo loro informazione e formazione sulla necessità di eseguire le pause previste. È prevista poi, in aderenza con quanto già detto al paragrafo precedente, che per verificare la corretta attuazione della normativa antinfortunistica, il datore di lavoro le rappresentanze dei lavoratori e le autorità competenti abbiano accesso al luogo in cui viene svolto il lavoro, previo preavviso e a condizione che il lavoratore dia il consenso.

Infine, quanto ai rischi psico-sociali, il datore di lavoro dovrà adottare idonee *misure organizzative* dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore agile, sia nella fase della prestazione esterna all'azienda, sia nella fase svolta all'interno (si pensi per es. a quelle organizzazioni di lavoro in cui il lavoratore non beneficia mai di una postazione fissa – e quindi di uno stabile rapporto con i colleghi – ma deve prenotare tramite una *app* la propria postazione quando è chiamato a svolgere il lavoro nei locali aziendali).

In conclusione, l'obbligo di sicurezza – nella accezione riparatoria e soprattutto prevenzionistica – non può essere eliminato nelle fasi in cui il prestatore svolge l'attività fuori dai locali aziendali<sup>(80)</sup> a meno di non voler accreditare il lavoro agile come un *escamotage* utile per il datore di lavoro al fine di sottrarsi alla disciplina protettiva del lavoro non solo in tema di orario (vedi *supra* § 4), ma anche in tema di salute e sicurezza sul lavoro.

---

<sup>(78)</sup> G. Falasca, *Jobs act autonomi e smart working. La nuova normativa*, GLav, 2017, 22, 16.

<sup>(79)</sup> Senza giungere alle conclusioni paradossali di A. Del Re, *Smart working. Problemi e soluzioni applicative*, Pacini giuridica, 2021, spec. 43 dove afferma che se gli strumenti sono di proprietà del lavoratore grava su quest'ultimo «l'onere di garantire la sicurezza». A ciò osta infatti l'art. 5, co. 2, del Protocollo laddove dispone che le parti che concordino l'utilizzo di strumenti tecnologici e informatici propri del lavoratore «provvedono a stabilire i criteri e requisiti minimi di sicurezza da implementare».

<sup>(80)</sup> Per una impostazione differente v. S. Fratini, *Gli obblighi di sicurezza nel lavoro da remoto*, in *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, a cura di M. Martone, LaTribuna, 2020, 129 ss.

## 7. Il potere di controllo nel “lavoro agile per obiettivi” e nel “lavoro agile a tempo”. I dati della Ricerca

Se è vero che il potere di controllo nel rapporto di lavoro si configura come una posizione giuridica di supremazia che funge da “cerniera” tra il potere direttivo e disciplinare – permettendo al datore di lavoro di verificare l’esatta esecuzione da parte dei lavoratori delle direttive “tecniche” (relative cioè al modo in cui l’attività lavorativa in senso stretto dev’essere resa), nonché degli ordini di disciplina (ossia di quelle regole che rendono possibile l’ordinato svolgimento del lavoro all’interno di un’organizzazione di persone), per poi sanzionare eventuali comportamenti inadempienti – esso risente inevitabilmente dell’opzione organizzativa accolta in concreto dal datore di lavoro nella scelta tra le due varianti di lavoro agile che la l. 81/2017 include: il “lavoro agile a tempo” e il “lavoro agile organizzato per fasi, cicli e obiettivi”.

È, infatti, quasi scontato osservare che laddove l’organizzazione del lavoro fosse interamente conforme al modello ideale alla base della *flat organization* (v. *supra* § 2) e, dunque, il prestatore svolgesse auto-responsabilmente e diligentemente, l’attività lavorativa teleologicamente rivolta al raggiungimento del risultato finale, vi sarebbe un’attenuazione del potere direttivo tale da rendere superfluo l’esercizio di una verifica capillare, momento per momento, del comportamento del lavoratore in attività <sup>(81)</sup>. L’organizzazione “piatta” dovrebbe essere a monte pensata come un’organizzazione priva di controllo sulle prestazioni, almeno per quanto riguarda l’esecuzione degli ordini tecnico-operativi («disposizioni per l’esecuzione (...) del lavoro» art. 2104, co. 2, c.c.) <sup>(82)</sup>, dove il controllo subisce una sorta di mutazione genetica, trasformandosi in controllo sui risultati dell’attività e sul gradimento dei servizi da parte dell’utenza <sup>(83)</sup>. Si tratta allo stato di tendenze già osservabili in altri “cantieri aperti” del diritto del lavoro, come per esempio il lavoro su piattaforma dove il *feedback*, il giudizio sul gradimento espresso in numeri dal cliente finale, è rilasciato su un applicativo che lo convoglia direttamente dentro a un algoritmo <sup>(84)</sup>,

---

<sup>(81)</sup> In quest’ordine di idee M. Martone, *Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza. Il lavoro da remoto*, in *Il lavoro da remoto*, op. cit., 10.

<sup>(82)</sup> Cfr. S. Mainardi, *Il potere disciplinare e di controllo sulle prestazioni del lavoratore agile*, in *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, op. cit., 219 per il quale «il controllo dovrà essere centrato sul risultato della prestazione resa all’esterno dei locali aziendali, piuttosto che sulla verifica circa il rispetto di regole organizzative o di esecuzione della prestazione che hanno ragione d’essere solo in relazione alla prestazione resa all’interno dell’organizzazione aziendale».

<sup>(83)</sup> Sul punto V. Nuzzo, *Customer satisfaction e contratto di lavoro*, DLRI, 2020, I, 165.

<sup>(84)</sup> Sia consentito rinviare a A. Ingrao, *Assessment by Feedback in the On-demand Era*, in *Working in Digital and Smart Organizations. Legal, Economic and Organizational Perspectives on the*

ma allo stato e al di fuori della *gig economy* i giuslavoristi hanno ancora pochi strumenti per esplorare questi territori.

Non potrebbe, però, l'impresa – anche qualora la *flat organization* fosse portata a perfetto compimento – fare a meno della verifica di quelle regole di disciplina e comportamento che, nel lavoro agile, non servono più tanto a suggellare la civile convivenza nei luoghi di lavoro, quanto piuttosto a garantire il proficuo e regolare utilizzo degli strumenti assegnati al lavoratore e la riservatezza e sicurezza dei dati che in tali strumenti sono memorizzati <sup>(85)</sup>. Non è un caso se nella l. 81/2017 il patto di lavoro agile è concepito come la sede naturale in cui datore di lavoro e lavoratore, dopo essersi accordati sulle modalità di esercizio del potere di controllo del primo «sulla prestazione resa» dal secondo (art. 21, co. 1, l. 81/2017), individuano «le condotte connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali che danno luogo a sanzioni disciplinari» (art. 21, co. 2, l. 81/2017) (v. *amplius* infra § 7.1).

Se il lavoro agile per obiettivi, in definitiva, non può completamente emanciparsi dal potere di controllo del datore di lavoro, ancora di più ciò è vero nell'altra variante, cioè nel “lavoro agile a tempo”; in tal caso, oltre alla verifica dell'esatta esecuzione delle regole sulla disciplina, si aggiungono esigenze di misurazione anche informatica dell'orario di lavoro <sup>(86)</sup>.

Sotto il profilo del controllo, dalla Ricerca emerge, almeno nella percezione soggettiva dei lavoratori intervistati, che l'organizzazione del lavoro nel settore *ICT* Milanese tende al modello di “lavoro agile per obiettivi” poiché il controllo da parte del responsabile gerarchico o tecnologico sfuma in favore di una maggiore responsabilizzazione del singolo lavoratore sul raggiungimento di un risultato. Infatti la maggioranza degli intervistati (il 55,20%) ritiene di non essere mai stato controllato da quando rende la prestazione in modalità agile e di godere della piena fiducia del *management*; il 33,15%, invece, afferma di essere controllato in identica misura in *smart working* e durante il lavoro in presenza.

Soltanto una piccola percentuale di lavoratori ha rilevato che il controllo sulla prestazione è aumentato da quando si trova in regime di *smart working*: il 3,62 % si è sentito più controllato dal responsabile del *team*, mentre l'1,97 % dal dirigente apicale; infine soltanto il 6,06 % degli intervistati ha la percezione di essere più controllato

---

*Digitalization of Labour Relations*, a cura di E. Ales - Y. Curzi - T. Fabbri - O. Rymkevich - I. Senatori - G. Solinas, Palgrave Macmillan, 2018, 93 ss.

<sup>(85)</sup> Lo conferma il Protocollo laddove all'art. 5, co. 4, prevede un dovere di comunicazione da parte del lavoratore di guasti, furti, smarrimenti delle attrezzature.

<sup>(86)</sup> Sul punto, M. P. Aimo - A. Fenoglio, *op. cit.*, nota 133 dove vengono illustrati i contenuti di alcuni contratti collettivi che prevedono forme di timbratura virtuale.

dagli strumenti informatici, ossia di essere sottoposto ad un controllo a distanza più pervasivo ricollegabile alle dotazioni informatiche assegnategli dall'impresa.

Quanto al controllo a distanza, la Ricerca mostra dati particolarmente interessanti, resi ancora più significativi dal fatto che essendo i lavoratori intervistati in buona parte esperti informatici dovrebbero essere pienamente in grado di comprendere – anche solo leggendo l'informativa *privacy* (di cui all'art. 4, co. 3, St. lav.) – quali tipi di *software*, intelligenze artificiali, algoritmi ecc. sono deputati a registrare ed elaborare informazioni sull'attività lavorativa.

Un primo dato rilevante, che conferma quanto già riportato in ordine alla percezione soggettiva sui controlli tramite strumenti informatici, è che all'85,44% dei lavoratori non consta che siano in uso specifici *software* di controllo a distanza della prestazione lavorativa; mentre per la percentuale rimanente tali *software* sono in uso, ma per il 3,52% degli intervistati servono a verificare l'orario di inizio e di fine del lavoro, per il 7,11% a controllare la navigazione su siti *web* non pertinenti rispetto all'attività lavorativa, per l'8,50% a controllare la produttività della prestazione lavorativa (*software* che verificano quante ore sono trascorse in riunioni o il tempo di attività su piattaforme come *Outlook*, *Microsoft Teams* oppure ancora quante volte è stata accesa la videocamera durante le riunioni virtuale), per l'1,40% specifici *software* sono deputati a controllare la posta elettronica ed il suo contenuto (filtrandola attraverso la ricerca di parole chiave) e, infine, per lo 0,70% dei lavoratori intervistati vengono acquisite le schermate del computer al fine di permettere all'azienda di vedere in tempo reale le operazioni svolte sul dispositivo inclusa la navigazione su *social network*.

Inoltre, alla domanda “hai ricevuto un'informativa specifica e adeguata sulle verifiche che l'azienda si riserva di fare attraverso dispositivi informatici chiusi per lavorare?” Il 73,19% degli intervistati ha risposto negativamente, mentre i rimanenti si dividono tra chi ha risposto affermativamente (il 13,61%, cui deve aggiungersi un 1,74% che dichiara di avere ricevuto l'informativa soltanto da quando svolge la prestazione in *smart working*) e chi (il 11,45%) ha dichiarato che il datore di lavoro, oltre ad aver correttamente informato i prestatori, ha altresì organizzato in azienda incontri di formazione dedicati alle regole in materia di *privacy*.

Tali dati devono essere messi in relazione con quelli che riguardano la consapevolezza dei lavoratori circa l'esistenza di accordi sindacali sul controllo a distanza dell'attività lavorativa diretti a disciplinare scopi e modalità di utilizzo dei dispositivi informatici: il 76,46% degli intervistati ha dichiarato di non essere a conoscenza dell'esistenza di questi accordi sindacali, mentre soltanto l'8,79% ha risposto positivamente e il 13,93% è certo che questo genere di accordi non sia mai stato stipulato.

## 7. 1. Controllo a distanza, protezione dei dati personali e ruolo del patto di lavoro agile

Benché i dati provenienti dalla Ricerca non vadano in questa direzione, il fatto che il lavoratore agile renda la prestazione al di fuori dei locali aziendali, nella maggior parte dei casi <sup>(87)</sup> per il tramite di strumenti informatici individuati, programmati, “settati” e «assegnati» (art. 18, comma 2, l. 81/2017) dal datore di lavoro ha posto al centro del dibattito la domanda se nel lavoro agile il controllo informatico sulla prestazione lavorativa sia rafforzato e maggiormente pervasivo rispetto a quanto accade nel rapporto di lavoro subordinato standard <sup>(88)</sup> e, in caso di risposta affermativa, se siano necessarie nuove regole che individuino ulteriori limiti all’esercizio del potere di controllo a distanza specificamente plasmati per rispondere alle esigenze della prestazione agile, rispetto a quelli già ricavabili dall’art. 4 St. lav. e dal D.Lgs. 196/2003 – come integrato dal D.Lgs. 101/2018 recante disposizioni per l’adeguamento al Regolamento 2016/679/Ue (d’ora innanzi Codice della privacy) –, i quali, com’è noto, trovano applicazione anche al lavoro agile *ex art.* 21, comma 1, l. 81/2017.

Tali norme imperative delimitano, dall’esterno, lo spazio che la l. 81/2017 riserva all’autonomia individuale chiamata tramite il patto di lavoro agile a disciplinare «l’esercizio del potere di controllo» datoriale «sulla prestazione resa dal lavoratore all’esterno dei locali aziendali» (art. 21, comma 1). Per comprendere appieno dunque quale possa essere il contenuto della negoziazione fra le parti è utile prima tracciare il perimetro dei limiti invalicabili posti dall’art. 4 St. lav. (come modificato dal *Jobs act*), ma soprattutto integrato dalla normativa *privacy*.

Sebbene non sia questa la sede appropriata per svolgere approfonditi ragionamenti circa l’adeguatezza dell’art. 4 St. lav. novellato a tutelare la dignità e la libertà dei lavoratori sottoposti a controllo informatico <sup>(89)</sup>, il presente studio costituisce l’occasione per ribadire che la vera innovazione della norma non è tanto contenuta nei primi due commi – che hanno dato linfa ad un acceso dibattito, che

---

<sup>(87)</sup> L’uso di tali strumenti è soltanto possibile, ma non necessario per l’integrazione della fattispecie (art. 18, co. 1, l. 81/2017).

<sup>(88)</sup> Così E. Fiata, *Il potere di controllo nel lavoro da remoto tra valutazione del risultato e privacy del lavoratore*, in *Il lavoro da remoto, op. cit.*, 101 ss. e A. Donini, *I confini della prestazione agile*, cit. 110.

<sup>(89)</sup> Si rinvia pertanto a A. Ingrao, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018. Sul tema v. altresì V. Nuzzo, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, 2018. In senso adesivo nel lavoro agile, M. P. Aimò - A. Fenoglio, *op. cit.*, 51-56.

non trova ancora composizione <sup>(90)</sup>, su cosa debba considerarsi strumento di controllo (da installare previa autorizzazione sindacale o amministrativa e consentito solo per determinate finalità) e cosa strumento di lavoro o di registrazione degli accessi e delle presenze (sottratto al regime autorizzatorio) – quanto piuttosto nel suo terzo comma, che prescrive le condizioni di utilizzabilità delle informazioni ricavate dall’uso di tutti i *device* aziendali qualunque ne sia la finalità. Per il legislatore del 2015, infatti, poiché nell’effettuare controlli a distanza il datore di lavoro effettua anche un trattamento di dati personali è in ogni caso tenuto – oltre che a informare adeguatamente e preventivamente il lavoratore circa «le modalità d’uso degli strumenti e l’effettuazione dei controlli» – soprattutto a dimostrare di avere correttamente applicato la disciplina posta a protezione dei dati personali (richiamata dall’art. 4, 3 comma, St.lav.).

Il Protocollo conferma tale impostazione, prevedendo all’art. 12, co. 3, che resta ferma la normativa vigente sul trattamento dei dati personali, come innovata dal Regolamento 2016/679/EU. Tale Regolamento ha fatto propria in tema di disciplina della *privacy* la stessa logica già accolta dalla regolamentazione dell’Unione Europea in materia della salute e sicurezza del lavoro, prescrivendo al titolare del trattamento (che ne è quindi responsabile, cd. principio di *accountability*) di strutturare l’organizzazione in modo tale da “prevenire i rischi” derivanti da trattamenti illeciti che possano pregiudicare la dignità delle persone.

Se ne ricava che il datore di lavoro prima di realizzare un controllo a distanza sull’attività lavorativa, espressione ampia che include anche il monitoraggio con

---

<sup>(90)</sup> Come noto nel dibattito sono emerse due tesi, secondo la prima è strumento di lavoro soltanto quello strumento che deve ritenersi indispensabile per svolgere la prestazione, così M.T. Carinci, *Il controllo «a distanza» sull’adempimento della prestazione di lavoro*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, 54; Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 13 luglio 2016, *Trattamento di dati personali dei dipendenti mediante posta elettronica e altri strumenti di lavoro* [doc. web n. 5408460]; T. Milano 24 ottobre 2017, *DRI*, 2019, I, 303 ss. nt. Cassano, *Prime pronunce sul nuovo art. 4 l. n. 300/1970* che ha stabilito che *WhatsApp* è uno strumento di controllo *ex art. 4, co. 1, Stat. lav.* perché trattasi di programma “aggiunto” allo *smartphone* e non caratterizzato da un «vincolo di strumentalità» rispetto alla prestazione di lavoro (si trattava di una addetta alla selezione e formazione di *hostess*). Interessante è anche la motivazione di T. Roma, ord., 7 giugno 2018, n. 57668, *DJ*, secondo cui un *software* e la casella di posta elettronica sono strumenti che rientrano nel comma 1 poiché anche se hanno funzioni lavorative sono idonee a consentire il controllo a distanza sull’attività lavorativa. Si oppone a questa tesi una ricostruzione più ampia che include nel concetto di strumento di lavoro anche quei dispositivi che semplificano o ottimizzano la prestazione lavorativa, T. La Spezia ord. 25 novembre 2016, *DRI*, 2019, I, 303 ss. nt. Cassano, cit., ad avviso del quale rientrano nel campo di applicazione del comma 2 «anche strumenti, quali la tessera Viacard, non imprescindibili, ma comunque utilizzati dai lavoratori come ausilio allo svolgimento della propria prestazione». In dottrina I. Alvino, *I nuovi limiti controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, *LLI*, 2016, 2, 1, 1 ss.

strumenti informatici dell'orario di lavoro, è obbligato a rispettare alcune prescrizioni inderogabili. Tra esse rilevano in particolare: a) l'obbligo di eseguire la «valutazione d'impatto sulla protezione dei dati» (art. 35 Regolamento *privacy*), cioè la mappatura degli strumenti di controllo a distanza e dei rischi che da essi possono derivare, nonché la specificazione delle misure intraprese per evitare le conseguenze negative («impatto») che potrebbero subire i diritti e le libertà fondamentali dei lavoratori controllati. Peraltro, la Valutazione di Impatto *privacy*, che a detta del Garante per la protezione dei dati è sempre obbligatoria qualora vi siano controlli a distanza sul personale, è soltanto «raccomandata» dal Protocollo; b) l'obbligo di rispettare i principi fissati per il trattamento dati ed in particolare i principi di trasparenza, minimizzazione e di finalità del trattamento. Il datore deve rendere trasparenti i controlli per i lavoratori, mettendoli a conoscenza del perché e del come sono svolti. Il controllo occulto è infatti un trattamento di dati personali vietato. Inoltre, il titolare del trattamento è tenuto a minimizzare le modalità con cui raccoglie i dati personali dei prestatori, evitando di realizzare monitoraggi continuativi sulla prestazione, per esempio con *software* – diffusi in commercio – che registrano per tutta la giornata lavorativa la presenza del prestatore all'interno del sistema informatico. Infine, il datore di lavoro deve garantire che il monitoraggio sia svolto per finalità predefinite, esplicitate e legittime.

Da tali principi – letti alla luce del valore fondante della nostra Costituzione di tutela della dignità e libertà della persona che lavora (art. 2 e art. 41, comma 2 Cost.) – consegue che l'art. 4 St. lav. non consente l'installazione di specifici *software* al fine di verificare lo svolgimento dell'attività lavorativa e la sua produttività. I cd. strumenti di lavoro, che tanta preoccupazione hanno destato in dottrina, del resto, sono assegnati dal datore di lavoro – che se ne assume la responsabilità («per la sicurezza e il buon funzionamento» *ex* art. 18, comma 2, l. 81/2017 e, quindi, anche la responsabilità per danni provocati alla sfera morale del lavoratore in conseguenza di un controllo stressante e onnipervasivo) – per consentire al lavoratore di svolgere la prestazione e non certo per controllarlo continuativamente attraverso applicativi aggiunti o inclusi *ab origine* nello strumento installato. E ciò benché l'infelice formulazione dell'art. 21, comma 1, l. 81/2017 testualmente si riferisca ad un accordo che riguarda l'esercizio del potere di controllo «sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali».

Né tanto meno sarebbero conformi ai principi fondamentali della protezione dei dati strumenti che, al fine di registrare l'orario di lavoro, finissero per monitorare costantemente la presenza del lavoratore all'interno di un sistema informatico.

Da tale premessa consegue che il patto di lavoro agile in questa materia ha un ruolo residuale, se non proprio nullo. Come altri ha rilevato la disposizione dell'art.

21 comma 1, è sostanzialmente pleonastica<sup>(91)</sup>, dal momento che il potere di controllo, ma soprattutto i suoi limiti, derivano direttamente dalle disposizioni generali; né tanto meno è sostenibile che, grazie a quella negoziazione, il lavoratore riesca a concordare modalità di controllo maggiormente protettive o meno invasive<sup>(92)</sup>, giacché gli strumenti assegnati e le architetture informatiche che li governano restano sotto il dominio del datore di lavoro ed il lavoratore, anche se esperto informatico, difficilmente si trova nelle condizioni di contrattare individualmente protezioni aggiuntive. Al massimo, il patto di lavoro agile può servire a rafforzare il dovere informativo che, però, già grava sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 3 St. lav.

Se così stanno le cose, la norma potrebbe essere abrogata senza nulla sottrarre alla protezione della dignità e della libertà del lavoratore. Anzi, la disposizione potrebbe addirittura essere fuorviante, potendo adombrare l'idea<sup>(93)</sup> che la materia sia sottratta alla contrattazione collettiva cui invece compete a pieno titolo. Non è difficile immaginare, infatti, che il patto di lavoro agile, già precompilato dal datore di lavoro, possa costituire lo strumento per ricondurre nel novero degli "strumenti di lavoro" ai sensi dell'art. 4, comma 2, St.lav. anche i più pericolosi *software*<sup>(94)</sup> oppure per concordare misure di protezione dei dati personali più economiche per il datore di lavoro, ma maggiormente invasive per il lavoratore.

In conclusione, solo il sindacato, a livello nazionale o aziendale, può utilmente contrapporsi al datore di lavoro e quindi contrattare su un piano di parità le misure da assumere per proteggere il lavoratore dai controlli informatici. Una valutazione, questa, che rimane vera nonostante – almeno per il momento – la contrattazione collettiva non abbia mostrato grande innovatività e coraggio nelle misure di protezione intraprese.

L'articolo 21, comma 1, l. 81/2017 pertanto avrebbe dovuto rinviare non all'accordo individuale, ma al contratto collettivo reintroducendo quella codeterminazione ben nota al legislatore dello Statuto dei lavoratori.

---

<sup>(91)</sup> Così P. Ichino, *Nota tecnica sul contenuto del testo legislativo e le modifiche apportate dalla commissione*, su [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), 3 agosto 2016, 7.

<sup>(92)</sup> A. Bellavista, *Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza*, in *Commentario breve*, a cura di G. Zilio Grandi, M. Biasi, *op. cit.*, spec. 525. Cfr. altresì E. Fiata, *op. cit.*, 105.

<sup>(93)</sup> Di apparenza si tratta, dal momento che la disposizione non elimina la possibilità della contrattazione collettiva di intervenire in materia.

<sup>(94)</sup> Sul punto, un primo tentativo in questa direzione – seppur al di fuori del lavoro agile e in un contesto radicalmente differente – è stato fatto nell'accordo aziendale con cui *Just eat* ha riconosciuto che i *riders* sono lavoratori subordinati. In quell'accordo di prossimità, stipulato ai sensi dell'art. 8 l. 148/2011, il GPS e il sistema *Scoober* le parti si sono accordate per classificare tali strumenti come strumenti di lavoro ex co. 2 dell'art. 4 St. lav. Si rinvia per i rilievi critici a A. Ingraio, *Il controllo a distanza sulla prestazione dei ciclo fattorini tra Scoober App e GPS*, *LLI*, 7, 1, 2021, 163-174.

## 7.2. L'uso dell'intelligenza artificiale nel lavoro agile

Non deve sorprendere che da una Ricerca svolta nell'ICT, ossia in un settore dominato da aziende (multinazionali) sviluppatrici e produttrici delle tecnologie attualmente in commercio, emerga che siano in uso *tools* come *analytics*, intelligenza artificiale o *software* predittivi che assistono il *management* aziendale nelle decisioni in tema di gestione del personale<sup>(95)</sup>. Nello specifico, la Ricerca ha rilevato che secondo il 13,58% dei lavoratori intervistati quegli strumenti servono ai *manager* a definire i percorsi di carriera, per il 5,46% a concedere aumenti stipendiali e per il 15,48 % a valutare la *performance* dei lavoratori. Al 79,73%, invece, non risulta che simili “apparecchiature” siano in uso.

Le risposte dei lavoratori consapevoli confermano le preoccupazioni espresse dai delegati sindacali in sede d'intervista qualitativa circa la difficoltà di “contrattare d'anticipo” – in aderenza al motto sindacale «contrattare l'algoritmo»<sup>(96)</sup> e altresì in applicazione dell'art. 4, comma 1, St. lav. – le modalità di utilizzo di dispositivi che, su indicazione delle società estere capo gruppo, vengono sperimentati come *pilot* sulla popolazione dei lavoratori anche nelle filiali italiane per essere perfezionati e rivenduti sul mercato globale.

Per tali ragioni, si pone seriamente la questione di quale sia il miglior percorso per conferire effettività alla tutela alla dignità e all'autodeterminazione della persona del lavoratore che subisce gli effetti di decisioni, che hanno un enorme impatto sulla sua vita lavorativa, prese non tanto da persone fisiche – con possibilità di contraddittorio –, quanto piuttosto da macchine che funzionano grazie a correlazioni la cui logica è spesso oscura<sup>(97)</sup>. Si pongono così anche nel lavoro agile subordinato,

---

<sup>(95)</sup> Gli *analytics* sono programmi algoritmici attraverso i quali il *management* aziendale raccoglie, analizza e rielabora dati personali dei lavoratori con la finalità di produrre nuove informazioni sintetiche su cui basare le proprie decisioni “automatizzate”; E. Dagnino, “*People analytics*”: lavoro e tutele al tempo del “*management*” tramite “*big data*”, *LLI* 2017, 3, 1, 31 ss.; A. Donini, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, *DRI* 2018, 222 ss. Di recente, G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, *LLI*, 2020, 6, 2, 19 ss. e M. P. Aimo, *Dalle schedature dei lavoratori alla profilazione dei lavoratori tramite algoritmi: serve ancora l'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori?*, *LD*, 2021, 3-4, 585 ss., spec. 594 ss.

<sup>(96)</sup> Lo slogan coniato dalla CGIL nel 2017 è stato successivamente fatto proprio da diverse federazioni di categoria e dalle Camere del lavoro, cfr. C. Mancini, *Contrattare l'algoritmo: otto casi aziendali*, *Quaderni di rassegna sindacale*, 2018, n. 4, 47 ss.

<sup>(97)</sup> P. T. Kim, *Data-Driven Discrimination at Work*, *William & Mary Law Review*, 2017, 48, 857ss.

le stesse questioni scottanti di cui si discute, anche a livello sovranazionale <sup>(98)</sup>, in riferimento al lavoro su piattaforma <sup>(99)</sup>.

Al riguardo va osservato che le norme statutarie che limitano il potere di controllo a distanza ed indagine sulle opinioni del datore di lavoro, cioè gli artt. 4 e 8 St.lav., potrebbero lasciare senza tutela diverse situazioni. In particolare con riferimento al fattispecie del controllo a distanza, va osservato che i dati di cui si nutre l'algoritmo sono oggi immessi dallo stesso lavoratore direttamente nei sistemi informatici gestionali (per comunicare per esempio quanto tempo egli ha impiegato per raggiungere un certo obiettivo oppure per spiegare il raggiungimento di un certo obiettivo in numeri: numero di vendite realizzato per es.), ma l'immissione delle informazioni nel sistema da parte del lavoratore in prima persona non rientra nella fattispecie regolata dall'art. 4 St. lav. Quanto, invece, al divieto d'indagini sulle opinioni, è noto che, se è vero che il modello algoritmico non potrebbe essere alimentato da informazioni "supersensibili" con riferimento alle quali l'art. 8 St.lav. inibisce l'indagine, è altrettanto vero però che la disposizione ammette, se letta in positivo <sup>(100)</sup>, la raccolta di dati rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore. Sulla base di ciò al datore di lavoro sarebbe concessa la facoltà di raccogliere ed utilizzare informazioni relative alla *performance* del lavoratore per stabilire percorsi di carriera o aumenti stipendiali o ancora per valutare la *bonitas* della sua attività solutoria.

Stando così le cose pare necessario per assicurare al lavoratore una tutela effettiva volgere lo sguardo al di fuori del perimetro delle tutele predisposte dallo Statuto dei lavoratori. Occorre dunque chiamare ancora una volta in soccorso la normativa privacy che già dal tempo della direttiva 95/46/CE regola i trattamenti automatizzati di dati personali. Oggi, l'articolo 22 del Regolamento 2016/679/Ue prevede il diritto di ogni persona fisica a non essere sottoposta una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, ivi inclusa la profilazione <sup>(101)</sup>, quando

---

<sup>(98)</sup> In questo momento, è in discussione per il lavoro su piattaforma una proposta di direttiva che, incidendo sull'ampiezza dei poteri istruttori dei giudici nazionali, all'art. 16 prevede che i tribunali nazionali o le autorità competenti possano ordinare alla piattaforma di dischiudere "le prove" pertinenti che si trovano sotto il loro controllo (durante un procedimento relativo allo status occupazionale). Sembra particolarmente rilevante a chi scrive che la proposta suddetta specifichi che tra queste prove vi siano «le informazioni riservate - come i dati rilevanti sugli algoritmi -».

<sup>(99)</sup> V. per tutti, V. De Stefano - A. Aloisi, *Il tuo capo è un algoritmo*, Laterza, 2020, 43 per considerazioni sulle affinità tra *gig economy* e lavoro agile.

<sup>(100)</sup> S. Sciarra, Sub art. 8, in G. Giugni (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, 1979, 88 ss.

<sup>(101)</sup> La profilazione è intesa dall'art. 4 par. 1, n. 4, Reg. come una sottospecie di trattamento automatizzato volto all'uso di dati ai fini di valutazioni e predizione di aspetti personali anche «relativi al rendimento professionale, salute, preferenze personali, interessi, comportamento (...)».

tale decisione possa produrre effetti giuridici o comunque incidere sulla sua sfera personale. Tale pratica non è vietata, ma è previsto il diritto dell'interessato, oltre che ad essere informato delle logiche ad essa sottese, ad ottenere una decisione umanizzata. Se ne ricava pertanto che anche il lavoratore agile, anche per il tramite di un proprio rappresentante, potrebbe opporsi al trattamento automatizzato, contestandone l'esito e richiedendo al *manager* di riformulare la decisione facendola assumere, questa volta, da una persona umana. Va da sé che anche questi trattamenti di dati debbano essere sottoposti alla valutazione dei rischi *privacy* cui si è già fatto cenno (v. § 7.1).

Nel constatare che la normativa di protezione dei dati può costituire un baluardo aggiuntivo rispetto alla disciplina statutaria al fine di una tutela effettiva della persona che lavora, non si può sottacere, al contempo, il suo principale difetto: la possibilità data al lavoratore di chiedere ed ottenere il riesame di una decisione automatizzata costituisce una forma di tutela prettamente individualistica, non certo adeguata al bisogno ed al tipo di protezione richiesto per tutelare effettivamente la persona del lavoratore in una relazione sbilanciata com'è il rapporto di lavoro subordinato.

Si tratta, in conclusione, di un limite che *de iure condendo* potrebbe essere superato tramite l'introduzione a carico del datore di lavoro di un obbligo di informare e di trattare con i rappresentanti dei lavoratori in azienda per poter utilizzare *analytics* e algoritmi e così innescare una trasformazione del ruolo delle funzioni aziendali di direzione delle risorse umane.

## 8. Osservazioni conclusive

Come abbiamo osservato in apertura di questo scritto il lavoro agile costituisce una straordinaria opportunità sia per le imprese che per i lavoratori ed altresì per la società nel suo insieme se si considerano le "esternalità positive" che esso può produrre in termini di impatto ambientale e sociale. Perché quegli effetti positivi si realizzino ed il lavoro agile non si traduca invece nella ennesima formula per deregolare/flessibilizzare la disciplina dei rapporti di lavoro è necessario a tutela dei lavoratori un presidio forte da parte della legge ed altresì da parte della contrattazione collettiva.

Allo stato né la l. 81/2017, né il recentissimo Protocollo sul lavoro agile siglato dalle parti sociali costituiscono una risposta adeguata, sufficientemente forte, come dimostrano i dati della nostra Ricerca. Quelle previsioni dunque possono costituire un punto di partenza per costruire un adeguato sistema di protezione dei lavoratori, ma non certo un punto di arrivo.

Alle molte pecche della l. 81/2008 e del Protocollo, in questa breve conclusione, se ne può sottolineare una ulteriore, ma fondamentale: benché l'art. 8 del Protocollo confermi – con una previsione a dire il vero pleonastica – che rimangono fermi i diritti e le libertà sindacali «definiti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» quel richiamo non può colmare la principale lacuna della l. 81/2017: la mancanza di obblighi di informazione e a beneficio delle organizzazioni sindacali di qualsiasi livello circa la nuova “organizzazione agile” del lavoro (ed in particolare sulle modalità di definizione dei carichi di lavoro e degli obiettivi affidati ai lavoratori e sulle metriche utilizzate per determinare quegli obiettivi e quei carichi di lavoro) e la mancanza di qualunque sostegno alla contrattazione collettiva perché possa contribuire a costruire sì una nuova organizzazione “*smart*” ma “a misura dell'uomo che lavora”.

La l. 81/2017 non promuove in alcun modo, come invece dovrebbe, la contrattazione collettiva nella delicata fase della creazione di una nuova organizzazione “agile” sì ma rispettosa della dignità di chi lavora. Il patto di lavoro agile cui la l. 81/2017 assegna tale compito è chiaramente strumento inadeguato allo scopo: il singolo lavoratore, da solo, non può certo contrastare il potere organizzativo del datore di lavoro, ma può solo subire le decisioni prese nella “stanza dei bottoni” se vuole continuare a lavorare.

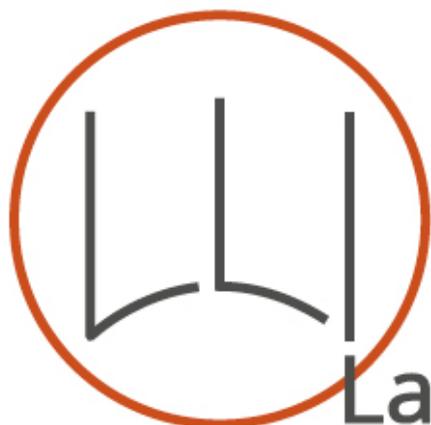
## Bibliografia

- Aimo M.P. - Fenoglio A., *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, in *Labor*, 2021, 1, 25 ss.
- Aimo M.P., *Dalle schedature dei lavoratori alla profilazione dei lavoratori tramite algoritmi: serve ancora l'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori?*, in *LD*, 2021, 3-4, 585 ss.
- Albano R. - Curzi Y. - Parisi T., Tirabeni L., *Perceived autonomy and discretion of mobile workers*, in *Studi organizzativi*, 2018, II, 55 ss.
- Altamari M., *Il diritto alla disconnessione: un "vecchio" diritto ineffettivo?*, in A. Occhino (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, *Vita e Pensiero*, 2018, 181 ss.
- Alvino I., *I nuovi limiti controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, 2016, 2, 1, 1 ss.
- Assolombarda, *Indicazioni per la gestione degli aspetti di salute e sicurezza legati al "Lavoro Agile/SmartWorking"*, dispensa n. 1/2015.
- Assolombarda, *Lo smart working in numeri*, Rapporto a cura del Centro Studi, 2021.
- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, 2019, 5, 2, 11 ss.
- Bavaro V., *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *RGL*, 2018, I, 53 ss.
- Bellavista A., *Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam-Wolters Kluwer, 2018.
- Bellomo S. - Rocchi L., *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, in *RIDL*, 2021, II, 336 ss.
- Biasi M., *Brevi spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale, tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working)*, in *LPO*, 2021, 3-4, 160 ss.
- Botteri T. - Cremonesi G., *Smart working & Smart workers. Guida per gestire e valorizzare i nuovi nomadi*, Franco angeli, 2016.
- Butera F., *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda*, in *Studi organizzativi*, 2020, I, 142 ss.
- Cagliano R., *L'organizzazione digitale piatta riduce le gerarchie*, in *Impresa smart. Il digitale cambia l'azienda*, *Le guide del Sole 24ore*, luglio 2020, n. 21, 9 ss.
- Carabelli U. - Leccese V., *L'attuazione delle Direttive sull'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali*, in *Wp CSDLE*, Int., n. 21/2004, 14 ss.
- Cardarello C. et al. (a cura di), *Smart working. Disciplina e scenari*, Giuffrè, 2021.
- Carinci M.T., *Il controllo «a distanza» sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017, 43 ss.
- Caruso B., *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, I, 2, 215 ss.
- Casillo R., *La subordinazione "agile"*, in *DLM.*, 2017, III, 529 ss.
- Cassano G., *Prime pronunce sul nuovo art. 4 l. n. 300/1970*, in *DRI*, 2019, I, 303 ss.
- Celli P., *Il lavoro da remoto. Una sfida al cambiamento organizzativo per i manager*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, *LaTribuna*, 2020, 27 ss.
- Cester C., *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, in *L'orario di lavoro - QDLRI*, 1995, 9 ss.
- Dagnino E., *"People analytics": lavoro e tutele al tempo del "management" tramite "big data"*, in *LLI*, 2017, 3, 1, 31 ss.
- Donini A., *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *DRI* 2018, 222 ss.

- Dagnino E., *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *DRI*, 2017, 4, 1024 ss.;
- De Filippis E. et al., *Collaborating During Coronavirus: the Impact of Covid-19 on the Nature of Work*, nber working paper series, 2020, Working Paper n. 27612.
- De Masi D., *Smart working. La rivoluzione del lavoro intelligente*, Marsilio editore, 2020.
- De Stefano V. - A. Aloisi, *Il tuo capo è un algoritmo*, Laterza, 2020
- Del Conte M., *problemi e prospettive del lavoro agile trarre in motorizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, in *ADL*, 2021, 3, 549 ss.
- Del Re A., *Smart working. Problemi e soluzioni applicative*, Pacini giuridica, 2021.
- Di Meo R., *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *LLI*, 2017, 3, 2, 18 ss.
- Donini A., *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione obblighi di risultato*, in M. Verzaro (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell'arte proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Jovene, 2018, 111 ss.
- Donini A., *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 77 ss.
- Eurofound, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publication office of the European Union, 2017.
- Eurofound, *Working conditions and sustainable work. Workers want to telework but long working hours, isolation and inadequate equipment must be tackled*, 2021.
- European Agency for safety and Health at Work, *Teleworking during the COVID-19 pandemic; risk and prevention*, Publications Office of the European Union, 2021
- Falasca G., *Jobs act autonomi e smart working. La nuova normativa*, in *GLav*, 2017, n. 22, 14 ss.
- Fenoglio A., *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, ESI, 2012.
- Fratini S., *Gli obblighi di sicurezza nel lavoro da remoto*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, LaTribuna, 2020, 129 ss.
- Gaudio G., *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *LLI*, 2020, 6, 2, 19 ss.
- Guariniello R., *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, in *DPL*, 2017, 32-33, 210.
- Kim P. T., *Data-Driven Discrimination at Work*, in *William & Mary Law Review*, 2017, 48, 857ss.
- Maio V., *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, LaTribuna, 2020, 85 ss.
- Maio V., *La tutela della sicurezza, salute e socialità nel telelavoro*, in M. Persiani - M. Lepore (diretto da), *il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet giuridica, 2012, 94 ss.
- Malzani F., *il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DLM*, 2018, 17
- Pascucci P., *3 agosto 2011- 3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute la sicurezza dei lavoratori*, Aras Edizioni, 2011.
- Pascucci P., *La tutela della salute della sicurezza dei lavoratori nell'ordinamento italiano (con qualche retrospettiva dottrinale)*, 2009, [www.olympus.uniurb.it](http://www.olympus.uniurb.it)
- Peruzzi M., *Nuove tecnologie e salute dei lavoratori*, in *RGL*, 2021, I, 179 ss.
- Rota A., *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività della tecnologia*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 165 ss.
- Rota A., *Tutela della salute e sicurezza del lavoro sul web: una regolazione unitaria è possibile?*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglione (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, 387 ss.

- Sciarra S., Sub *art. 8*, in G. Giugni (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, 1979, 88 ss.
- Zilio Grandi G. - Picunio M. L., *Lavoro da remoto e contrattazione di prossimità*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, LaTribuna, 2020, 169 ss.
- Ferrante V., *Il lavoro a distanza e il diritto "alla disconnessione"*, in A. Occhino (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, 125 ss.
- Ferrante V., *Tempo di lavoro*, in *Enc. Dir.*, annali IV, 2011, 1190.
- Ferraresi M., *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell'orario di lavoro*, in *RIDL*, 2008, I, 93 ss.
- Fiata E., *Il potere di controllo nel lavoro da remoto tra valutazione del risultato e privacy del lavoratore*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, 2020, 101 ss.
- Friedman G., *Lavoro in frantumi*, Edizioni di Comunità, 1960.
- Genin E., *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *IJCLLR*, 2016, 32, 3, 280 ss.
- Ichino P., *Lo smart working e il tramonto della summa divisio tra lavoro subordinato e autonomo*, in *LDE*, 2021, I, 1 ss.
- Ichino P., *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2017, IV, 525 ss.
- Ichino P., *Nota tecnica sul contenuto del testo legislativo e le modifiche apportate dalla commissione*, su [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), 3 agosto 2016.
- Ichino P., *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, Giuffrè, 1987.
- Ingrao A., *Il controllo a distanza sulla prestazione dei ciclo fattorini tra Scoober App e GPS*, in *LLI*, 7, 1, 2021, 163 ss.
- Ingrao A., *Assessment by Feedback un the On-demand Era*, in E. Ales - Y. Curzi - T. Fabbri - O. Rymkevich - I. Senatori - G. Solinas (a cura di), *Working in Digital and Smart Organisations. Legal, Economic and Organisational Perspectives on the Digitalization of Labour Relations*, Palgrave Macmillan, 2018, 93 ss.
- Ingrao A., *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018.
- Leccese V., *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in *RGL*, 2020, III, 428 ss.
- Leccese V., *Se il lavoro iperconnesso diventa l'occasione per scaricare sull'uomo il rischio d'impresa*, in *GLav*, 2019, n. 39, IX ss.
- Leccese V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001.
- Magnani M., *Prestazioni sconfinare: ma il diritto del lavoro non padroneggia ancora la legge internazionale*, in *GLav*, 2019, n. 39, VII ss.
- Mainardi S., *Il potere disciplinare e di controllo sulle prestazioni del lavoratore agile*, in L. Fiorillo - A. Perulli (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018.
- Maresca A., *La disciplina del lavoro agile nella legge n. 81/2017*, 10 ottobre 2017, relazione all'Università Niccolò Cusano.
- Martone M., *Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza. Il lavoro da remoto*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, 2020, 3 ss.

- Martone M., *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam-Wolters Kluwer, 2018, 461 ss.
- Nuzzo V., *Customer satisfaction e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2020, I, n. 165, 27 ss.
- Nuzzo V., *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, 2018.
- Occhino A., *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010.
- Pelusi L.M., *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *DRI*, 2017, 4, 1041 ss.
- Peruzzi M., *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, I, 1 ss.
- Proia G., *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. Fiorillo (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, 177 ss.
- Ricci G., *La «scomposizione» della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *RGL*, 2021, III, 321 ss.
- Romei R., *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, IV, 423 ss.
- Samek Lodovici M. et al., *The impact of teleworking and digital work on workers and society*, European Parliament, Publication for the Committee on Employment and Social Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, 2021.
- Santoni F., *L'obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *MGL*, 2019, IV, 926 ss.
- Tiraboschi M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Wp CSDLE*, It., n., 335/2017, 1 ss.
- Toriello S., *Il punto sul telelavoro*, in *RIMP*, 2012, III, 683 ss.
- Tursi A., *Il lavoro agile al tempo del coronavirus*, in M.T. Carinci - A. Tursi (a cura di), *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020, 94 ss.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

**Le condizioni di lavoro nelle imprese ICT  
e lo *smart working*.  
Evidenze dalla ricerca sul campo**

**MATTEO GADDI**  
Fondazione Claudio Sabattini

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



# Le condizioni di lavoro nelle imprese ICT e lo *smart working*. Evidenze dalla ricerca sul campo

**MATTEO GADDI**

Fondazione Claudio Sabattini

Ricercatore

matteo.gaddi@er.cgil.it

---

## ABSTRACT

---

The article deals with the issue of the working conditions in some ICT companies in Milan who are in smart (or home) working mode, using the empirical evidence of the research conducted through a questionnaire. The main results indicated both a general lengthening of daily working hours, with consequences on both working conditions and the labour market; and the intensification of work rhythms due to a significant level of workloads to be completed within tight deadlines. The labour organisation implemented in these companies, which is characterised by management by objectives and the application of *lean production* models (*DevOps* and *Scrum*) to the ICT sector, seem to be linked to the determination of working conditions. The consequences for health and safety conditions seem to be rather worrying, also in the light of a low diffusion of systems of collective bargaining and regulation of work performance.

**Keywords:** *smart working*; working conditions; labour organization; health and safety of workers; collective bargaining

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14108>

---

## **Le condizioni di lavoro nelle imprese ICT e lo *smart working*. Evidenze dalla ricerca sul campo**

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Metodologia della ricerca e caratteristiche dei rispondenti. – 2. L'allungamento dell'orario di lavoro. – 3. Condizioni di lavoro e di salute. – 4. L'organizzazione del lavoro: verso un sistema di cottimo? – 5. La registrazione dell'orario di lavoro. – 6. La *lean production* applicata all'ICT: *DevOps* e *Scrum*. – 7. Spazi di partecipazione e negoziazione. – 8. Conclusioni.

### **Introduzione**

In questo articolo viene affrontato il tema delle condizioni di lavoro dei lavoratori e delle lavoratrici di alcune imprese del settore ICT di Milano collocati in *smart working*.

Il primo paragrafo espone la metodologia seguita e descrive brevemente il campione dei rispondenti. Il secondo paragrafo è dedicato al tema dell'orario di lavoro che, dai risultati della ricerca, ha conosciuto un significativo processo di allungamento che ha interessato un numero molto elevato di lavoratori e le cui motivazioni rimandano ad elevati carichi di lavoro, a scadenze strette e, più in generale, al tema dell'organizzazione del lavoro. Nel terzo paragrafo vengono approfonditi i temi relativi alle condizioni di lavoro e di salute, con evidenze preoccupanti, dovute sia all'intensificazione dei ritmi di lavoro che ad un significativo incremento del livello di carichi di lavoro, che appaiono direttamente legate a come si lavora e agli aspetti organizzativi. I paragrafi 4, 5 e 6 sono quindi dedicati all'approfondimento dell'organizzazione del lavoro caratterizzata dal lavoro per obiettivi, dal venir meno di sistemi di registrazione e misurazione dell'orario di lavoro, e dall'applicazione all'ICT di sistemi di *lean production* (*DevOps* e *Scrum*). Nel sesto paragrafo viene messa in evidenza la scarsa diffusione di sistemi di negoziazione e partecipazione dei lavoratori in relazione ai temi attinenti all'organizzazione del lavoro. Infine, nelle conclusioni viene messa in evidenza una possibile correlazione tra le condizioni di lavoro e di salute, i sistemi di organizzazione del lavoro implementati in queste aziende e il quadro della negoziazione di questi aspetti.

### **1. Metodologia della ricerca e caratteristiche dei rispondenti**

L'inchiesta si è svolta mediante la somministrazione di un questionario ai lavoratori e alle lavoratrici delle principali imprese di ICT della provincia di Milano che applicano il Contratto Nazionale di Lavoro "Industria

Metalmecanica e della installazione di impianti". Il questionario è stato progettato e costruito per comprendere le conseguenze sulle condizioni di lavoratori e lavoratrici determinate dalla loro collocazione in lavoro agile a seguito delle misure di emergenza adottate per il contenimento della pandemia Covid - 19. L'inchiesta è stata svolta nel periodo dicembre 2020 - marzo 2021, quindi a distanza di poco meno di un anno dal primo *lockdown*. Le imprese coinvolte sono state individuate dalla Fiom-Cgil di Milano.

I temi del questionario sono stati discussi dal gruppo di ricerca in via preliminare con i delegati Fiom-Cgil delle principali Rappresentanze Sindacali Unitarie (d'ora in avanti, Rsu) delle imprese ICT coinvolte nell'inchiesta, in modo da verificare la capacità delle domande di "coprire" gli elementi che hanno caratterizzato e inciso sulla condizione di lavoro nel senso complessivo del termine; in una seconda fase, sempre con le principali Rsu il questionario è stato testato per verificarne la comprensibilità e la chiarezza in modo da facilitarne la compilazione. Gli scopi della ricerca, la struttura del questionario e le modalità di compilazione sono stati illustrati alla potenziale platea di lavoratori coinvolti in occasione delle assemblee sindacali aziendali convocate dalla Fiom-Cgil di Milano.

Successivamente i delegati Fiom-Cgil delle Rsu aziendali hanno provveduto alla diffusione del questionario mediante l'invio, tramite posta elettronica, di un *link* la cui apertura consentiva la registrazione del rispondente (garantendo tuttavia il pieno anonimato), la compilazione del questionario e l'invio dello stesso al database del software utilizzato.

Hanno risposto in maniera completa al questionario 3.152 lavoratrici e lavoratori, di questi 2.084 maschi (pari al 66,12%) e 1.068 femmine (33,88%). La fascia di età maggiormente rappresentata è quella di 4-9 anni (con il 18,50%), seguita da quella di 5-9 anni (16,05%) e 5-4 anni (16,02%). I rispondenti con età inferiore ai 30 anni (1-9 anni) sono stati complessivamente pari a 394 (12,5%).

Oltre il 50% dei rispondenti ha dichiarato elevati titoli di studio: laurea (26,05%), laurea vecchio ordinamento (26,11%) e master/dottorato (5,39%). Il 40,58% ha dichiarato di essere in possesso di diploma di scuola superiore; soltanto in 38 (1,21%) di essere in possesso di attestato di qualifica professionale, in 20 (0,63%) della licenza media inferiore e 1 di licenza elementare. La forza lavoro coinvolta nella ricerca, quindi, appare caratterizzata da elevati livelli di scolarizzazione.

Dal punto di vista dell'inquadramento professionale si assiste ad una significativa rappresentazione di livelli elevati: 814 rispondenti hanno dichiarato di essere inquadrati nell'8ª categoria del Ccnl "Industria metalmeccanica e della

installazione di impianti" (25,82%), 938 (29,76%) nella 7<sup>a</sup> categoria: sommando queste due categorie il 55,58% dei rispondenti risulta essere inquadrato come quadro o categoria immediatamente precedente. A questi si aggiungono 767 (24,33%) rispondenti inquadrati nella 6<sup>a</sup> categoria. In sostanza solo il 20% dei rispondenti è inquadrato dalla 5<sup>a</sup> categoria in giù (1). I livelli di inquadramento dichiarati risultano coerenti con le principali mansioni dei rispondenti: 571 *developer* (18,12%), 512 *ICT consultant* (16,24%), 467 *project manager* (14,82%), 448 *business analyst* (12,85%) ecc. (2).

La tipologia contrattuale di larghissima prevalenza tra i rispondenti è quella del contratto a tempo indeterminato (2.984, pari al 94,76%); molto pochi risultano essere i contratti di apprendistato (148, pari 4,7%) e meno ancora i contratti a tempo determinato (19, pari allo 0,6%). Anche nel caso del regime lavorativo si registra la netta predominanza di una tipologia: quella a full time con 2.984 rispondenti, pari al 94,67%.

Infine, dal punto di vista del livello di sindacalizzazione l'83,03% dei rispondenti non risulta essere iscritto a nessun sindacato, mentre gli iscritti alla Fiom risultano essere pari al 12,91%.

## 2. L'allungamento dell'orario di lavoro

Uno dei punti dibattuti, in materia di lavoro agile, e per certi versi legato al tema della *time porosity*, riguarda il possibile allungamento della giornata

---

(1) Il sistema di classificazione del personale, di cui al Titolo II del Ccnl "Industria metalmeccanica e della installazione di impianti" stabilisce che appartengono: alla 6a categoria «i lavoratori sia tecnici che amministrativi che, con specifica collaborazione, svolgono funzioni direttive o che richiedono particolare preparazione e capacità professionale, con discrezionalità di poteri e con facoltà di decisione ed autonomia di iniziativa nei limiti delle sole direttive generali impartite»; alla 7a categoria «I lavoratori che oltre alle caratteristiche indicate nella declaratoria della 6a categoria ed a possedere notevole esperienza acquisita a seguito di prolungato esercizio delle funzioni, siano preposti ad attività di coordinamento di servizi, uffici, enti produttivi, fondamentali dell'azienda o che svolgono attività di alta specializzazione ed importanza ai fini dello sviluppo e della realizzazione di obiettivi aziendali»; alla 8a categoria «i lavoratori che svolgono con carattere di continuità, con un grado elevato di capacità gestionale, organizzativa, professionale, funzioni organizzativamente articolate di rilevante importanza e responsabilità, ai fini dello sviluppo e dell'attuazione degli obiettivi dell'impresa, per attività di alta specializzazione, di coordinamento e gestione, e/o ricerca e progettazione, in settori fondamentali dell'impresa, fornendo contributi qualificati per la definizione degli obiettivi dell'impresa: a questi lavoratori è attribuita la qualifica di "quadro" di cui alla legge 13 maggio 1985, n. 190.»

(2) Per l'individuazione delle figure professionali è stato utilizzato l'elenco *European e-Competence Framework* (e-CF) che fornisce un riferimento delle competenze richieste e praticate nel contesto lavorativo dell'*Information and Communication Technology* (ICT).

lavorativa (3). Dai dati della ricerca emerge come il fenomeno dell'allungamento della giornata lavorativa sia ampiamente diffuso tra i rispondenti.

Alla domanda “*In smart working ti capita di lavorare per un numero di ore al giorno maggiore rispetto a quando lavori in ufficio?*” 2.464 rispondenti, pari al 78,17% degli intervistati, hanno risposto in maniera affermativa. Inoltre, solo il 17,1% dei rispondenti ha dichiarato che questo avviene un giorno a settimana, il 22,68% ha risposto che questo avviene due volte a settimana, mentre per il 60,21% il superamento dell'orario di lavoro avviene oltre due volte a settimana. Dalla portata delle risposte, inoltre, si può lecitamente presumere che tale fenomeno riguardi l'intera settimana lavorativa. Ci troviamo di fronte, quindi, ad un fenomeno che investe la dimensione temporale sia da un punto di vista “orizzontale” – il numero di giorni a settimana in cui questo avviene – sia da un punto di vista “verticale” – il numero di ore giornalmente lavorate.

La quantificazione delle ore giornaliere “extra” ha visto il 44,68% dei rispondenti dichiarare che si tratta di “*circa un'ora al giorno*”, il 43,75% “*da una a due ore al giorno*”, mentre addirittura l'opzione “*più di due ore al giorno*” raggiunge l'11,56% (286 rispondenti). Queste ore di lavoro “extra”, peraltro, non vengono riconosciute come ore di lavoro straordinario (4).

È interessante approfondire le ragioni che inducono questi lavoratori a superare in maniera così ampia e diffusa l'orario di lavoro contrattuale. Alla domanda corrispondente, soltanto l'1,42% dei rispondenti ha indicato una esplicita ed ufficiale richiesta del capo; la maggior parte delle risposte si distribuiscono tra le opzioni “*ho delle scadenze da rispettare*” (31,82%) e “*sono costretto*

---

(3) Il tema è già stato oggetto di un ampio dibattito in relazione al fenomeno delle cosiddetta “*time-porosity*”, si vedano, ad esempio: E. Genin, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, *IJCLLIR*, 2016, 32, 3, 280; C. Spinelli, *Lo smart working nel settore privato e le sfide per il futuro*, in *Smart working: tutele e condizioni di lavoro - Atti del quarto Seminario annuale della Consulta giuridica dedicato alla memoria del Prof. Luigi Mariucci Roma*, 12 febbraio 2021, a cura di U. Carabelli e L. Fassina, 2021, Futura; M.P. Aimo - A. Fenoglio, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, *Labor*, 2021, 1, 42 ss.

(4) Per il 92,84% (2.296 rispondenti) queste ore non vengono riconosciute come straordinario, mentre alla domanda relativa al pagamento del lavoro straordinario, il 77,4% dei rispondenti ha risposto di no. In relazione alle motivazioni del mancato pagamento del lavoro straordinario il 65,98% ha risposto che non gli è stata mai riconosciuta questa retribuzione, il 13,9% che lo straordinario, pur svolto, non gli viene autorizzato dal responsabile, il 12,81% che non ha modo di dimostrarlo, mentre il restante 7,31% che non gli viene riconosciuto da quando è stato collocato in *smart working*. L'opzione che ha raccolto il maggior numero di risposte lascia intendere che questa prassi sia assai diffusa ed esistente da tempo nel settore dell'ICT; la seconda rimanda ad una precisa decisione delle gerarchie aziendali, mentre la terza (la mancata possibilità di dimostrarlo) rimanda alla mancanza di strumenti e metodi in grado di registrare correttamente la durata dell'orario di lavoro.

da un carico di lavoro eccessivo” (27,66%). Sommando tra loro queste due opzioni – in stretta relazione tra loro – si raggiunge quasi il 60%: segno evidente che l’organizzazione del lavoro, come vedremo in seguito, gioca un ruolo fondamentale nel determinare queste condizioni di lavoro.

Contribuiscono all’allungamento dell’orario di lavoro effettivo almeno quattro ulteriori elementi.

Il primo concerne il diritto alla disconnessione: alla domanda se la regolazione a livello aziendale dello *smart working* preveda il diritto alla disconnessione del lavoratore dai dispositivi aziendali, il 50,79% ha risposto che non sa se esiste, il 29,73% ha risposto di no; mentre solo il 19,48% ha risposto di sì. Nonostante l’ampio dibattito sul tema, per il quale si rimanda al contributo di Silvia Magagnoli <sup>(5)</sup>, questo risultato dà evidenza del fatto che: a) il diritto alla disconnessione non viene negoziato a livello individuale né collettivo; b) le imprese non danno particolare rilievo a questo diritto, che pure attiene alla salute e alla sicurezza dei lavoratori.

Se da un lato l’art.19 della legge n. 81/2017 rimette all’accordo individuale la previsione di forme di disconnessione dall’altro, nella prassi concreta, le organizzazioni sindacali, e segnatamente la Fiom-Cgil, hanno cercato di pervenire ad una negoziazione collettiva di questo aspetto. La presente ricerca non consente tuttavia di evidenziare se la mancata negoziazione del diritto alla disconnessione costituisca un elemento strutturale o se sia imputabile alle particolari condizioni del periodo emergenziale. Va tuttavia richiamato il fatto che nella concreta esperienza sindacale i temi dell’orario massimo di lavoro giornaliero, delle fasce orarie di reperibilità e della disconnessione sono oggetto di acceso confronto con le imprese.

Il secondo elemento concerne la ricezione di comunicazioni (e-mail, messaggi, telefonate, chat aziendale), da parte dell’azienda o dei clienti al di fuori dell’orario di lavoro contrattuale. Un’ampia maggioranza di rispondenti (complessivamente il 77,89%) ha risposto di sì; il 64,82% ha precisato che questo avveniva anche prima del *lockdown* <sup>(6)</sup>. È interessante evidenziare il comportamento dei lavoratori nei confronti di queste comunicazioni: una netta minoranza – il 10,7% dei rispondenti – rimanda la risposta al giorno lavorativo successivo; il 70,17% “a volte” risponde; il 19,13% risponde regolarmente.

---

(5) Cfr. S. Magagnoli, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva dei tempi di lavoro*, pubblicato nel presente fascicolo.

(6) Va ricordato una parte di questi lavoratori già aveva sperimentato modalità di lavoro agile prima del *lockdown* e che, comunque, la maggior parte erano organizzabili con questa modalità.

Come terzo aspetto, alla ricezione di comunicazioni oltre l'orario di lavoro contrattuale si aggiunge il fatto che il 38% dei rispondenti ha segnalato riunioni organizzate al di fuori dell'orario di lavoro. Se le comunicazioni fuori orario possono arrivare anche da clienti – cioè da figure esterne su cui l'impresa non ha il controllo e a cui quindi può imputare la responsabilità di tali comunicazioni – in questo caso la responsabilità dell'azienda è evidente (7). Sono i responsabili, i manager e le figure apicali dell'azienda, infatti, che organizzano queste riunioni in orari che si collocano oltre l'orario di lavoro contrattuale.

Infine, il 5% dei rispondenti ha dichiarato di svolgere la formazione interamente oltre l'orario contrattuale, mentre un 31,2% sia durante che al di fuori dell'orario di lavoro.

Riassumendo, quindi, l'allungamento della giornata lavorativa appare imputabile a: a) gli eccessivi carichi di lavoro a cui corrispondono scadenze strette, b) la mancata previsione del diritto alla disconnessione; da cui in larga misura conseguono: c) la ricezione di comunicazioni oltre l'orario di lavoro contrattuale; d) riunioni e formazione oltre orario.

### 3. Condizioni di lavoro e di salute

Oltre all'allungamento dell'orario, appare utile mettere in evidenza le condizioni di lavoro dal punto di vista dei ritmi, dell'intensità della prestazione, della qualità del lavoro e delle possibili ricadute sulla salute di lavoratori e lavoratrici.

Innanzitutto, è possibile valutare l'intensità della prestazione facendo riferimento ad una serie di domande relative alle condizioni di lavoro. Solo il 2,38% dei rispondenti (75) ha dichiarato di non sostenere “mai” un ritmo di lavoro eccessivo, il 50,43% (1.588) “qualche volta” e il 47,19% (1.486) “spesso”. È strettamente intrecciata a questa tematica quella delle “scadenze strette”, menzionata tra le motivazioni che inducevano molti a superare l'orario di lavoro contrattuale. I risultati sono assai simili a quelli della domanda corrispondente: solo il 2,16% (68) ha risposto di non avere “mai” scadenze strette; il 45,76% (1.440) ha risposto “qualche volta” ed il 52,08% (1.639) “spesso”.

Anche in questo caso, ritmi elevati e scadenze troppo strette sono stati messi in stretta relazione: la necessità di lavorare ad un ritmo considerato “eccessivo” dipende da quanto è ravvicinata la scadenza entro la quale si deve

---

(7) Anche le convocazioni fuori orario avvenivano anche quando ci si recava normalmente in ufficio (74,63% dei rispondenti).

conseguire l'obiettivo assegnato. Ciò richiama il tema della misurabilità dei carichi di lavoro in termini di tempo necessario per il loro espletamento e la possibilità di contrattarli, disponendo di tutte le informazioni utili a tal fine. L'assegnazione di obiettivi il cui carico in termini di tempo non è stato calcolato – o, nella peggiore delle ipotesi, sia a conoscenza della sola impresa – comporta inevitabilmente conseguenze critiche per i lavoratori, quali l'allungamento dell'orario effettivo di lavoro e/o la necessità di lavorare a ritmi elevati con una notevole intensificazione della prestazione lavorativa.

Anche altre parti del questionario hanno consentito di evidenziare il tema dell'intensificazione della prestazione lavorativa. Dal punto di vista delle pause la situazione appare abbastanza critica. Anche se l'applicabilità del D.Lgs. 81/2008 al lavoro agile è oggetto di discussione <sup>(8)</sup>, il questionario ha previsto una domanda circa l'effettuazione o meno delle pause previste dalla normativa (articolo 175, D.Lgs. 81/2008) per i videoterminalisti: solo il 49,65% dei rispondenti (1.565) ha risposto di sì, il 43,65% (1.376) ha risposto di no, e addirittura il 6,69% (211) ha risposto che non sa nemmeno cosa siano. È plausibile presumere che sia la mancata effettuazione delle pause sia la mancata conoscenza di tale diritto–dovere fossero diffuse anche prima del collocamento in *smart working* emergenziale. Questo aspetto appare assai preoccupante in quanto questo diritto–dovere prevede l'interruzione del lavoro per quindici minuti ogni centoventi minuti di lavoro al videoterminale quale misura espressamente finalizzata alla tutela della salute dei lavoratori. Non solo: l'impresa è tenuta a darne informazione ai lavoratori e a garantirne l'effettivo esercizio attraverso la formazione e un'organizzazione del lavoro adeguata a tal fine.

Anche dal punto di vista delle altre pause (relax, caffè, ecc.) le risposte appaiono abbastanza preoccupanti: il 33,22% (1.047) dei rispondenti fa le stesse pause di quando era in ufficio, e il 5,71% (180) ne fa di più. Ma il 50,48% dei rispondenti (1.591) fa meno pause di prima e addirittura il 10,6% (334) non fa pause del tutto. Anche in questo caso il tema attiene tanto all'intensità della prestazione quanto alle condizioni di salute psico–fisica dei lavoratori.

Inoltre, durante il lavoro in *smart working* sembra essere crollato l'assenteismo: il 79,95% dei rispondenti (2.520) ha dichiarato di non aver fatto nessun giorno di malattia, mentre un ulteriore 13,67% (431) ha dichiarato di aver fatto da 1 a 5 giorni. Gli ulteriori rispondenti si attestano per il 2,38% dei casi

---

(8) M.L. Pelusi, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, DRI, 2017, 4, 1041.

tra 6 e 10 giorni di malattia, l'1,21% tra 11 e 15 giorni e il 2,79% oltre i 15 giorni. Le cose, tuttavia, sono più complesse.

La domanda successiva, infatti, era finalizzata a comprendere se dietro questi dati si nascondesse il fatto che anche in presenza di condizioni di indisposizione (poche linee di febbre, disturbi vari, ecc.) le persone in *smart working* – almeno in alcuni casi – non ricorressero alla malattia, ma lavorassero comunque. In proposito, il 54,19% (1.708) dei rispondenti ha dichiarato di aver lavorato anche in presenza di sintomi di indisposizione, senza prendere giorni di malattia. Anche il dato relativo alla fruizione dei permessi previsti dal Ccnl sembra andare in una direzione simile, con il 39,34% dei rispondenti (1.240) che dichiara di non averne mai fruito in *smart working*.

Alla domanda “*In smart working l'azienda ti ha proposto di lavorare nonostante fossi in ferie, in permesso o in malattia?*”, inoltre, sarebbe stato naturale trovare il 100% di risposte negative. Invece il 2,41% (76) ha risposto di aver ricevuto questa richiesta quando era in malattia, il 4,44% quando era in permesso, e addirittura il 13,9% quando era in ferie. Quindi nemmeno il collocamento in malattia o la fruizione formale, cioè a seguito di procedura di autorizzazione, di ferie o permessi sembra tutelare del tutto i lavoratori da invasioni della loro vita privata da parte dell'impresa. Ciò avviene non solo informalmente, ma anche dietro formale richiesta dell'impresa.

Il tema della qualità del lavoro, cioè lo svolgimento o meno di mansioni noiose e di compiti dequalificanti, la disponibilità di supporti adeguati ecc., ha una significativa rilevanza in merito alle condizioni di lavoro. Pertanto è stato chiesto se è capitato di “*svolgere mansioni noiose*”, “*non avere un supporto adeguato nello svolgimento del lavoro*”, “*assumere delle responsabilità eccessive*” rispetto al proprio livello e “*svolgere compiti dequalificanti*”. Per ragioni di sintesi i risultati vengono riportati nella seguente Tabella 1.

	Mai	Qualche volta	Spesso
Svolgere mansioni noiose	12,29	67,61	20,1
Non avere un supporto adeguato nello svolgimento del lavoro	26,23	57,7	16,07
Assumere delle responsabilità eccessive rispetto al tuo livello	26,6	50,83	22,57
Svolgere compiti dequalificanti rispetto al tuo livello	43,67	45,96	10,37

In tutti i casi, la maggior parte dei rispondenti si colloca nell'opzione di risposta “*qualche volta*”, con alcuni dati significativi anche riferiti all'opzione “*spesso*”, soprattutto per quanto concerne l'assunzione di responsabilità eccessive. Non vi è dubbio che alcuni di questi aspetti, in particolare l'assenza di supporto e l'assunzione di eccessive responsabilità, attengano tanto a criticità riferite ai modelli di organizzazione del lavoro, quanto a possibili conseguenze sulla salute dei lavoratori, in termini di ansia, stress, ecc.

Infine, un ulteriore elemento determinante le condizioni di lavoro e di salute dei lavoratori è costituito, dall'ambiente di lavoro.

L'ambiente di lavoro per il 99,08% dei rispondenti coincide con la propria abitazione, come è naturale che sia in presenza dello *smart working* emergenziale. Appare utile, quindi, cercare di capire quali siano le condizioni di spazi quali le abitazioni private – che non sono stati progettati e attrezzati come ambienti di lavoro <sup>(9)</sup> – per comprendere le potenziali conseguenze.

In questo senso sono abbastanza preoccupanti le valutazioni espresse a proposito dell'ergonomia degli elementi della postazione lavorativa – poggiapiedi, sedia, tavolo, il posizionamento dello schermo del computer. Il 33% dei rispondenti (1.044) ha dichiarato che nessuno di questi risulta essere ergonomico. Il 44% (1.503) ha dichiarato di utilizzare una sedia ergonomica, il 37,75% (1.190) un tavolo ergonomico; per il 44,8% il posizionamento dello schermo del computer ergonomico e il 6,03% possiede un poggiapiedi ergonomico. In nessun caso l'utilizzo di strumenti ergonomici supera il 50%. Questo aspetto è indubbiamente collegato al fatto che in pochissimi casi gli elementi della postazione di lavoro sono stati forniti dalle imprese e che di essi hanno dovuto farsi carico i lavoratori.

In tema di condizioni (ritmi, carichi, scadenze, pause, ecc.) e ambiente di lavoro, è possibile interpretare i dati relativi alla domanda se in *smart working* i lavoratori abbiano iniziato a soffrire di alcuni disturbi. A questa domanda era possibile rispondere scegliendo più opzioni, in quanto non mutualmente esclusive.

Il 51,68% (1.629) ha risposto di non aver iniziato a soffrire di disturbi; il 39,18% (1.235) ha risposto “*sì, di natura muscoloscheletrica*”, il 15,61% (492) ha risposto “*sì, di insonnia*”, e il 13,01% (410) ha risposto “*sì, ho rischiato l'esaurimento nervoso (burnout)*”. Se il dato relativo allo sviluppo di disturbi di natura muscoloscheletrica può essere correlato alla scarsa ergonomia, non è possibile

---

(9) Dal punto di vista di microclima, rumore, illuminazione ed esalazioni/qualità dell'aria la maggior parte dei rispondenti si colloca tra “buono” e “sopportabile”, anche se non mancano alcune valutazioni critiche.

escludere che insonnia e esaurimento nervoso-*burnout* non possano essere correlati a stress, ansia, pressione derivanti da una serie di elementi caratterizzanti la prestazione lavorativa: elevati carichi e ritmi di lavoro, intensità della prestazione, mancata fruizione delle pause ecc. Non sono infatti mancate in dottrina riflessioni che hanno associato questa particolare condizione lavorativa a possibili conseguenze sulle condizioni generali di salute e benessere dei lavoratori in *smart working*, sottolineando come questa modalità di prestazione possa comportare pesanti condizioni di stress lavoro-correlato, determinate dal cambiamento della quotidianità dettato dai ritmi di lavoro e dall'intensificazione e spesso dalla saturazione dell'orario di lavoro <sup>(10)</sup>.

#### 4. L'organizzazione del lavoro: verso un sistema di cottimo?

I risultati descritti nei due paragrafi precedenti chiamano in causa il tema dell'organizzazione del lavoro, a partire dalle risposte fornite in materia di carichi di lavoro e scadenze. I due elementi sono da trattare insieme in quanto sono le scadenze strette a determinare carichi di lavoro eccessivi – e rimandano alla necessità di un approfondimento circa l'organizzazione del lavoro che si è diffusa in queste aziende, caratterizzata dall'assegnazione di obiettivi ai dipendenti. Questo approfondimento appare utile anche alla luce della previsione di cui alla l. 81/2017 secondo la quale la modalità di esecuzione del rapporto può essere determinata «anche mediante forme di organizzazione per fasi, cicli ed obiettivi e senza precisi vincoli di orario», formulazione che sembra valorizzare il raggiungimento di risultati determinando una «cadenza dell'esecuzione lavorativa organizzata per obiettivi predeterminati» <sup>(11)</sup>. Nelle imprese oggetto della presente ricerca il sistema del lavoro per obiettivi risultava già ampiamente diffuso prima del collocamento emergenziale dei lavoratori in *smart working*; in questo senso è possibile affermare che si tratta di un elemento strutturale all'organizzazione del lavoro di queste imprese che sembra essersi combinato con la previsione citata di cui alla l. 81/2017. Alla luce di questa combinazione appare possibile affermare come alcune conseguenze critiche di questo modello che si erano già manifestate sembrano essersi accentuate durante lo *smart working*.

---

(10) M. Brollo, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, LG, 2020, 6, 553.

(11) F. Santoni, *L'obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, MGL, 2019, 4, 923.

Il lavoro per obiettivi viene sovente presentato <sup>(12)</sup> come uno strumento per valorizzare competenze, professionalità e creatività dei dipendenti. In questo caso, invece, sembra svolgere una funzione di vincolo e pressione nei confronti dei lavoratori che, per raggiungere gli obiettivi assegnati, si vedono costretti a superare l'orario di lavoro contrattuale e/o ad intensificare la prestazione lavorativa.

Questo sistema di assegnazione di obiettivi ricorda, concettualmente, quello del cottimo, seppur senza cambiamenti dal punto di vista retributivo. Questo sistema, infatti, non comporta conseguenze in termini di modalità retributiva, ma bensì dal punto di vista dell'organizzazione del lavoro, dei ritmi, dell'intensità e della saturazione del tempo di lavoro. Teoricamente l'orario contrattuale di lavoro dovrebbe essere sufficiente ad assolvere il carico di lavoro che questi obiettivi comportano; ma le particolari modalità con cui avviene questa assegnazione determinano conseguenze sia dal punto di vista di una possibile estensione del tempo di lavoro che di una possibile intensificazione della prestazione. Se questo sistema, a differenza del cottimo tradizionale, non comporta conseguenze retributive in termini di incentivazione economica, viene da chiedersi come abbia potuto affermarsi in questo tipo di imprese; tema che vedremo in seguito, prima è necessario che il richiamo concettuale del cottimo sia oggetto di alcuni approfondimenti.

L'articolo 2099 del Codice Civile fonda una distinzione fondamentale tra le tipologie di retribuzione: quella a tempo e quella a cottimo. Mentre la prima garantisce la certezza del reddito del lavoratore subordinato essendo calcolata sul tempo di lavoro al quale lo si obbliga, la seconda pone l'accento sul raggiungimento del risultato dell'attività lavorativa. Se in una determinata fase storica la retribuzione a cottimo è apparsa caratteristica del lavoro autonomo, successivamente si è diffusa anche nell'industria come forma retributiva di lavoratori subordinati <sup>(13)</sup>. Tuttavia, va precisato che nel corso del tempo nell'industria il cottimo "tanto a pezzo" <sup>(14)</sup> – ovvero quel cottimo che astrae completamente dalla retribuzione a tempo e che remunera il lavoratore in base al numero di pezzi realizzati moltiplicati per la tariffa unitaria – è stato superato da forme di cottimo che determinavano soltanto una parte della retribuzione, con chiare finalità di incentivazione all'intensificazione della prestazione

---

(12) M.G. Wolf, *Selecting the Right Performance Management System*, in *The Talent Management Handbook Creating Organizational Excellence by Identifying, Developing, and Promoting Your Best People*, a cura di L. A. Berger - D. R. Berger, 2004, McGraw-Hill, 85 ss.

(13) G. Giugni, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, RDL, 1968; M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, 2008, Giappichelli, 343 ss.

(14) FIOM, *Dispensa per corso sindacale. Il cottimo*, senza data (anni '60).

lavorativa e quindi di incremento dei volumi prodotti. Vale altresì la pena rilevare che anche nel cottimo “tanto a pezzo” la produzione, che poteva avere volumi diversi a seconda della destrezza dell’operaio e/o dell’intensificazione della prestazione, avveniva comunque all’interno di un determinato orario di lavoro inteso come il numero massimo di ore giornaliere dedicate al lavoro.

Rispetto ai casi storici del cottimo, la presente ricerca fa emergere con grande evidenza un’ulteriore criticità: l’indeterminatezza di chi misura, e come, il carico di lavoro che comporta un determinato obiettivo. Formalmente l’obiettivo viene assegnato al lavoratore subordinato da parte della figura gerarchica di riferimento (il manager, il responsabile della *function* o della divisione, ecc.), ma non è chiaro se e come avvenga la determinazione – cioè il calcolo – del tempo necessario a portarlo a termine. La definizione di una modalità condivisa, cioè contrattata con l’organizzazione sindacale, di misurazione del “peso” di ciascun obiettivo deve consentire di quantificarlo in termini di carico di lavoro e quindi di “tempificarlo”.

Si tenga presente che nei sistemi di cottimo industriale veniva calcolato (e laddove i rapporti di forza lo consentivano, anche contrattato) il tempo necessario a realizzare un pezzo: il “tempo assegnato”, che costituiva la base di partenza del cottimo da confrontare con il “tempo effettivamente impiegato” (15). Da questo rapporto derivava il “rendimento di cottimo” che entrava nel calcolo della percentuale di cottimo nei casi della sua applicazione come sistema “integrale”, “accelerato”, “rallentato”, “anticipato”, ecc. Non è questa la sede per aprire una discussione sul sistema di cottimo e sulle conseguenze negative che esso comporta per i lavoratori; si vuole soltanto sottolineare come anche questo sistema, assai critico, prevedesse comunque alcuni elementi di trasparenza (altro discorso, ovviamente, è la correttezza del calcolo del “tempo assegnato” che infatti costituiva uno degli aspetti più significativi della contrattazione sindacale aziendale).

Nel settore manifatturiero, una procedura analoga di determinazione dei tempi è sempre avvenuta tramite i classici sistemi dei “tempi e metodi”. Si pensi, ad esempio, al sistema *Beadeaux* tramite il quale viene cronometrato lo svolgimento di un determinato insieme di operazioni. Attraverso una serie di passaggi (normalizzazione del tempo in base al giudizio di efficienza, applicazione delle maggiorazioni) si arriva al tempo “assegnato” all’operatore per svolgere una determinata fase o ciclo.

---

(15) CGIL, *Tempi e cottimi*, 1967, Editrice Sindacale Italiana.

Nel caso delle imprese ICT, come viene calcolato il tempo necessario a realizzare un obiettivo? Al momento non si è a conoscenza di come questo avvenga, né di metodi contrattati e condivisi con le organizzazioni sindacali. Ne consegue che l'assenza di tempi associati agli obiettivi rende difficile per i lavoratori valutare se il loro raggiungimento possa avvenire all'interno dell'orario contrattuale o se, al contrario, si rendano necessari: a) una quota supplementare di ore; b) una forte intensificazione della prestazione lavorativa <sup>(16)</sup>; c) entrambe le ipotesi precedenti <sup>(17)</sup>.

Se, come anticipato, questo sistema di lavoro per obiettivi non assume le sembianze classiche del cottimo in termini di incentivo economico, bisogna cercare di capire quali sono le motivazioni che spingono i lavoratori delle imprese di questo settore ad una sua sostanziale accettazione. Alla luce di precedenti ricerche svolte <sup>(18)</sup>, alcune ipotesi possono essere formulate. La realizzazione degli obiettivi assegnati entro una determinata scadenza temporale costituisce uno dei principali elementi che concorrono alla valutazione del dipendente. Questa valutazione non determina conseguenze tanto in termini retributivi, quanto in termini di profilazione del dipendente e, di conseguenza, in termini di un suo coinvolgimento o meno nello svolgimento di attività qualificate e gratificanti, in progetti di formazione e sviluppo delle competenze, nonché in termini di possibili avanzamenti di carriera. Come anticipato, questo sistema di organizzazione del lavoro, nonché il sistema di valutazione ad esso strettamente correlato, era diffuso presso le imprese ICT coinvolte in questa ricerca da diverso tempo manifestando una serie di criticità rispetto alle condizioni di lavoro che la collocazione in *smart working* sembra aver ulteriormente accentuato.

## 5. La registrazione dell'orario di lavoro

In diverse imprese coinvolte nella ricerca, come forma di "autonomia" dei lavoratori era già stato eliminato – su decisione aziendale – l'obbligo di

---

(16) Risultati analoghi sono stati riscontrati in precedenti ricerche svolte nell'ambito dell'ICT, si veda ad esempio: D. Di Nunzio - G. Ferrucci - M. Mensi, *Il lavoro informatico. Reti organizzative, condizioni di lavoro e azione sindacale*, Ediesse, 2019.

(17) Sui tempi di svolgimento della prestazione e sulla durata delle attività di lavoro cfr. B. Maggi, *Smart working: le false promesse*, in *Smart working: una prospettiva critica. Quaderno del programma di ricerca "L'officina di organizzazione"*, a cura di M. Neri, 2017, TAO Digital Library.

(18) A. Mazzei - A. Nastri (a cura di), *Terziario avanzato ICT. Le job description aziendali e il riconoscimento delle professionalità*, Supplemento n. 5 al n. 1/2013 di *Ebinter News – Bilateralità nel terziario*, 2013, Roma; M. Gaddi, *Industria 4.0: più liberi o più sfruttati?*, Edizioni Punto Rosso, 2019.

timbratura dell'inizio e della fine del turno di lavoro: questo rende molto difficile, se non impossibile, dimostrare lo svolgimento di eventuali ore di straordinario. Quindi, una decisione che apparentemente dovrebbe costituire un vantaggio per i lavoratori rischia di tradursi in un elemento di criticità. In assenza di timbratura, più che la possibilità di determinare liberamente la collocazione oraria della prestazione lavorativa o addirittura di scegliere quanto lavorare, per le lavoratrici e i lavoratori questo ha comportato il rischio che si aprisse la possibilità di effettuare ore di straordinario non pagato essendo venuta meno la misurazione dell'orario di lavoro. In particolare, la possibilità di determinare in autonomia *quanto* lavorare non si è verificata alla luce dei carichi di lavoro affidati a queste lavoratrici e lavoratori (19).

I risultati della ricerca fanno emergere il tema dell'orario di lavoro. Il legame tra orario di lavoro e salute dei lavoratori è stato oggetto di una sentenza della Corte di Giustizia Europea (20) che richiama la Direttiva n. 2003/88, relativa al tema dell'organizzazione dell'orario di lavoro e quindi della sua durata, prevedendo che quest'ultima debba consentire la fruizione di periodi minimi di riposo e di pausa adeguati. Al fine di garantire questo diritto si rende necessaria la misurazione degli orari di lavoro tramite uno strumento obiettivo, affidabile e accessibile, proprio per assicurare la tutela della salute dei lavoratori. L'orario di lavoro nel diritto comunitario è inscindibilmente connesso alla dimensione della salute e sicurezza sul lavoro, essendo le stesse direttive in materia di orario adottate sulla base giuridica della salute e sicurezza, come emerge dal preambolo della direttiva 2003/88/CE. La sentenza citata trova il punto di maggior interesse proprio nella riaffermazione dell'obbligo di misurazione dell'orario di lavoro, quale elemento posto a tutela del diritto alla salute di lavoratrici e lavoratori.

La seconda conseguenza attiene al mercato del lavoro: lo svolgimento di un significativo numero di ore di lavoro straordinario, oltretutto non riconosciuto né retribuito, pone il tema di quanti potenziali posti di lavoro corrispondano a tale monte-ore "extra". Detta in altri termini: il fatto che più o meno regolarmente i rispondenti svolgano ore di lavoro "extra" consente a queste imprese di evitare di fare un certo numero di assunzioni che, invece, sembrerebbero necessarie alla luce dei carichi di lavoro a cui devono far fronte. E questo aspetto appare piuttosto critico, alla luce delle tensioni che

---

(19) M. Gaddi, *op. cit.*

(20) Corte giust, 14 maggio 2019, C-55/18; e la nota di V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, RGL, II, 3, 2020, 428 ss.

attraversano il mercato del lavoro, in cui il tasso di disoccupazione ha raggiunto livelli assai preoccupanti.

Sulla base delle risposte fornite è possibile calcolare il monte ore extra – in larghissima parte non riconosciute come straordinarie – svolte dai rispondenti. In tabella 2 sono state riorganizzate le risposte indicando il numero di giornate settimanali in cui avviene il superamento dell'orario di lavoro ed il numero di ore extra che vengono svolte.

Tabella 2

Numero settimana	giorni	a Ore in più	Numero rispondenti
1		1	318
1		da 1 a 2	98
1		oltre 2	7
2		1	351
2		da 1 a 2	194
2		oltre 2	16
Oltre 2		1	436
Oltre 2		da 1 a 2	790
Oltre 2		oltre 2	263

Per coloro che hanno risposto da 1 a 2 ore al giorno è stato utilizzato il dato medio di 1,5 ore; mentre per coloro che hanno indicato oltre due giorni a settimana è stato utilizzato il numero minimo e prudenziale di 3 giorni. In questo modo è stato calcolato un numero complessivo di ore extra svolte da questi lavoratori pari a 8.268, che diviso per 40 (le ore settimanali di lavoro per un *Full Time Equivalent* – FTE) dà come risultato 206,7. Questo significa che se queste ore extra non venissero svolte, queste imprese dovrebbero procedere con circa 207 assunzioni di FTE che, su un totale di 3.152 rispondenti corrisponde al 6,55%.

## 6. La lean production applicata all'ICT: DevOps e Scrum

I risultati della ricerca toccano anche il tema dell'organizzazione del lavoro, ispirata ai principi della *lean production* <sup>(21)</sup>, adottata nel settore ICT.

(21) T. Ohno, *Lo spirito Toyota*, 2004, Einaudi; J. P. Womack - D. T. Jones - D. Ross, *The machine that changed the world*, 2007, Free Press; B. Coriat, *Ripensare l'organizzazione del lavoro*, Dedalo, 1991.

Questa comprende sia il *DevOps* <sup>(22)</sup> che lo *Scrum* <sup>(23)</sup>. Si tratta di sistemi di organizzazione dei processi produttivi e lavorativi che le imprese ICT applicano da tempo, cioè da prima della collocazione massiva ed emergenziale del personale in condizioni di *smart working*.

Il *DevOps* (*Development – Operations*) è una metodologia di sviluppo del software finalizzata ad incrementare la produttività. Si ispira ai principi della *lean production*, a partire dalla drastica riduzione dei cosiddetti “tempi di attraversamento” di un prodotto – il tempo che intercorre tra la sua concezione/ideazione ed il momento in cui arriva sul mercato.

Il *DevOps* si propone quindi di ridurre drasticamente i tempi di rilascio (*release*) del prodotto (software) riducendo il *lead time* da mesi a poche ore, o addirittura a pochi minuti, in modo da incrementare in maniera esponenziale il numero di rilasci.

Questa metodologia prescrive l'individuazione delle aree dove il flusso del valore (cioè il processo produttivo) rischia di essere rallentato, in modo da arrivare alla riduzione del *lead time*: per questo si individuano le aree dove il lavoro rimane in attesa per settimane o mesi. Per ciascuna area viene valutato il *lead time* specifico ed il tempo effettivo di lavoro, quello cioè che crea valore, calcolando il rapporto tra questi due tempi. Le aree che presentano i valori più elevati di questo rapporto sono quelle più critiche, su cui si deve intervenire per allineare *lead time* e tempo di lavoro effettivo. Automazione, compressioni dei tempi, aumenti di saturazioni con conseguente intensificazione dei ritmi di lavoro sono gli strumenti principalmente utilizzati per raggiungere questo obiettivo.

Per conseguire questo obiettivo tutte le fasi che costituiscono la catena di produzione del software devono essere compresse, fino ad essere organizzate in parallelo e/o essere automatizzate. La modalità tradizionale di produzione del software (*waterfall* – “a cascata”) prevede fasi distinte e successive: analisi dei requisiti, progetto, sviluppo, collaudo, manutenzione. Nella mentalità “Agile”

---

(22) G.J. Kim - P. Humble - J.W. Debois, *The Devops Handbook. How to Create World-Class Agility, Reliability & Security in Technology Organizations*, IT Revolution, 2016; L. Leite - C. Rocha, F. Kon -D. Milojicic - P. Meirelles, *A Survey of DevOps Concepts and Challenges*, *ACM Computing Surveys*, 2019, 52, 6, Article 127.

(23) K. Schwaber - J. Sutherland, *The Scrum Guide. The Definitive Guide to Scrum: The Rules of the Game*, 2020, disponibile in: <https://scrumguides.org/>; S. Sachdeva, *Scrum Methodology*, *International Journal Of Engineering And Computer Science*, 2016, 5, 6, 1679-6799; M.R.J. Qureshi - I. Sayid, *Scheme of Global Scrum Management Software*, *I.J. Information Engineering and Electronic Business*, 2015, 2.

questo implica tempi troppo lunghi, che contrastano con la necessità di rilasci continui.

La riorganizzazione dei flussi deve quindi rendere più veloce e prevedibile il *lead time* che, nel flusso complessivo, deve coincidere il più possibile con il *process time* (o *task time*): mentre il *lead time* si misura a partire dal momento della richiesta fino a quello in cui viene evasa, il *task time* inizia quando comincia il lavoro concreto sulle richieste del cliente, ed esclude tutti i tempi di attesa. Da qui l'obiettivo di cancellare tutti i tempi "morti" come attese, pause, errori, tempi di lavoro più lunghi rispetto a quanto pianificato, ecc.

A queste finalità sono dedicati tutti gli strumenti del *DevOps*, anche quelli che vengono presentati come elementi in grado di meglio supportare i lavoratori o di migliorare la qualità del lavoro. Limitiamoci, per ragioni di spazio, soltanto ad alcuni esempi.

Il *DevOps* viene quindi presentato come uno strumento atto a migliorare la qualità del prodotto e del lavoro, ma di fatto si propone di comprimere il più possibile i tempi del *lead time* nei confronti dei clienti, sia interni (cioè chi si occupa di altre fasi) che esterni all'azienda. Questo comporta anche una crescente responsabilità (intesa unicamente come carico lavorativo e di stress, non certo come il riconoscimento di maggiori ambiti di autonomia) nei confronti del "duplice cliente". Il fatto che anche i dipartimenti interni vengano classificati come "clienti" fa inoltre sì che il rapporto tra colleghi sia quello tipico di una fornitura commerciale invece che di tipo collaborativo, nonostante la grande enfasi posta sul fatto che tutti i membri di un flusso di valore debbano lavorare insieme.

Inoltre, il *DevOps* permette di individuare prontamente gli errori di programmazione, e quindi di correggerli immediatamente. Anche questa enfasi posta sull'immediata rilevazione degli errori tramite *feedback* continui possiede un duplice natura: da una parte viene presentata con la facciata della positività del lavoro di qualità (immediata rilevazione di difetti da correggere), ma dall'altra richiede di monitorare (quindi controllare) continuamente ogni prestazione degli operatori, magari individuando i responsabili di eventuali errori e incrementando ansia e pressione.

Per realizzare questi obiettivi di identificazione, contenimento e correzione di eventuali errori, il *DevOps* non prescrive l'inserimento di ulteriori step di ispezione o di autorizzazione. La cancellazione di questi passaggi, e del relativo lavoro (almeno sulla carta), viene giustificata con la retorica "democratica" della logica *lean*, secondo cui l'efficienza di un procedimento di verifica decresce man mano che ci si allontana dal luogo in cui concretamente si

realizza il lavoro. In realtà, la completa cancellazione di questi passaggi non può avvenire; quindi, le mansioni residue vengono caricate sugli operatori, contribuendo così ad aumentarne i livelli di saturazione e responsabilità.

È inoltre importante sottolineare che la produzione giornaliera deve comunque essere sempre garantita: se il flusso si interrompe a seguito di eventuali errori, il tempo impiegato per la correzione va recuperato, con una conseguente intensificazione dei ritmi.

Ovviamente, la risoluzione immediata degli errori serve a impedire che questi si diffondano a valle, dove identificarli e correggerli diventa molto più difficile e costoso. L'individuazione del problema, inoltre, spesso coincide con quella del singolo individuo che lo ha causato.

Il *DevOps* si propone anche di ridurre i cosiddetti *handoff* – i trasferimenti di informazioni o di responsabilità lungo la catena di produzione del software. Poiché esistono centinaia o addirittura migliaia di operazioni richieste per muovere il codice dalla versione di controllo a quella utilizzabile in ambiente di sviluppo, ciascuno di questi passaggi può rappresentare una “coda” o un “accumulo”. Questo può comportare rallentamenti nelle fasi successive, che nella logica *lean* vengono classificati dall'impresa come “sprechi” (*Muda*) – mentre per i lavoratori sono momenti in cui si riduce l'intensità della prestazione.

Inoltre, con un numero elevato di *handoff* il rischio è che gli operatori perdano il senso del contesto complessivo all'interno del quale un problema deve essere risolto. Il *DevOps* ne riduce il numero sia automatizzando quanto più possibile il lavoro che riorganizzando i *team*. Anche in questo caso possiamo dare una duplice lettura: se da una parte la preoccupazione di garantire una comprensione complessiva del contesto superando la parcellizzazione delle fasi e delle attività è positiva, dall'altra va rilevato che il fine ultimo è quello di ridurre il più possibile i passaggi, comprimendo il più possibile il *lead time* e quindi il tempo di fornitura al cliente.

Per tutti questi motivi potrebbe essere utile una valutazione complessiva di tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori derivanti dalla diffusione dello *smart working* e di queste particolari forme di organizzazione del lavoro. Lo stress lavoro-correlato ed il fenomeno del cosiddetto “tecno-stress” sembrano essere molto concreti per questi lavoratori ed in particolare per le donne, ulteriormente gravate dal lavoro di cura. Iperconnessione, sovraccarico di informazioni, allungamento dell'orario di lavoro effettivo, elevati carichi di lavoro, ansia e pressioni indotte da questi modelli organizzativi, quindi, si sommano ai vecchi rischi – tipici del lavoro intellettuale e d'ufficio.

## 7. Spazi di partecipazione e negoziazione

I risultati dell'inchiesta inducono a chiedersi se esistono – ed eventualmente in quale misura – spazi negoziali collettivi o individuali (ancorché a livello informale), o quantomeno spazi di partecipazione dei lavoratori rispetto al tema dell'organizzazione del lavoro.

Alla domanda relativa all'assegnazione degli obiettivi, il 14,4% dei rispondenti ha dichiarato di non avere "mai" la possibilità di partecipare alla definizione degli obiettivi individuali, il 50,08% solo "qualche volta" e soltanto il 35,78% ha risposto "spesso".

Altrettanto preoccupanti appaiono le risposte fornite in merito alla partecipazione alla definizione degli obiettivi del team: per il 26,07% la risposta è "mai" e per il 44,62% "qualche volta". Questi risultati sono in contraddizione con l'obiettivo dichiarato di valorizzare il lavoro in team e la sua capacità di auto-organizzarsi.

Occorre quindi aprire una riflessione sia sullo strumento regolativo dello *smart working* – l'accordo individuale, oltretutto bypassato in fase emergenziale – sia sulla negoziazione individuale degli obiettivi. Appare difficile sostenere che i soggetti contraenti abbiano la medesima capacità di raggiungere una soluzione in grado di bilanciare i rispettivi e diversi interessi, vista l'evidente disparità di potere contrattuale. È lecito chiedersi quanto genuino sia il consenso del lavoratore a un accordo individuale regolativo all'assegnazione degli obiettivi.

Nel questionario una domanda è stata espressamente finalizzata a comprendere la diffusione dello *smart working* – prima della fase emergenziale – presso le imprese coinvolte nella ricerca. Il 62,15% (1.959) dei rispondenti ha risposto affermativamente, il 27,13% (855) ha risposto di no, mentre il 10,72% (338) ha risposto "non so". Per un'ampia maggioranza dei rispondenti, quindi, lo *smart working* era un fenomeno già presente nell'organizzazione aziendale. Lecito chiedersi, quindi, quali strumenti di regolazione siano stati posti in essere. La domanda successiva pertanto – per la quale erano possibili più risposte – ha cercato di evidenziare lo strumento regolativo dello *smart working*; le risposte ottenute (2.012) vengono esposte nella tabella 3.

Tabella 3, dati in percentuale

Accordo sindacale	27,68
Accordo individuale	29,13
Disposizione aziendale	28,78
Non so	35,09

Anche in questo caso a prevalere è la mancata conoscenza del fenomeno, mentre un sistema di regolazione collettiva, tramite cioè accordo sindacale, viene riconosciuto soltanto dal 27,68% dei rispondenti.

Si riscontra un grado simile di consapevolezza in merito all'esistenza o meno di strumenti di regolazione a proposito del telelavoro, che pur dovrebbe costituire una modalità lavorativa in atto da tempo – l'Accordo Quadro europeo sul telelavoro risale al 2002 ed è stato recepito in Italia con l'Accordo Interconfederale del 9 giugno 2004. Alla domanda relativa all'esistenza o meno, *prima del lockdown*, di un accordo sindacale sul telelavoro la maggioranza assoluta dei rispondenti (1.587, pari al 50,35%) ha dichiarato di non saperlo, il 35,95% (1.133) ha risposto di sì, mentre il restante 13,71% di no. Anche tra coloro che hanno risposto “sì”, non vi è adeguata conoscenza circa la vigenza o meno, in quanto ben il 35,07% ha dichiarato di non sapere se al momento della compilazione del questionario fosse o meno in vigore.

Alla domanda relativa all'esistenza della possibilità di contrattare – *indipendentemente* dalla pandemia – il numero di giornate in *smart working*, il 63,04%, quindi un'ampia maggioranza, ha risposto di no – il che indica una scarsa capacità di contrattazione di questo aspetto anche in condizioni normali.

Anche le risposte alle domande relative alla possibilità di contrattazione individuale hanno fatto emergere diverse criticità. Queste risposte sono state fornite mediante una scala di valori da 1 a 10, con 1 indicante la possibilità minima di contrattazione. Per quanto concerne la possibilità di contrattare gli “*obiettivi*”, ad esempio, il 45,6% dei rispondenti si colloca nella fascia di valutazione tra 1 e 5; mentre nella medesima fascia si colloca 52,95% dei rispondenti per il tema dei carichi di lavoro. Questo aspetto è di particolare rilievo in tema dell'intensità della prestazione, stress, ecc.

Appare evidente, quindi, una scarsa capacità di negoziazione sia collettiva che individuale dei principali elementi che determinano le condizioni di lavoro.

## 8. Conclusioni

In questo articolo è stato affrontato il tema delle condizioni di lavoro dei lavoratori e delle lavoratrici di alcune imprese del settore ICT di Milano collocati in *smart working*, utilizzando le evidenze empiriche della ricerca condotta tramite questionario. I risultati principali hanno indicato sia un generale allungamento dell'orario di lavoro giornaliero, con conseguenze sia sulle condizioni di lavoro che sul mercato del lavoro; sia l'intensificazione dei ritmi di lavoro dovuta ad un

significativo livello di carichi di lavoro da concludere entro scadenze temporali strette. Alla determinazione delle condizioni di lavoro non sembra estranea l'organizzazione del lavoro implementata in queste imprese caratterizzata dalla gestione per obiettivi (*Management by objectives*) e dall'applicazione al settore ICT dei modelli della *lean production* (*DevOps* e *Scrum*). Questi elementi, già presenti nelle imprese del settore ICT, sembrano aver conosciuto un processo di accentuazione durante la fase di *smart working*. Condizioni di lavoro e di salute evidenziano elementi preoccupanti, anche alla luce di una scarsa diffusione di sistemi di negoziazione e regolazione della prestazione lavorativa.

## Bibliografia

- Aimo M.P. - Fenoglio A., *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, in *Labor*, 2021, 25 ss.
- Brollo M., *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, *LG*, 2020, 6, 553 ss.
- Cgil, *Tempi e cottimi*, Editrice Sindacale Italiana, 1967.
- Coriat B., *Ripensare l'organizzazione del lavoro*, Dedalo, 1991.
- D. Di Nunzio - G. Ferrucci - M. Mensi, *Il lavoro informatico. Reti organizzative, condizioni di lavoro e azione sindacale*, Ediesse, 2019.
- FIOM., *Dispensa per corso sindacale. Il cottimo*, senza data (anni '60).
- Gaddi M., *Industria 4.0: più liberi o più sfruttati?*, Edizioni Punto Rosso, 2019.
- Genin E., *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *IJCLLR*, 2016, 32, 3, 280 ss.
- Giugni G., *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in *RDL*, 1968, 3 ss.
- Kim G.J. - Humble P. - Debois J.W., *The Devops Handbook. How to Create World-Class Agility, Reliability & Security in Technology Organizations*, IT Revolution, Portland, 2016.
- Leite L. - Rocha C. - Kon F. - Milojevic D. - Meirelles P., *A Survey of DevOps Concepts and Challenges*, in *ACM Computing Surveys*, 2019, 52, 6, Article 127.
- Leccese V., *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, *RGL*, 2020, II, 3, 428 ss.
- Maggi B., *Smart working: le false promesse*, in M. Neri (a cura di), *Smart working: una prospettiva critica. Quaderno del programma di ricerca "L'officina di organizzazione"*, TAO Digital Library Bologna, 2017, disponibile in: <http://www.taoprograms.org/smart-working-una-prospettiva-critica>
- Mazzei A. - Nastri A. (a cura di), *Terziario avanzato ict. le job description aziendali e il riconoscimento delle professionalità*, Supplemento n. 5 al n. 1/2013 di *Ebinter News – Bilateralità nel terziario*, 2013, disponibile in: [https://www.ebinter.it/ebinter-site/wp-content/uploads/2017/02/Terziario\\_avanzato\\_ICT-2013.pdf](https://www.ebinter.it/ebinter-site/wp-content/uploads/2017/02/Terziario_avanzato_ICT-2013.pdf)
- Ohno T., *Lo spirito Toyota*, Einaudi, 2004.
- Pelusi M.L., *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *DRI*, 2017, 4, 1041 ss.
- Qureshi M.R.J. - Sayid I., *Scheme of Global Scrum Management Software*, in *I.J. Information Engineering and Electronic Business*, 2015, 2, 1 ss.
- Roccella M., *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2008.
- Sachdeva S., *Scrum Methodology*, in *International Journal Of Engineering And Computer Science*, 2016, 5, 6.
- Santoni F., *L'obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *MGL*, 2019, 4, 923 ss.
- Schwaber K. - Sutherland J., *The Scrum Guide. The Definitive Guide to Scrum: The Rules of the Game*, 2020, disponibile in: <https://Scrumguides.org/>.
- Spinelli C., *Lo smart working nel settore privato e le sfide per il futuro*, in Carabelli U. e Fassina L. (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro – Atti del quarto Seminario annuale della Consulta giuridica dedicato alla memoria del Prof. Luigi Mariucci* Roma, 12 febbraio 2021, Ediesse, 2021.

Wolf M.G., *Selecting the Right Performance Management System*, in Berger L. A., Berger D. R. (a cura di), *The Talent Management Handbook Creating Organizational Excellence by Identifying, Developing, and Promoting Your Best People*, McGraw-Hill, 2004.

Womack J. P. - Jones D. T. - Ross D., *The machine that changed the world*, Free Press, 2007.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

## **Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro**

**SILVIA MAGAGNOLI**  
Università degli studi di Milano

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695





## Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro

**SILVIA MAGAGNOLI**

Università degli Studi di Milano  
Dottoranda in Diritto del Lavoro  
Silvia.magagnoli@unimi.it

---

### ABSTRACT

---

The paper, after briefly outlining the disconnection introduced by Law No. 81/2017, examines the two main issues underlying it: the legal nature of the disconnection as a right or duty and the nature of the connected time performed by the worker outside working time.

**Keywords:** right to disconnect; smart working; working time; rest period; always on.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14101>

---

## Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro

SOMMARIO: 1. Il rischio di connettività permanente derivante dalla digitalizzazione: la necessità di un diritto alla disconnessione. – 2. La disconnessione nella L. n. 81/2017. - 3. La problematica qualificazione della disconnessione, quale diritto o dovere in capo al lavoratore. – 4. L'evoluzione della nozione di orario di lavoro nella giurisprudenza comunitaria. – 5. La natura giuridica del tempo di connessione.

### 1. Il rischio di connettività permanente derivante dalla digitalizzazione: la necessità di un diritto alla disconnessione

Il crescente processo di digitalizzazione, accelerato dall'avvento della pandemia da Covid-19, ha reso eseguibile la prestazione lavorativa in qualsiasi luogo e tempo<sup>(1)</sup>. Ciò a seguito dell'utilizzazione di tecnologie informatiche o digitali, o *ICT based mobile work*<sup>(2)</sup>, che ha ridotto la necessità della presenza dei lavoratori negli spazi di lavoro<sup>(3)</sup> e introdotto una maggiore flessibilità in ordine ai tempi di svolgimento della stessa. Se allora da un lato, la digitalizzazione può offrire al lavoratore inedite opportunità di flessibilità e di conciliazione tra la vita e il lavoro; dall'altro, il dissolvimento degli spazi lavorativi tradizionali e la potenziale permanente connettività con l'ambiente di lavoro (l'azienda, i colleghi, i clienti) possono condurre ad un'eccessiva dilatazione dei tempi di lavoro e ad un'intensificazione dei ritmi, come peraltro ha dimostrato la ricerca presentata in questa rivista, rilevando che il 77,89% dei lavoratori (di cui il 64,82% già prima del lockdown) riceve comunicazioni (dall'azienda o dai clienti) al di fuori dell'orario di lavoro contrattuale (e-mail, messaggi, telefonate, chat aziendale). Tale dato trova conferma nella ricerca anche alla luce del fatto che il 78,17% degli intervistati ha dichiarato di lavorare più ore al giorno con la modalità smart working rispetto al lavoro svolto in ufficio e per il 60,12% questo incremento lavorativo si verifica più volte alla settimana.

---

<sup>(1)</sup> Eurofound e Ilo, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, 2017, consultabile su <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work>.

<sup>(2)</sup> Eurofound, *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, 2020, consultabile su <https://www.eurofound.europa.eu/it/publications/report/2020/telework-and-ict-based-mobile-work-flexible-working-in-the-digital-age>.

<sup>(3)</sup> A. Donini, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, 2017, Giappichelli, 80. Così anche A. Fenoglio, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, RIDL, 2018, I, 627.

La potenziale commistione tra sfera lavorativa e privata, *time porosity*<sup>(4)</sup>, impone di riflettere sui nuovi rischi per la salute e il benessere dei lavoratori<sup>(5)</sup> e di interrogarsi sulle misure da adottare per prevenirli e fronteggiarli. Tra queste si inserisce il diritto alla disconnessione<sup>(6)</sup>.

È interessante osservare che, allo stato, questo diritto non è stato in alcun modo definito dagli ordinamenti europei che lo hanno disciplinato<sup>(7)</sup> e,

---

(4) E. Genin, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *IJCLLR*, 2016, 32, III, 280 ss.

(5) A. Rota, *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in P. Tullini (a cura di), *Web e Lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, 2017, Giappichelli, 165 ss; F. Malzani, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DLM*, 2018, I, 17 ss. Secondo Eurofound, *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, cit., le persone che lavorano abitualmente da casa hanno più del doppio delle probabilità di lavorare oltre le 48 ore settimanali massime previste e di riposare meno delle 11 ore previste fra un giorno lavorativo e l'altro rispetto alle persone che lavorano nella sede del datore di lavoro. Quasi il 30 % di tali telelavoratori dichiara di lavorare nel proprio tempo libero tutti i giorni o più volte alla settimana, a fronte del 5 % di coloro che lavorano in ufficio e i telelavoratori hanno maggiori probabilità di lavorare con orari irregolari. Il rapporto sottolinea che il numero di persone che lavorano da casa nell'Unione che dichiarano orari di lavoro prolungati o che non sono in grado di trarre beneficio dalle ore non lavorative è in aumento. Inoltre, la probabilità che i telelavoratori abituali segnalino di soffrire di stress legato al lavoro e di disturbi del sonno, stress ed esposizione alla luce degli schermi digitali è più elevata e tra gli altri effetti sulla salute dei telelavoratori e dei lavoratori ad elevata mobilità figurano emicranie, affaticamento degli occhi, stanchezza, ansia e disturbi muscolo-scheletrici. V. Eurofound, *COVID-19 unleashed the potential for telework – How are workers coping?* blog post, 9 June 2020; EU-OSHA, *Teleworking during the COVID-19 pandemic: risks and prevention strategies*.

(6) V. Eurofound, *Right to disconnect: Exploring company practices*, 2021, reperibile su <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2021/right-to-disconnect-exploring-company-practices>.

(7) La Francia ha introdotto il diritto alla disconnessione nel *Code du Travail* all'art. L. all'art. L. 2242-8 divenuto poi, a seguito dell'emanazione dell'*Ordonnance* n. 2017-1385 del 22.9.2017, art. L. 2242-17. Quest'ultimo, nell'ambito della negoziazione collettiva obbligatoria sull'uguaglianza professionale tra uomini e donne e sulla qualità dell'attività lavorativa, per assicurare il rispetto dei tempi di riposo e di congedo, così come la vita personale e familiare, prevede «7° *Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques*». V. L. Morel, *Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique*, *LLI*, 2017, III, 2, 6. Anche la Spagna ha introdotto un diritto alla disconnessione nell'art. 88 della *Ley Orgánica 3/2018* intitolato "*Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*" e lo ha ripreso nel recente *Real Decreto-ley 28/2020* all'art. 18 "*Derecho a la desconexión digital*". Cfr. L. Serrani, *La nuova legge sul lavoro a distanza in Spagna*, *BA*, 28 settembre 2020, n. 35 reperibile su <http://www.bollettinoadapt.it/la-nuova-legge-sul-lavoro-a-distanza-in-spagna/> secondo cui è demandata alla «contrattazione collettiva la definizione dei mezzi e degli strumenti più idonei a garantire l'esercizio effettivo di tale diritto». V. anche J. C. Villalón, *Gli elementi essenziali*

pertanto, sono state la dottrina – sul piano teorico – e la contrattazione collettiva – su quello pratico – ad assumersi il compito di attribuire un significato a tale espressione.

Con il termine disconnessione si intende, quindi, «il diritto del lavoratore alla irreperibilità, a non essere cioè fatto oggetto di richieste e a non doverle soddisfare fuori dall'orario di lavoro o durante le ferie»<sup>(8)</sup>, in altre parole il diritto a «staccare la spina»<sup>(9)</sup>.

La dottrina francese ne ha poi individuato due categorie: il diritto alla disconnessione *sul* lavoro, come rimedio contro la infobesità e la iperconnessione derivanti dall'eccessivo utilizzo di dispositivi tecnologici, e il diritto alla disconnessione *dal* lavoro, per garantire il rispetto dei tempi di riposo, la tutela della salute e preservare la sfera personale<sup>(10)</sup>.

Il presente lavoro si propone di esaminare l'istituto della disconnessione nell'ordinamento italiano, evidenziandone le criticità sottese (§ 2), per verificare se l'attuale formulazione sia idonea a tutelare i beni giuridici in gioco.

Si vuole, poi, porre l'attenzione sulle due maggiori problematiche sottese alla disconnessione: la sua natura in termini di diritto o di dovere (§ 3) e la natura del tempo presidiato dalla stessa (§ 4).

## 2. La disconnessione nella L. n. 81/2017

La disconnessione è approvata nell'ordinamento italiano con la L. 22 maggio 2017, n. 81, rubricata in “*Misure per la tutela del lavoro autonomo non*

---

*della nuova regolamentazione del telelavoro in Spagna*, RGL, 2021, II, 300 ss. Il Belgio prevede la disconnessione nella normativa nazionale, come la Slovacchia dal marzo 2021 e la Grecia dal giugno 2021 e la Cina. Sul punto v. A. Bottini, V. Melis e O. Patané, *Il lavoro agile prepara l'addio all'emergenza: svolta in tre test*, in *Quotidiano del Lavoro*, 6 settembre 2021. Si rammenta che altri paesi quali la Germania e la Svizzera hanno delegato la contrattazione collettiva alla regolamentazione della disconnessione, v. in proposito M. Russo, *Esiste il diritto alla disconnessione? Qualche spunto di riflessione alla ricerca di un equilibrio tra tecnologia, lavoro e vita privata*, DRI, 2020, III, 687 - 688. È interessante, inoltre, rilevare che nella Relazione recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione è stato allegato il testo della proposta legislativa richiesta alla Commissione, ossia “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto alla disconnessione”, che all'art. 2 reca una definizione di disconnessione quale «il mancato esercizio di attività o comunicazioni lavorative per mezzo di strumenti digitali, direttamente o indirettamente, al di fuori dell'orario di lavoro» e all'art. 3, co. 1 prevede che «Gli Stati membri garantiscono che i datori di lavoro prendano i provvedimenti necessari per fornire ai lavoratori i mezzi per esercitare il diritto alla disconnessione».

<sup>(8)</sup> D. Poletti, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, RCP, 2017, I, 9 così anche C. Timellini, *La disconnessione bussava alla porta del legislatore*, VTDL, 2019, I, 318.

<sup>(9)</sup> M. Russo, *op. cit.*, 684.

<sup>(10)</sup> L. Morel, *op. cit.*, 6.

*imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato regolante il lavoro agile*". All'interno delle disposizioni disciplinanti il lavoro agile<sup>(11)</sup> si colloca l'art. 19, comma 1 secondo periodo, il quale dispone, che «L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro».

Se l'introduzione della disconnessione è stata accolta con grande favore dalla dottrina, è sempre quest'ultima a denunciarne il carattere di ineffettività che la connota<sup>(12)</sup>, derivante non solo dalla limitazione dell'applicazione ai soli lavoratori subordinati agili<sup>(13)</sup> – diversamente da quanto ha previsto il legislatore francese che ha introdotto invece un vero e proprio diritto alla disconnessione di portata generale –, ma soprattutto per la volontà del legislatore di astenersi da una qualificazione in termini di diritto o di dovere.

L'assenza di una espressa qualificazione, come si vedrà *infra*, ha condotto la dottrina ad interrogarsi sull'opportunità di attribuire al lavoratore un diritto, come era in origine previsto dal ddl. n. 2229/2016<sup>(14)</sup>, piuttosto che un dovere.

---

(11) Per un approfondimento sul lavoro agile v. E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt University Press, 2017; Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, WP D'Antona It. n. 6/2017; M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, DSL, 2017, I, 1 ss.; L.M. Pelusi, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, DRI, 2017, IV, 1041 ss.; A. Allamprese, F. Pascucci, *Tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, RGL, 2017, II, 307 ss.; L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018; C. Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018; G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam-Wolters Kluwer, 2018; M. T. Carinci, *Il lavoro agile nel settore privato*, in M.T. Carinci, A. Tursi, *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020.

(12) V. Maio, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, Tribuna d'Autore, 2020, 94 che si domanda se tale norma sia sostanzialmente inutile al pari di una norma manifesto; R. Zucaro, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, LLI, 2019, V, 2, 231. V. Zeppilli, *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, RGL, 2019, II, 314. G. Calvellini, M. Tufo, *Lavoro e vita privata nel lavoro digitale: il tempo come elemento distintivo*, Labor, 2018, IV, 408; A. Fenoglio, *op. cit.*, 645.

(13) V. Ferrante, *In arrivo il diritto alla disconnessione del lavoratore, ma non per tutti*, in *IpsosQuotidiano*, 18 febbraio 2017, 12.

(14) Il Ddl. 2229/16 «Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale» prevedeva all'art. 3 (Disciplina giuridica della modalità di lavoro agile e diritto alla disconnessione): «il lavoratore ha diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche di lavoro senza che questo possa comportare, di per sé, effetti sulla prosecuzione del rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi».

Tuttavia, la maggiore criticità evincibile dalla formulazione della disposizione è l'attribuzione all'accordo individuale, tra datore di lavoro e lavoratore, di stabilire le misure per realizzare la disconnessione e la mancanza di una regolamentazione legislativa minima ed inderogabile<sup>(15)</sup> volta ad evitare fenomeni di abuso della libertà contrattuale. Il datore di lavoro, infatti, potrebbe imporre condizioni sfavorevoli per il lavoratore, frustando la *ratio* del diritto<sup>(16)</sup>. La mancanza di riferimenti ai modelli o criteri da osservare per proteggere il lavoratore dalle richieste datoriali fuori orario, nonché di strumenti in concreto utilizzabili per rendere effettiva la disconnessione hanno portato a qualificare la disposizione in esame quale “norma di cornice”<sup>(17)</sup>.

È quindi ragionevole auspicare l'intervento della contrattazione collettiva<sup>(18)</sup>, la quale deve ritenersi già ammessa a regolare la disconnessione, anche in assenza di un'espressa investitura da parte del legislatore<sup>(19)</sup>. La stipulazione di un accordo collettivo, infatti, potrebbe avere un duplice effetto positivo, sia in termini di semplificazione delle procedure per raggiungere gli accordi individuali in imprese medio-grandi, sia in chiave di rafforzamento del potere contrattuale dal lato del lavoratore, altrimenti inevitabilmente subordinato a quello datoriale, come già in precedenza sottolineato<sup>(20)</sup>.

Ulteriore elemento che contribuisce a rendere “debole”<sup>(21)</sup> la disconnessione è la mancanza di una sanzione<sup>(22)</sup>. Infatti, non si prevedono quali conseguenze possano derivare dall'ipotesi in cui le parti omettano di stabilire nell'accordo le misure per realizzarla.

Se le considerazioni che si possono trarre in prima battuta dalla formulazione letterale della disposizione di cui all'art. 19 svelano la sua inidoneità a proteggere i beni giuridici in gioco, è opportuno approfondire l'esame della stessa, per interrogarsi sull'esistenza di un diritto o di un dovere in

---

<sup>(15)</sup> In questo senso R. Perrone, *Il «diritto alla disconnessione» quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, *Federalismi.it*, 2017, 24, 9; A. Fenoglio, *op. cit.*, 645; C. Timellini, *op. cit.*, 323-324.

<sup>(16)</sup> R. Perrone, *op. cit.*, 9; V. Maio, *op. cit.*, 94.

<sup>(17)</sup> M. Avogaro, *Lavoro agile e work-life balance: il diritto di disconnessione alla prova dell'autonomia collettiva*, *GC.com*, 2018, VII, 7.

<sup>(18)</sup> Nello stesso senso R. Zucaro, *op. cit.*, 231 a cui affida alla contrattazione collettiva il compito di riempire di contenuto una norma «vuota e priva di valore precettivo». Così anche V. Maio, *op. cit.*, 96; A. Fenoglio, *op. cit.*, 641; M. Tiraboschi., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, *DRI*, 2017, IV, 956.

<sup>(19)</sup> R. Di Meo, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, *LLI*, 2017, III, 2, 31; M. Avogaro, *op. cit.*, 7.

<sup>(20)</sup> M. Avogaro, *op. cit.*, 7.

<sup>(21)</sup> G. Calvellini, M. Tufo, *op. cit.*, 408.

<sup>(22)</sup> V. Zeppilli, *op. cit.*, 315; A. Fenoglio, *op. cit.*, 645.

capo al lavoratore al fine di fornirne un'interpretazione che assicuri una tutela effettiva.

### **3. La problematica qualificazione della disconnessione, quale diritto o dovere in capo al lavoratore**

Se il diritto alla disconnessione di cui all'art. 19 L. 81/17 sia un diritto o un dovere del lavoratore, è un dilemma che il legislatore, come detto, lascia sciogliere all'interprete.

A parere di chi scrive, la riflessione deve *in primis* scaturire dall'indagine sul contenuto del diritto in esame.

Appare possibile individuare due modalità di disconnessione che si differenziano in relazione alla condotta – passiva o attiva – del lavoratore<sup>(23)</sup>. La prima, quella passiva, individua un diritto del lavoratore a «non essere coinvolto in comunicazioni elettroniche relative alla dimensione lavorativa al di fuori dell'orario di servizio», rendendo lo stesso assoggettato (e quindi in una posizione passiva) al fare altrui<sup>(24)</sup>; la seconda, quella attiva, riconosce un «diritto del lavoratore ad astenersi dalla consultazione e dall'uso dei mezzi di comunicazione informatici e a distanza»<sup>(25)</sup>.

La dottrina, seppur non si sia principalmente soffermata sul contenuto positivo o negativo della disconnessione, si è però interrogata sulla sua qualificazione.

La maggioranza della stessa<sup>(26)</sup> ha riconosciuto un diritto soggettivo alla disconnessione inteso quale diritto a «staccare la spina», senza che ciò possa comportare conseguenze sul piano disciplinare. Tale orientamento sembra, peraltro, essere stato recepito dal legislatore che, con la Legge 6 maggio 2021, n. 61 di conversione del Decreto-legge 13 marzo 2021, n. 30, concernente «Misure

---

<sup>(23)</sup> Una distinzione simile si trova analizzata nella dottrina francese, che parla di «*coresponsabilité*» del lavoratore e del datore di lavoro. Cfr. R. Perrone, *op. cit.*, 7 che la situazione giuridica soggettiva bifronte del diritto alla disconnessione, che si compone di un aspetto passivo e di uno attivo, configurandosi quale diritto e dovere al tempo stesso.

<sup>(24)</sup> M. Russo, *op. cit.*, 684.

<sup>(25)</sup> R. Perrone, *op. cit.*, 3. Così anche C. Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018, 153, che definisce la disconnessione come «il diritto del lavoratore ad interrompere i contatti con il datore di lavoro (non rispondere alle mail, spegnere il cellulare, ecc.), senza per questo incorrere nell'inadempimento della prestazione e, conseguentemente, esporsi a sanzioni disciplinari».

<sup>(26)</sup> E. Dagnino, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, DRI, 2017, IV, 1031; C. Timellini, *op. cit.*, 329; R. Di Meo, *op. cit.*, 27; M. Russo, *op. cit.*, 697.

urgenti per fronteggiare la diffusione del COVID-19 e interventi di sostegno per lavoratori con figli minori in didattica a distanza o in quarantena» ha riconosciuto espressamente il “diritto” alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche<sup>27</sup>.

Il diritto all'*astensione* dall'uso di strumenti tecnologici (secondo l'accezione positiva sopra riportata), se articolato in un diritto assoluto, individua nel lavoratore il legittimato in via esclusiva a soddisfare l'interesse tutelato, così che il suo esercizio alla disconnessione realizza *ex se* l'interesse giuridico sotteso. Invero, la categoria dei diritti assoluti, secondo la tradizionale interpretazione dottrinale, si distingue da quella dei diritti relativi a seconda che «alla posizione di potere del titolare corrisponda, rispettivamente una posizione di dovere di “tutti gli altri” soggetti ovvero di “uno o più soggetti determinati”»<sup>(28)</sup>. Ai diritti assoluti si contrappone, quindi, un dovere di astensione dei terzi, mentre a quelli relativi corrisponde un obbligo verso il soggetto passivo, cioè un dovere di comportamento positivo o negativo volto a realizzare l'interesse protetto.

Ne deriva che qualificare il diritto alla disconnessione quale diritto assoluto significa riconoscere il lavoratore come l'unico soggetto da cui dipenderà l'attuazione della disconnessione a cui si contrappone il solo dovere dei terzi (ad esempio del datore di lavoro e dei colleghi) di non interferire con il soddisfacimento dell'interesse tutelato.

Una simile lettura, però, non è confacente per la libertà connaturata al diritto assoluto, che può estrinsecarsi nella scelta di non soddisfare l'interesse protetto. Il rilievo dei beni giuridici sottesi al diritto alla disconnessione impone che sia una fonte eteronoma e cogente a prescriberne la tutela<sup>(29)</sup>. Quest'ultimo,

---

<sup>(27)</sup> D. L. 13 marzo 2021, n. 30, conv. con Legge 6 maggio 2021, n. 61, stabilisce all'art. 2 co. 1 ter: «Ferma restando, per il pubblico impiego, la disciplina degli istituti del lavoro agile stabilita dai contratti collettivi nazionali, è riconosciuto al lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. L'esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi».

<sup>(28)</sup> F. Santoro Passarelli, *Enciclopedia del Diritto*, v. diritto, Giuffrè, 1964, 748.

<sup>(29)</sup> Secondo R. Casillo, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, RGL, 2018, I, 123 il fine pubblicistico a cui tende il diritto alla disconnessione, quale «strumento che preserva anche dal pregiudizio all'integrità psico-fisica», lo rende indisponibile, in quanto le parti potranno «disporre (concordare) solo in quanto alla misura del godimento (tempo di disconnessione), non in quanto alla garanzia (la previsione nell'accordo)». Anche C. Spinelli, *op. cit.*, 155. Una diversa prospettiva, che valorizza l'indisponibilità e l'irrinunciabilità derivante dai riposi in ambito lavorativo ai sensi dell'art. 36 Cost., è adottata da A. Romeo, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore tra invadenze tecnologiche e nuove modalità della prestazione*, RGL, 2019, IV, 685 e R. Perrone, *op. cit.*, 17.

infatti, si pone a presidio di molteplici finalità, tutelate a livello costituzionale: in primo luogo, appare essere espressione del diritto alla vita privata, in linea con la finalità di conciliazione vita e lavoro esplicitamente prevista dal legislatore per il lavoro agile, del diritto ai riposi e infine del diritto alla salute, inteso come «mantenimento di uno stato di benessere psico-fisico»<sup>(30)</sup>.

Ne deriva che non può essere lasciata al singolo lavoratore la libertà di realizzare o meno tale diritto, in quanto ciò renderebbe lo stesso non solo facoltativo, ma meramente eventuale<sup>(31)</sup>.

Per tale ragione si è iniziato a parlare di “dovere di disconnessione”, da affiancare al diritto<sup>(32)</sup>.

Se la qualificazione in tali termini potrebbe contribuire a rendere maggiormente effettivo il diritto alla disconnessione per la riduzione del «costo psicologico» che comporterebbe<sup>(33)</sup>, questa non è condivisibile<sup>(34)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> D. Poletti, *op. cit.*, 17.

<sup>(31)</sup> Il rischio della c.d. *always on culture* è stato sollevato dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione, che sancisce: «Considerando che un utilizzo sempre maggiore degli strumenti digitali a scopi lavorativi ha comportato la nascita di una cultura del "sempre connesso", "sempre online" o "costantemente di guardia" che può andare a scapito dei diritti fondamentali dei lavoratori e di condizioni di lavoro eque, tra cui una retribuzione equa, la limitazione dell'orario di lavoro e l'equilibrio tra attività lavorativa e vita privata, la salute fisica e mentale, la sicurezza sul lavoro e il benessere, nonché della parità tra uomini e donne, dato l'impatto sproporzionato di tali strumenti sui lavoratori con responsabilità di assistenza, che generalmente sono donne; che la transizione digitale dovrebbe essere guidata dal rispetto dei diritti umani, nonché dei diritti e dei valori fondamentali dell'Unione e avere un impatto positivo sui lavoratori e sulle condizioni di lavoro». Consapevole di tale rischio è anche il legislatore francese, che ha per l'appunto disposto, nell'ambito dell'individuazione delle misure per realizzare il diritto alla disconnessione in mancanza di un accordo collettivo, l'obbligo del datore di lavoro di prevedere azioni per formare e sensibilizzare i lavoratori ad un ragionevole e ponderato utilizzo degli strumenti tecnologici.

<sup>(32)</sup> A qualificare la disconnessione come dovere associato al diritto: R. Perrone, *op. cit.*, 17; R. Zucaro, *op. cit.*, 221; C. Spinelli, *op. cit.*, 155; M. Lai, *Innovazione tecnologica e riposo minimo*, DRI, 2020, III, 674.

<sup>(33)</sup> *Ibidem*.

<sup>(34)</sup> Si potrebbe, a parere della scrivente, tutt'al più qualificare come onere di cooperazione quella condotta che la dottrina inquadra in un dovere, alla luce della disposizione di cui all'art. 22 L. 81/17, secondo la quale il lavoratore è tenuto «a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro». Cfr. M.T. Carinci, *Il lavoro agile tra norme poco effettive e diritto emergenziale iper-effettivo*, in M.T. Carinci, A. Tursi, *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile, tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020, 93 riconosce l'ambiguità della formulazione della norma che rende difficile distinguere se tratti di diritto o di obbligo, ad ogni modo riconosce che il lavoratore «non solo è creditore di sicurezza nei confronti del datore di lavoro, ma è anche tenuto, come del resto ogni lavoratore subordinato, “a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione”...». Così anche E. Dagnino, *op. cit.*, 1035. Secondo tale interpretazione, sarebbe quindi configurabile solo un dovere accessorio del lavoratore di disconnettersi, in ragione della condotta collaborativa a cui

Essa appare eccessivamente gravosa per il lavoratore, in quanto allocherebbe su di esso l'obbligo di tutelare la propria salute, in violazione di quanto previsto dall'art. 2087 c.c. che lo pone invece sul datore di lavoro. Quest'ultimo ha infatti il dovere<sup>(35)</sup> di adottare tutte le misure volte a preservare l'integrità psico-fisica e la personalità morale dei lavoratori – tra le quali deve essere inclusa quella per realizzare la disconnessione –. L'edificazione di un dovere in capo al lavoratore vanificherebbe, quindi, l'obbligazione propria del datore di lavoro, che finirebbe per coincidere con il primo.

Il riconoscimento di un obbligo alla disconnessione risulta irragionevole anche alla luce del fatto che le misure tecniche e organizzative destinate a rendere effettiva la disconnessione (appartenendo all'organizzazione stessa) devono essere disposte dal datore di lavoro, *dominus* indiscusso dell'organizzazione dell'impresa. Il lavoratore inserendosi nella stessa si conforma ad essa, senza quindi avere alcun potere di intervento o di modifica.

Se quindi allo stato attuale la riflessione sulla qualificazione della natura della disconnessione non è scevra di criticità, il compito dell'interprete sarà quello di fornire una lettura teleologica della norma, improntata a conferire una tutela effettiva ai lavoratori.

Allora, alla luce delle considerazioni svolte, la disconnessione non può che essere interpretata come il diritto soggettivo relativo del lavoratore a non essere contattato al di fuori dell'orario lavorativo.

Ciò consente di attribuire al lavoratore una posizione giuridica attiva – una pretesa – verso un determinato soggetto: il datore di lavoro. Quest'ultimo, in qualità di soggetto passivo del rapporto, è gravato dall'obbligo di predisporre le misure tecniche per evitare che eventuali sollecitazioni lavorative possano “entrare in connessione” con il lavoratore. Tale struttura giuridica è l'unica funzionale a rendere effettiva la tutela in quanto alloca sul datore di lavoro, capo dell'organizzazione di impresa, la responsabilità di realizzare la disconnessione per i suoi dipendenti.

Quanto alle modalità di adempimento del dovere, l'obbligo di disconnettere dovrà essere attuato dal datore di lavoro attraverso una

---

questo è tenuto per facilitare l'adempimento dell'obbligazione di sicurezza posta in capo al datore. Infatti, il carattere accessorio dell'obbligo di cooperazione deriva dal fatto che il contenuto dello stesso non potrà avere un'estensione tale da coincidere con l'oggetto dell'obbligazione posta in capo al datore di lavoro, sicché il lavoratore diventerebbe titolare in via principale di un dovere e non di un diritto alla disconnessione.

<sup>(35)</sup> V. C. Timellini, *op. cit.*, 326-327 sul divieto di iperconnessione imposta al datore di lavoro per evitare che il lavoratore cada nel suddetto rischio.

disconnessione “tecnica”<sup>(36)</sup>, intesa come il divieto di comunicazione fuori orario di lavoro, realizzato attraverso l’approntamento di misure atte ad impedirne la materiale ricezione<sup>(37)</sup>. Questa – anche se ritenuta da alcuni eccessivamente rigida<sup>(38)</sup> – è la sola modalità capace di garantire un’effettiva cesura tra tempo di lavoro e tempo di riposo. Infatti, qualora il datore di lavoro adempia alla sua obbligazione «gestionale e organizzativa»<sup>(39)</sup>, impedendo che il lavoratore possa essere raggiunto da mail o richieste di lavoro, la disconnessione ha già piena efficacia, a prescindere dal comportamento del dipendente.

La disconnessione tecnica si pone anche come rimedio contro gli effetti derivanti dall’asimmetria che caratterizza il rapporto di lavoro – determinata dall’«accondiscendenza attuativa del lavoratore, propenso a non frenare il suo desiderio di attivismo e di efficienza (...) per mantenere il lavoro o lo *status* lavorativo faticosamente conquistato»<sup>(40)</sup> –, che rendono la sola disconnessione intellettuale inadatta al fine perseguito.

Alla luce di tali riflessioni, si comprende dunque l’importanza delle strumentazioni tecnologiche per la concreta attuazione del diritto, che vanno quindi impostate secondo le finalità di tutela del lavoratore. Si impone un atteggiamento di tipo preventivo da parte dell’impresa, estrinsecabile nell’«adozione di modelli di sicurezza e privacy già “integrati” in ogni dispositivo fin dal momento dello sviluppo e della progettazione, a priori dunque, evitando aggiunte a posteriori»<sup>(41)</sup>. Pertanto, la progettazione delle misure tecniche per realizzare la disconnessione deve ispirarsi al principio di prevenzione, fondamento della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, ma anche della privacy, intesa come tutela da attuare in via preventiva rispetto ai trattamenti e da incorporare *by design* e *by default* negli strumenti tecnologici<sup>(42)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> In tal senso anche C. Timellini, *op. cit.*, 328-329 e in senso analogo anche A. Tursi, *il lavoro agile al tempo del Coronavirus*, in M.T. Carinci, A. Tursi, *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020, 112 che suggerisce una disconnessione automatica.

<sup>(37)</sup> E. Dagnino, *op. cit.*, 1034, definisce la “disconnessione tecnica forzata” come «mero divieto (di comunicazioni fuori orario di lavoro) e dell’approntamento di misure radicali di spegnimento dei server aziendali». Sul punto v. J. E. Ray, *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI siècle, Droit Social*, 2002, 940.

<sup>(38)</sup> Ad avere una posizione critica sul punto è E. Dagnino, *op. cit.*, 1032-1034 che afferma «il diritto al riposo non può essere garantito soltanto limitando la possibilità di essere raggiunti da mail di colleghi e superiori».

<sup>(39)</sup> E. Dagnino, *op. cit.*, 1032.

<sup>(40)</sup> D. Poletti, *op. cit.*, 26.

<sup>(41)</sup> *Ivi*, 21.

<sup>(42)</sup> Sul punto v. A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018, 130-133.

Inoltre, l'adozione di una disconnessione tecnica sarebbe idonea a tracciare (e misurare) il periodo di inutilizzo dei dispositivi tecnologici per assicurare il rispetto dei riposi minimi, in conformità con quanto di recente statuito dalla giurisprudenza comunitaria<sup>(43)</sup>. Infatti, alla luce della *ratio* sottesa all'interpretazione della Corte, che ha imposto l'obbligo di istituire un sistema di misurazione oggettivo, affidabile e accessibile della durata dell'orario di lavoro, anche una misurazione dei tempi di riposo effettivo – sebbene non imposta – potrà realizzare una protezione delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori e una migliore tutela della loro salute e sicurezza.

Da ultimo, il diritto del lavoratore a non essere contattato al di fuori dell'orario lavorativo, attuato attraverso la predisposizione di misure tecniche che impediscano la ricezione di comunicazioni o richieste lavorative, come si dirà *infra* deve realizzarsi tramite il coinvolgimento della contrattazione collettiva. Quest'ultima, oltre a garantire un equilibrato contemperamento tra gli interessi in gioco, appare essere il soggetto più indicato ad individuare le misure necessarie ed effettive confacenti alle esigenze delle parti.

#### **4. L'evoluzione della nozione di orario di lavoro nella giurisprudenza comunitaria**

Se nel paragrafo precedente ci si è interrogati sulla qualificazione giuridica della disconnessione introdotta dall'art. 19 l. 81/17, è opportuno ora riflettere sulla qualificazione giuridica del comportamento del lavoratore agile connesso<sup>(44)</sup>. In altre parole, laddove la disconnessione non sia stata garantita in concreto dal datore di lavoro mediante misure volte ad impedire intromissioni nel tempo di riposo del lavoratore, si vuole indagare la natura del tempo di connessione, da intendersi come quel tempo in cui il lavoratore è esposto alle continue sollecitazioni lavorative rese possibili dai dispositivi tecnologici al di fuori dell'orario di lavoro.

Come noto, la disciplina sull'orario di lavoro, contenuta nel D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66<sup>(45)</sup>, è improntata ad una concezione binaria dei tempi, secondo

---

<sup>(43)</sup> Corte giust. 14 maggio 2019, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) c. Deutsche Bank SAE*, causa C-55/18. V. Leccese, *Il lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, RGL, 2020, III, 428 ss.

<sup>(44)</sup> M. Altimari, *Un diritto alla disconnessione: un "vecchio" diritto ineffettivo?*, in A. Occhino (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, 184.

<sup>(45)</sup> V. P. Ichino, L. Valente, *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, Giuffrè, 2012; V. Leccese, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le*

la quale i tempi legati all'attività lavorativa possono essere inquadrati – in assenza di una categoria intermedia – o come orario di lavoro o come periodo di riposo<sup>(46)</sup>. Secondo l'art. 1 del D.lgs sopra citato, orario di lavoro è definito come «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni», mentre «qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro» è da qualificare come periodo di riposo<sup>(47)</sup>.

Tale impostazione duale di ispirazione comunitaria, non esente da osservazioni critiche per la formulazione letterale scelta<sup>(48)</sup>, rende incerta la collocazione di tutti quei tempi c.d. intermedi che non sono in senso stretto qualificabili né come orario di lavoro né come riposo<sup>(49)</sup>. Tra questi rientra a tutti gli effetti il tempo di connessione.

A fornire un contributo decisivo in merito alla qualificazione di tali “tempi grigi” è stata la Corte di Giustizia dell'Unione europea che, interpretando il significato della nozione di orario, ne ha via via esteso i confini<sup>(50)</sup>, mediante

---

fonti, Cacucci, 2001; V. Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie. D.Lgs. n. 66/2003, come modificato dal D.Lgs. n. 213/2004*, Ipsoa, 2004; G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005.

<sup>(46)</sup> A. Allamprese, *La proposta di modifica della direttiva su taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, LG, 2005, 8, 729.

<sup>(47)</sup> Per un commento all'art. 1 del D.Lgs. n. 66/2003, v. G. Bolego, *Articolo 1. Finalità e definizioni*, in V. Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie. D.Lgs. n. 66/2003, come modificato dal D.Lgs. n. 213/2004*, Ipsoa, 2004, 62 ss.

<sup>(48)</sup> M. Ferraresi, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell'orario di lavoro*, in RIDL, 2008, I, 99.

<sup>(49)</sup> A titolo esemplificativo, ci si riferisce: al tempo di percorrenza dall'abitazione al luogo di lavoro; al tempo di vestizione e dismissione degli abiti da lavoro (c.d. tempo-tuta); ai tempi di inattività sul lavoro o lontano dal luogo di lavoro; ai tempi di disponibilità e di reperibilità; ai tempi dedicati alle attività preparatorie.

<sup>(50)</sup> V. C. giust. 3 ottobre 2000, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) c. Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, causa C-303/98; C. giust. 9 settembre 2003, *Landeshauptstadt Kiel c. Norbert Jaeger*, causa C-151/02; C. GIUST. 1° dicembre 2005, *Abdelkader Dellas e altri c. Premier ministre e Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, causa C-14/04; C. giust. 10 settembre 2015, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.) c. Tyco Integrated Security SL e Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA*, causa C-266/14; C. giust. 4 marzo 2011, *Nicușor Grigore c. Regia Națională a Pădurilor Romsilva – Direcția Silvică București*, causa C-258/10; C. giust. 21 febbraio 2018, *Ville de Nivelles c. Rudy Matzak*, causa C-518/15; C. giust. 9 marzo 2021, *R. J. c. Stadt Offenbach am Main*, causa C-580/19; C. giust. 9 marzo 2021, *D. J. c. Radiotelevizija Slovenija*, causa C-344/19; C. giust. 17 marzo 2021, *Academia de Studii Economice din București c. Oraganismul Intermediar Pentru Programul Operational Capital Uman – Ministerul Educatiei Nationale*, causa C-585/19; C. giust. 17 luglio 2021, *B. K. c. Republika Slovenija (ministrstvo za obrambo)*, causa C-742/19. Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di orario v. I Moscaritolo, *Le ore di*

l'utilizzo flessibile dei suoi tre elementi costitutivi (essere al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni).

In primo luogo, la Corte comunitaria ha qualificato come orario di lavoro il periodo di disponibilità trascorso dal lavoratore presso il luogo individuato dal datore di lavoro, in assenza dell'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa. Orbene, il criterio dell'effettivo svolgimento dell'attività è stato superato, in quanto ritenuto implicato negli altri due (presenza al lavoro e disponibilità)<sup>(51)</sup>. Secondo tale interpretazione, l'elemento determinante al fine di attrarre un certo periodo di tempo nella nozione di orario risiede nella presenza fisica del lavoratore presso il luogo di lavoro, significando ciò un sostanziale vincolo alla sua libertà di gestire il proprio tempo autonomamente<sup>(52)</sup>.

In un secondo momento, il collegio di Lussemburgo ha sminuito l'elemento della collocazione fisica del lavoratore presso la sede di lavoro, valorizzando, invece, la «modalità dell'essere a disposizione»<sup>(53)</sup>. La Corte, infatti, arriva a qualificare orario di lavoro il periodo di reperibilità del lavoratore presso il suo domicilio<sup>(54)</sup>, in ragione dello stretto arco temporale con cui lo stesso avrebbe dovuto raggiungere il luogo di lavoro e tenendo, così, conto del pregiudizio da lui subito nella limitazione all'autodeterminazione dei propri interessi personali e sociali.

---

*guardia trascorse dal lavoratore al proprio domicilio con obbligo di recarsi nel luogo di lavoro in "tempi brevi" costituiscono "orario di lavoro", DRI, 2018, III, 959 ss.*

<sup>(51)</sup> G. Ricci, *La «scomposizione» della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, RGL, 2021, III, 327.

<sup>(52)</sup> Così Simap, par. 48-50 e Jaeger, par. 65 «*Va aggiunto che, come statuito dalla Corte al punto 50 della citata sentenza Simap, rispetto a un medico in regime di reperibilità, regime che presuppone soltanto che questi possa essere costantemente raggiunto senza tuttavia imporre la sua presenza fisica nel centro sanitario, un medico obbligato a tenersi a disposizione del datore di lavoro sul luogo da esso indicato, per tutta la durata del servizio di guardia, è soggetto ad obblighi decisamente più onerosi, perché deve restare lontano dal suo ambiente familiare e sociale e beneficia di una minore libertà di gestire il tempo in cui non è richiesta la sua attività professionale. In tale contesto, un lavoratore a disposizione sul luogo indicato dal datore di lavoro non può essere considerato in riposo nei periodi del suo servizio di guardia durante i quali non presta effettivamente la sua attività professionale*». V. A. Allamprese, *Attività di guardia medica e orario di lavoro*, LG, 2003, 12, 1126 ss.

<sup>(53)</sup> G. Ricci, *La «scomposizione» della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *cit.*, 326.

<sup>(54)</sup> C. giust. 21 febbraio 2018, *Ville de Nivelles c. Rudy Matzak*, causa C-518/15, par. 66: «*l'articolo 2 della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che le ore di guardia che un lavoratore trascorre al proprio domicilio con l'obbligo di rispondere alle convocazioni del suo datore di lavoro entro 8 minuti, obbligo che limita molto fortemente le possibilità di svolgere altre attività, devono essere considerate come "orario di lavoro"*».

Tale interpretazione ha trovato poi conferma nelle recenti pronunce<sup>(55)</sup> che, secondo la dottrina, hanno portato a termine «il processo di ridefinizione della nozione di orario di lavoro»<sup>(56)</sup>.

Ad assumere valenza decisiva per l'individuazione del *discrimen* tra orario e riposo è quindi il requisito della disponibilità, «accertabile sulla base di una valutazione qualitativa e quantitativa dei vincoli imposti al lavoratore»<sup>(57)</sup>. Ne deriva che è orario di lavoro il tempo soggetto a vincoli di intensità tali da «*incidere oggettivamente e in maniera molto significativa sulla facoltà, per quest'ultimo [lavoratore], di gestire liberamente, durante suddetti periodi, il tempo in cui non è richiesta la sua attività professionale e di dedicare tale tempo ai propri interessi*»<sup>(58)</sup>.

Alla luce di tale rinnovata definizione di orario, emerge anche una nuova nozione di riposo<sup>(59)</sup>, da intendersi quale tempo “liberato” dalle interferenze della sfera lavorativa entro il quale il lavoratore è libero di «*gestire il suo tempo e di dedicarsi ai propri interessi*», realizzando appieno la sua personalità in una dimensione individuale e collettiva.

## 5. La natura giuridica del tempo di connessione

La riflessione sul tempo di connessione al di fuori dell'orario di lavoro non assume solo interessanti profili teorici, ma ha considerevoli ripercussioni sulla vita dei lavoratori agili. Invero, come la ricerca presentata in questa rivista ha mostrato, il 77,89% riceve comunicazione al di fuori dell'orario e a fronte di queste, il 70,17% risponde a seconda dell'urgenza, mentre il 19,13% risponde regolarmente ad ogni comunicazione.

Di conseguenza, è doveroso analizzare la natura del tempo di connessione – come definito in precedenza (§4) –, al fine di comprendere a quale disciplina assoggettarlo.

Pertanto, secondo quanto statuito dalla Corte di Giustizia, si dovrà accertare la sussistenza di vincoli datoriali imposti al lavoratore sulla libertà di

---

<sup>(55)</sup> C. giust. 9 marzo 2021, R. J. c. *Stadt Offenbach am Main*, causa C-580/19; C. giust. 9 marzo 2021, D. J. c. *Radiotelevizija Slovenija*, causa C-344/19; C. giust. 17 marzo 2021; C. giust. 17 luglio 2021, B. K. c. *Republika Slovenija (ministrstvo za obrambo)*, causa C-742/19.

<sup>(56)</sup> G. Ricci, *La «scomposizione» della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., 329.

<sup>(57)</sup> S. Bellomo, L. Rocchi, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, RIDL, 2021, II, 341.

<sup>(58)</sup> C. giust. 9 marzo 2021, R. J. c. *Stadt Offenbach am Main*, causa C-580/19, par. 38.

<sup>(59)</sup> Si interroga in tal senso L. Mitrus, *Potential implications of the Matzak judgment (quality of rest time, right to disconnect)*, ELLJ, 2019, 10, 4, 386 ss.

disporre del proprio tempo di non lavoro e in particolare la presenza di questi sul tempo di connessione.

Alla luce dell'interpretazione elaborata dalla Corte della nozione di orario di lavoro, ne deriva che il periodo di connessione andrebbe qualificato ragionevolmente come tempo di non lavoro<sup>(60)</sup>, atteso che la mera ricezione di messaggi o mail non può pregiudicare la facoltà per il lavoratore di gestire liberamente il proprio tempo, né la sua libertà di movimento al di fuori dell'orario di lavoro<sup>(61)</sup>. Peraltro, in questa direzione conduce altresì l'insussistenza del terzo elemento costitutivo dell'orario di lavoro: l'esercizio dell'attività lavorativa. Infatti, se un'ipotesi di mera connessione fosse sufficiente ad integrare tale requisito<sup>(62)</sup>, non si comprenderebbe allora in quali casi il lavoratore possa trovarsi solo nella disponibilità del datore di lavoro, dovendo quindi ritenere identici i due elementi. È evidente, invece, che il lavoratore possa essere meramente reperibile – mediante attivazione dei dispositivi tecnologici che ne consentono la sua rintracciabilità – senza essere nell'esercizio della sua attività lavorativa<sup>(63)</sup>.

Ne deriva che, qualora il datore di lavoro si metta in connessione con il lavoratore, interferendo nella sua sfera privata, quest'ultimo rimane titolare della scelta se trasformare o meno la semplice “connessione” in esercizio dell'attività lavorativa<sup>(64)</sup>, risultando così libero di disporre del proprio tempo.

---

<sup>(60)</sup> In senso conforme V. Ferrante, *Il lavoro a distanza e il diritto “alla disconnessione”*, in A. Occhino (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, 129 e M. Russo, *Tempestiva comunicazione dei turni, disconnessione e armonizzazione: quando il benessere dei lavoratori passa attraverso l'orario di lavoro*, RGL, 2020, III, 548. In senso contrario M. Lai, *op. cit.*, 672; R. Zucaro, *op. cit.*, 221. Non si sono espressi esplicitamente A. Fenoglio, *op. cit.*, 648 che però ammette come ben potrebbe qualificarsi orario di lavoro lo svolgimento dell'attività lavorativa in un luogo diverso da quello concordato dalle parti individuali e M. Altimari, *op. cit.*, 187-188.

<sup>(61)</sup> La presenza di un collegamento virtuale, e come tale realizzabile in qualsiasi luogo, non incide sulla libertà di spostarsi in qualunque luogo al di fuori dell'orario di lavoro.

<sup>(62)</sup> Ad interrogarsi su un'ipotesi diversa è M. Peruzzi, *op. cit.*, 19 secondo il quale «se la presenza di connessione costituisca il criterio scriminante l'orario di lavoro dal periodo di riposo, il requisito della presenza al lavoro si confonderebbe con quello della disponibilità con conseguente esclusione dell'ipotesi della mera reperibilità».

<sup>(63)</sup> Sono da tenere distinti: lo svolgimento della prestazione tramite connessione da remoto - qualificabile a tutti gli effetti come orario di lavoro e costituendo tale “connessione” il substrato organizzativo necessario allo svolgimento della prestazione - e la connessione che si realizza quando i soggetti appartenenti alla sfera lavorativa (datore di lavoro e colleghi) si mettono in contatto con il lavoratore al di fuori dell'orario. Diversamente si dovrebbe paragonare la ricezione di una mail allo svolgimento dell'attività lavorativa.

<sup>(64)</sup> Con tale affermazione non si vuole sminuire il rilievo del costo psicologico che il diritto alla disconnessione comporta per il lavoratore, che – essendo in una posizione di debolezza – percepisce come dovere la facoltà di rispondere alla chiamata; ma si vuole sottolineare come tale circostanza si ponga solo sul piano dell'effettività e non su quello

Si comprende allora come, alla luce della normativa vigente, non sia desumibile al di fuori dell'orario lavorativo un obbligo<sup>(65)</sup> di “stare a disposizione mediante connessione”<sup>(66)</sup> e, ad onor del vero, nemmeno un obbligo di evadere in tempo reale le richieste del datore di lavoro provenienti tramite mezzi informatici (*rectius* di svolgere la prestazione). Una soluzione diversa renderebbe coincidenti il tempo della subordinazione con il tempo della vita<sup>(67)</sup>.

Se, alla luce dell'interpretazione data dalla giurisprudenza comunitaria, appare quindi corretto qualificare il tempo di connessione come tempo di non lavoro, d'altra parte, la suddetta impostazione binaria impone la riconduzione dello stesso al tempo di riposo. È evidente come la complessità della questione, derivante dalla mancanza di una categoria intermedia, costringa l'interprete ad inquadrare il tempo di connessione come tempo di riposo, comportando, però, gravose conseguenze per il lavoratore. Invero, potrebbe determinare un'erosione del periodo minimo di riposo (11 ore) con una corrispettiva dilatazione del tempo dedicato alla sfera lavorativa, così ammettendo uno stato di “connessione permanente”.

---

giuridico. È pacifico, poi, che nel momento in cui il lavoratore scelga di dare seguito alle sollecitazioni promosse dal datore di lavoro, tale risposta costituirà una prestazione di lavoro a tutti gli effetti e come tale dovrà essere remunerata e computata nel calcolo della durata massima dell'orario giornaliero di lavoro.

<sup>(65)</sup> Domanda che si pone M. Altimari, *op. cit.*, 185 e M. Russo, *Tempestiva comunicazione dei turni, disconnessione e armonizzazione: quando il benessere dei lavoratori passa attraverso l'orario di lavoro*, cit., 548.

<sup>(66)</sup> La tesi secondo la quale il lavoratore è libero di connettersi o meno è avallata dallo stesso disegno di legge n. 1833 intitolato “Delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di lavoro agile e l'introduzione del diritto alla disconnessione per il benessere psico-fisico dei lavoratori e dei loro affetti”. Infatti, all'art. 2 co. 1 lett. h) è previsto il diritto a «disconnettersi dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche in proprio possesso, senza che questo possa comportare effetti negativi di natura disciplinare o decurtazioni retributive». Tale disposizione esclude quindi in radice la presenza di un correlativo obbligo di rispondere alle sollecitazioni datoriali, confermando la sussistenza della libertà rimessa al lavoratore di scegliere se e in che termini rispondere alla richiesta lavorativa. In tal senso A. Boscati, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, Tribuna d'Autore, 2020, 72 secondo cui «se vi è esercizio di un diritto, con tutta evidenza, non vi può essere inadempimento contrattuale, senza alcuna conseguenza disciplinare ed economica».

<sup>(67)</sup> Cfr. A. Supiot, *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del “tempo di lavoro”)*, LD, 1997, I, 18, secondo il quale il concorso dei tre elementi per l'integrazione dell'orario «autorizza a qualificare il tempo libero come un tempo in cui il dipendente è tenuto a restare a disposizione dell'imprenditore; il tempo libero un tempo subordinato».

Tale circostanza deve tuttavia ritenersi inammissibile<sup>(68)</sup> alla luce dei valori costituzionali e comunitari vigenti: da un lato, frusterebbe la finalità della direttiva stessa che si pone lo scopo di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché l'art. 31, par. 2 della CdfUe; dall'altro, violerebbe altresì gli artt. 36, co. 2, 3 e 32 Cost., che impongono il rispetto del riposo giornaliero e settimanale, il diritto alle ferie e il diritto alla salute, nonché l'art. 2087 c.c., come già in precedenza descritto, e l'art. 1175 c.c., che impone – in virtù delle clausole di buona fede e correttezza – un limite al potere del datore di lavoro di interferire nel tempo libero del lavoratore.

La soluzione a tale problema non è rinvenibile nel sistema normativo attuale, ma solo in via interpretativa, attraverso una lettura costituzionalmente orientata tesa a valorizzare il diritto alla salute e il diritto al riposo del lavoratore.

Allora, in mancanza di un intervento del legislatore<sup>(69)</sup>, dalle direttive costituzionali e dalla normativa comunitaria sul riposo può discendere il diritto al reintegro del tempo libero non fruito a causa della connessione<sup>(70)</sup>. Si può quindi prospettare, come la dottrina ha suggerito per il lavoratore reperibile<sup>(71)</sup>, il diritto a riposi compensativi di durata proporzionale al periodo di connessione che consentano, in linea con il nuovo concetto di riposo elaborato dalla Corte di Giustizia, il pieno godimento del proprio tempo, funzionale allo sviluppo della personalità del lavoratore.

Sebbene tale lettura consenta di attribuire al lavoratore riposi adeguati ed effettivi, non appare – a chi scrive – la via più immediata per garantire una tutela efficace, a causa della complessità che la relativa realizzazione comporterebbe.

A ben vedere, il percorso più indicato per salvaguardare i periodi di riposo da interferenze lavorative può essere intrapreso dalla contrattazione collettiva.

---

<sup>(68)</sup> V. Ferrante, *Il lavoro a distanza e il diritto "alla disconnessione"*, cit., 129. Così anche A. Romeo, *op. cit.*, 685.

<sup>(69)</sup> Si concorda con A. Supiot, *op. cit.*, 25 secondo il quale il legislatore dovrebbe «riscrivere l'organizzazione del tempo di lavoro salariato in un approccio onnicomprensivo del tempo individuale, cioè, per riprendere una nozione avanzata dalla direttiva 93/104 (art. 13), di porre in opera il "principio generale di adattamento del tempo all'uomo"».

<sup>(70)</sup> È la tesi espressa da M. Ferraresi, *op. cit.*, 123 secondo il quale dovrebbe riconoscersi un diritto «a che il bene "tempo libero" momentaneamente sacrificato possa e debba essere reintegrato come tale». Sul punto, l'Avv. gen. A. Saggio nelle Conclusioni a Simap, par. 38 arriva a sostenere l'esclusione del tempo di reperibilità dal computo delle ore di riposo.

<sup>(71)</sup> M. Ferraresi, *op. cit.*, 123-124 e C. Alessi, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, WP D'Antona It. n. 123/2011, 10. Il primo afferma «è allora pensabile che, come è possibile prevedere per i tempi di disponibilità un calcolo ponderato delle ore di lavoro effettivo, così si possa congegnare, a livello legislativo o contrattuale, un calcolo ponderato delle ore di riposo che tenga conto del periodo di reperibilità».

Quest'ultima, infatti, può espressamente pattuire in accordo con l'impresa – al pari di quanto le parti possono disporre con l'accordo individuale di lavoro agile – periodi di connessione obbligatori<sup>72</sup>. La previsione di un obbligo di rimanere connesso risponderebbe ad un interesse del datore di lavoro funzionale alle esigenze dell'attività produttiva.

In questo caso, la disponibilità alla chiamata rientrerebbe nel dovuto contrattuale, costituendo «oggetto di un obbligo accessorio/integrativo dell'esecuzione della prestazione lavorativa, il cui corretto adempimento verrà valutato alla stessa stregua dell'adempimento dell'obbligo principale»<sup>(73)</sup>.

Il suddetto obbligo sarebbe poi debitamente indennizzato al lavoratore per il sacrificio che comporta al suo tempo libero e in ragione del corrispettivo soddisfacimento che arreca all'imprenditore.

La connessione, coniugata come obbligo, sarebbe poi del tutto assimilabile ai periodi di disponibilità e di reperibilità<sup>(74)</sup> e quindi qualificabile – al pari di essi – come orario di lavoro. Da ciò conseguirebbe, poi, la computabilità della stessa nel calcolo della durata massima della giornata lavorativa che il lavoratore agile è tenuto a rispettare. In tale modo, il periodo di connessione, insieme a quello di lavoro effettivo, non potrebbero avere un'estensione tale da superare la durata massima giornaliera della prestazione lavorativa di 13 ore circa, ricavata dalla decurtazione del periodo di riposo minimo stabilito dall'art. 7 D.lgs 66/2003<sup>(75)</sup>.

Pertanto, ciò che rileva ai fini della distinzione tra connessione quale tempo di lavoro e connessione quale tempo di riposo, è la previsione di un

---

<sup>(72)</sup> Come in parte sembra avere già fatto la contrattazione aziendale. Cfr. E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi, *op. cit.*, da cui si evince che nella prassi, la contrattazione aziendale ha previsto fasce di reperibilità o di contattabilità durante le quali il lavoratore ha l'obbligo di rendersi raggiungibile dal datore di lavoro. In particolare, il contratto aziendale Zurich prevedeva nel primo mese di sperimentazione una fascia di reperibilità dalle 10.30 alle 16.30; il contratto aziendale Axa sancisce una reperibilità obbligatoria nelle fasce orarie stabilite dal lavoratore con il proprio responsabile. Va sottolineato che la questione della previsione di un obbligo di contattabilità del lavoratore è strettamente connessa al grado di libertà riconosciuto allo stesso per la determinazione dell'orario di lavoro. Infatti, qualora l'accordo di lavoro agile imponga una correlazione temporale con l'orario normalmente praticato nella sede di lavoro, non c'è l'esigenza di concordare fasce di reperibilità, atteso che il datore di lavoro potrà contattare il lavoratore durante l'orario normale; diversamente, si rende necessaria tale previsione, nel momento in cui il lavoratore non abbia vicoli in ordine alla collocazione temporale della prestazione.

<sup>(73)</sup> C. Alessi, *op. cit.*, 4.

<sup>(74)</sup> Secondo la più recente giurisprudenza comunitaria v. C. giust. 21 febbraio 2018, *Ville de Nivelles c. Rudy Matzak*, causa C-518/15.

<sup>(75)</sup> M. Lai, *op. cit.*, 679. Così anche G. Calvellini, M. Tufo, *op. cit.*, 411 che affermano come la durata massima di connessione sia di 13 ore giornaliera.

obbligo, espressione del vincolo sulla libertà del lavoratore di determinare autonomamente il suo tempo libero. In altre parole, il tempo di connessione, quando è assoggettato alle esigenze imprenditoriali, diviene qualificabile come orario di lavoro.

In mancanza di una categoria intermedia che consenta di collocare il tempo di connessione come tempo intermedio tra lavoro e riposo, la contrattazione collettiva è la sola che potrà arginare gli effetti derivanti da tale lacuna, regolando il tempo di connessione.

Sul punto, le fasce di reperibilità<sup>76</sup> (*rectius* di connessione obbligatoria) possono rappresentare un'equilibrata soluzione, che, pur limitando la discrezionalità del lavoratore di scegliere quando svolgere la prestazione, lo tutelano dal rischio di interferenze datoriali, assicurandogli un riposo effettivo<sup>(77)</sup>.

In conclusione, in mancanza di un intervento legislativo (preferibile), non rimane che auspicare l'intervento della contrattazione collettiva, affinché disciplini il tempo di connessione e progetti strumenti tecnologici che, rendendo possibile la connessione, ne garantiscano anche un'efficace disconnessione.

---

<sup>(76)</sup> Nell'accezione a-tecnica di reperibilità, intesa come periodo in cui il lavoratore ha l'obbligo di essere contattabile. Invero, l'istituto della reperibilità v. M. Ferraresi, *op. cit.*, 110 è concepito tradizionalmente come «il tempo in cui il lavoratore permane, in un luogo dallo stesso liberamente scelto, a disposizione del datore al fine di intervenire sul luogo di lavoro qualora questi ne ravvisi la necessità». La connotazione spaziale che lo caratterizza è ampiamente sminuita nella prestazione agile, atteso che spesso il luogo di lavoro coincide con l'abitazione del lavoratore. Ne consegue che l'utilizzo della reperibilità come equivalente della connessione (contattabilità) è tecnicamente improprio. Si potrebbe tutt'al più concepire il periodo di connessione come una sotto-categoria della reperibilità, in quanto l'obbligo di connessione si estrinseca nella sola disponibilità ad eseguire la prestazione quando richiesta, senza la necessità di recarsi presso il luogo di lavoro.

<sup>(77)</sup> Cfr. A. Tursi, *op. cit.*, 112 secondo cui si dovrebbero «prevedere fasce orarie in cui il lavoratore è tenuto a “rispondere” alla chiamata».

## Bibliografia

- Alessi C., *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in *WP D'Antona It.* n. 123/2011.
- Allamprese A. – Pascucci F., *Tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *RGL*, 2017, II, 307 ss.
- Allamprese A., *La proposta di modifica della direttiva su taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *LG*, 2005, 8, 729 ss.
- Allamprese A., *Attività di guardia medica e orario di lavoro*, in *LG*, 2003, 12, 1126 ss.
- Altimari M., *Un diritto alla disconnessione: un "vecchio" diritto ineffettivo?*, in A. Occhino (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, 181 ss.
- Avogaro M., *Lavoro agile e work-life balance: il diritto di disconnessione alla prova dell'autonomia collettiva*, in *GC.com*, 2018, VII, 1 ss.
- Bellomo S. – Rocchi L., *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, in *RIDL*, 2021, II, 336 ss.
- Bolego G., *Articolo 1. Finalità e definizioni*, in V. Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie. D.Lgs. n. 66/2003, come modificato dal D.Lgs. n. 213/2004*, Ipsoa, 2004, 62 ss.
- Boscari A., *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, Tribuna d'Autore, 2020, 49 ss.
- Bottini A. – Melis V. – Patané O., *Il lavoro agile prepara l'addio all'emergenza: svolta in tre test*, in *Quotidiano del Lavoro*, 6 settembre 2021.
- Calvellini G. – Tufo M., *Lavoro e vita privata nel lavoro digitale: il tempo come elemento distintivo*, in *Labor*, 2018, IV, 403 ss.
- Carinci M. T., *Il lavoro agile nel settore privato*, in M.T. Carinci, A. Tursi, *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020.
- Carinci M.T., *Il lavoro agile tra norme poco effettive e diritto emergenziale iper-effettivo*, in M.T. Carinci, A. Tursi, *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile, tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020, 83 ss.
- Casillo R., *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *RGL*, 2018, I, 115 ss.
- Dagnino E. - Menegotto M. - Pelusi L.M. - Tiraboschi M., *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt University Press, 2017.
- Dagnino E., *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *DRI*, 2017, IV, 1024 ss.
- Di Meo R., *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *LLI*, 2017, III, 2, 18 ss.
- Donini A., *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 77 ss.
- Fenoglio A., *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in *RIDL*, 2018, I, 625 ss.
- Ferrante V., *Il lavoro a distanza e il diritto "alla disconnessione"*, in A. Occhino (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, 125 ss.
- Ferrante V., *In arrivo il diritto alla disconnessione del lavoratore, ma non per tutti*, in *IpsoaQuotidiano*, 18 febbraio 2017, 12 ss.
- Ferraresi M., *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell'orario di lavoro*, in *RIDL*, 2008, I, 93 ss.
- Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018.
- Genin E., *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *IJCLLIR*, 2016, 32, III, 280 ss.

- Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in *WP D'Antona It.* n. 6/2017.
- Ichino P. – Valente L., *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, Giuffrè, 2012.
- Ingrao A., *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018.
- Lai M., *Innovazione tecnologica e riposo minimo*, in *DRI*, 2020, III, 662 ss.
- Leccese V., *Il lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in *RGL*, 2020, III, 428 ss.
- Leccese V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001.
- Leccese V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie. D.Lgs. n. 66/2003, come modificato dal D.Lgs. n. 213/2004*, Ipsoa, 2004.
- Maio V., *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, Tribuna d'Autore, 2020, 85 ss..
- Malzani F., *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DLM*, 2018, I, 17 ss.
- Mitrus L., *Potential implications of the Matzak judgment (quality of rest time, right to disconnect)*, in *ELLJ*, 2019, 10, 4, 386 ss.
- Morel L., *Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique*, in *LLI*, 2017, III, 2, 2 ss.
- Moscaritolo I., *Le ore di guardia trascorse dal lavoratore al proprio domicilio con obbligo di recarsi nel luogo di lavoro in "tempi brevi" costituiscono "orario di lavoro"*, in *DRI*, 2018, III, 959 ss.
- Pelusi L.M., *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *DRI*, 2017, IV, 1041 ss.
- Perrone R., *Il «diritto alla disconnessione» quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, in *Federalismi.it*, 2017, 24, 2 ss.
- Peruzzi M., *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, I, 1 ss.
- Poletti D., *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *RCP*, 2017, I, 8 ss.
- Ray J. E., *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI siècle*, in *Droit Social*, 2002, 939 ss..
- Ricci G., *La «scomposizione» della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *RGL*, 2021, III, 321 ss.
- Ricci G., *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005.
- Romeo A., *Il diritto alla disconnessione del lavoratore tra invadenze tecnologiche e nuove modalità della prestazione*, in *RGL*, 2019, IV, 671 ss.
- Rota, A. *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in P. Tullini (a cura di), *Web e Lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, 2017, Giappichelli, 165 ss.
- Russo M., *Esiste il diritto alla disconnessione? Qualche spunto di riflessione alla ricerca di un equilibrio tra tecnologia, lavoro e vita privata*, in *DRI*, 2020, III, 682 ss.
- Russo M., *Tempestiva comunicazione dei turni, disconnessione e armonizzazione: quando il benessere dei lavoratori passa attraverso l'orario di lavoro*, in *RGL*, 2020, III, 539 ss.
- Santoro Passarelli F., *Enciclopedia del Diritto*, v. Diritto, Giuffrè, 1964, 748 ss.
- Serrani L., *La nuova legge sul lavoro a distanza in Spagna*, in *Bollettino Adapt*, 28 settembre 2020, n. 35 reperibile su <http://www.bollettinoadapt.it/la-nuova-legge-sul-lavoro-a-distanza-in-spagna/>
- Spinelli C., *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018.
- Supiot A., *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del "tempo di lavoro")*, in *LD*, 1997, I, 15 ss.
- Timellini C., *La disconnessione bussava alla porta del legislatore*, in *VTDL*, 2019, I, 315 ss.

- Tiraboschi M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, IV, 921 ss.
- Tursi A., *il lavoro agile al tempo del Coronavirus*, in M.T. Carinci, A. Tursi, *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020, 94 ss.
- Villalón J.C., *Gli elementi essenziali della nuova regolamentazione del telelavoro in Spagna*, in *RGL*, 2021, II, 300 ss.
- Zeppilli V., *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in *RGL*, 2019, II, 305 ss.
- Zilio Grandi G. - Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam-Wolters Kluwer, 2018.
- Zucaro R., *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *LLI*, 2019, V, 2, 215 ss.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

## **La contrattazione collettiva e i nodi irrisolti in materia di lavoro agile**

**SIMONE DI MOLFETTA**

Università degli studi di Milano

**REGINA MEZINI**

Università degli studi di Milano

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



# La contrattazione collettiva e i nodi irrisolti in materia di lavoro agile

**SIMONE DI MOLFETTA**

Università degli Studi Milano  
Studente di Giurisprudenza  
simone.dimolfetta@studenti.unimi.it

**REGINA MEZINI**

Università degli Studi di Milano  
Funzionaria sindacale FIOM – CGIL Milano  
regina.mezini@studenti.unimi.it

---

## ABSTRACT

---

The discipline of remote working has been characterized from the beginning by a significant participatory presence in collective bargaining, from the European Framework Agreement on Telework of 2002, to its national implementation within the Interconfederal Agreement of 2004, passing through the propulsive role that the bargaining, especially that within the company realities, had regarding the preparatory work that led to the enactment of the law 22 May 2017, n. 81 about the “smart working”. This role could also affect the reform of the discipline, made indispensable because the wide appeal that the agile type, also known as «smart working» anglicism, has had due to the spread of SARS-CoV-19. It is precisely the experimentation throughout the national territory that has rekindled the debate on the subject and stimulated bargaining again with the aim of regulating a «method of execution of the employment relationship» (Article 18, l. 81/2017) which seems to have become an integral part of the current and future organization of work. This contribution aims to investigate the first solutions born in corporate bargaining. The *fil rouge* that binds the 25 company agreements – selected for the

innovativeness of the solutions adopted, for the completeness of the discipline or for the occupational relevance – is the intent to regulate, considering the peculiarities of the workers in force in the individual companies, not simplified smart working, and that is the one that should be resorted to when the health emergency will be over – indeed already practiced by someone. Three topical study topics for post-emergency labour law have been identified: access to agile mode, workplace safety and working time flexibility. With respect to the first profile, corporate collective bargaining has expanded the number of workers with priority access to this remote working method, recognizing real rights to smart working in favour of some categories. With respect to the second profile, the agreements have more or less strictly limited the freedom of the agile worker to choose the workplace independently, also with the aim of limiting the employer's responsibility for health and safety in the workplace, the perimeter of which does not appear sufficiently clear in line with the doctrinal debate on the subject. With respect to the third profile, the contractual practice examined has kept normal working time firm, while variously developing the possibility of placing it flexibly within the working day, abdicating instead the task of fully defining the right to disconnect and, therefore, suitable and mandatory «technical and organizational measures».

**Keywords:** smart working; remote work; corporate collective bargaining; rights and priorities; Health & Safety; time-porosity.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14112>

---

## La contrattazione collettiva e i nodi irrisolti in materia di lavoro agile (\*)

SOMMARIO: 1. Introduzione e nota metodologica. – 2. Diritti e precedenza alla modalità agile nella contrattazione collettiva aziendale – 3. Obbligo di sicurezza e libertà di individuazione del luogo di svolgimento della prestazione di lavoro: i nodi al pettine – 4. Flessibilità dell'orario di lavoro e diritto alla disconnessione – 5. Conclusioni.

### 1. Introduzione e nota metodologica

Nonostante le prime esperienze di lavoro da remoto siano germinate dalla contrattazione aziendale <sup>(1)</sup>, che ha altresì contribuito alla formulazione della disciplina in materia di lavoro agile, regolata dalla l. 22 maggio 2017 n. 81, quest'ultima ha totalmente omesso qualsivoglia tipo di rinvio al ruolo delle parti sociali, ponendo al centro della normativa l'accordo individuale siglato tra lavoratore e datore di lavoro. Il fenomeno è degno d'interesse, soprattutto se si considerano i lavori preparatori <sup>(2)</sup>, sul punto alquanto differenti rispetto al testo definitivo.

Tale soluzione, già criticata dalla dottrina <sup>(3)</sup>, si pone quindi in contrasto con il percorso che era stato sinora segnato dal telelavoro, dato ancor più degno

---

(\*) Nonostante il presente contributo sia il frutto di riflessione complessiva comune, i paragrafi nn. 2, 4 e 5 sono da attribuire principalmente a Simone Di Molfetta, mentre i paragrafi 1 e 3 a Regina Mezini.

<sup>(1)</sup> È noto, infatti, che il telelavoro sia stato concepito nell'ambito dell'Accordo interconfederale per il recepimento dell'accordo-quadro europeo sul telelavoro concluso il 16 luglio 2002 tra UNICE/UEAPME, CEEP e CES, del 9 giugno 2004.

<sup>(2)</sup> Senato della Repubblica, *Disegno di legge (Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato)*, n. 2233. XVII Legislatura, 8 febbraio 2016, art. 20: «i contratti collettivi, di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, possono introdurre ulteriori previsioni finalizzate ad agevolare i lavoratori e le imprese che intendono utilizzare la modalità di lavoro agile».

<sup>(3)</sup> G. Santoro Passarelli, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione*, *DRI*, 2017, 3, 783-784; M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, *DRI*, 2017, 4, 922 ss.; D. Iodice, R. Colombani, *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017. Flessibilità o destrutturazione del rapporto di lavoro?*, *Working Paper ADAPT*, 9/2017, 6 ss.; D. Calderara, *Il "lavoro agile" nella l. n. 81 del 2017: prospettive di indagine*, *giustiziacivile.com*, 2018, 6, 8; G. Marchi, *Legge, contratti collettivi e accordo tra le parti nella regolamentazione del lavoro agile*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Lo stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura di Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 2017, 6, 46; M. Turrin, *Il lavoro agile "ai confini della subordinazione"*, *giustiziacivile.com*,

di nota se si considera la riflessione di alcuni Autori <sup>(4)</sup>, per cui lo *smart working* sarebbe la naturale evoluzione del telelavoro.

Quanto detto, ci spinge ad esaminare nel presente contributo quali progressi siano stati raggiunti sui diritti dei cd. “lavoratori agili” dalla contrattazione aziendale, stimolata dalla diffusione su larga scala della fattispecie agile nella sua versione c.d. «semplificata», imputabile alla pandemia da *Covid-19* <sup>(5)</sup>. In particolare, sono stati presi in esame 25 <sup>(6)</sup> contratti collettivi aziendali, stipulati nel corso del periodo emergenziale e volti a regolare il lavoro agile dopo la pandemia, tra quelli ritenuti di maggior interesse per l’innovatività delle soluzioni adottate, per la completezza della disciplina o per la dimensione dell’azienda a cui sono applicati. Infine, si sono approfonditi alcuni temi di

---

2018, 7, 3; M. Cuttone, *Oltre il paradigma dell’unità di luogo tempo e azione: la revanche dell’autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Lo stato dell’arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura di Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza, *WP CSDL E “Massimo D’Antona”.IT*, 2017, 6, 53 ss.

<sup>(4)</sup> M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, *DRI*, 4/2017, 936-946; M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, *DSL*, 1/2017, 4. R. Romei, *Il lavoro agile: prima, durante e dopo la pandemia*, *RL*, 425; G. Ricci, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina “del lavoro agile”*, *NLCC*, 2018, 3, 632 ss.

<sup>(5)</sup> Forma abbreviata di “*Coronavirus disease 2019*”, denominazione attribuita dall’Organizzazione Mondiale della Sanità nel febbraio 2020 alla malattia respiratoria provocata dall’agente patogeno 2019-nCoV, un nuovo ceppo di Coronavirus (temporaneamente denominato NCP, Novel Coronavirus Pneumonia, dalla National Health Commission della Cina, e successivamente definito SARS-CoV-2) causa di un focolaio di casi di polmonite ad eziologia non nota registratosi dal dicembre dell’anno precedente nella città di Wuhan (prov. dell’Hubei, Cina), e successivamente diffusosi, con morbilità e mortalità variabili, in vari Paesi del mondo, in [www.treccani.it/enciclopedia/covid-19](http://www.treccani.it/enciclopedia/covid-19).

<sup>(6)</sup> Accordo Fincantieri del 17 luglio 2020; accordo Benetton del 9 settembre 2021; accordo TIM del 4 agosto 2020; accordo Trust Technologies del 28 settembre 2020; accordo Fastweb del 29 settembre 2020; accordo Flash Fiber del 28 settembre 2020; accordo Terna del 9 novembre 2020; accordo ITAS Mutua del 14 settembre 2020; accordo Groupama del 21 luglio 2020; accordo Thales Alenia Space del 22 settembre 2020; accordo SNAM del 25 marzo 2021; accordo IBM del 6 aprile 2021, cui si aggiunge l’accordo sui *ticket restaurant* dello stesso giorno; accordo Ericsson del 29 aprile 2021; accordo Wind Tre del 3 febbraio 2021; accordo Vodafone del 29 ottobre 2020; accordo TI Sparkle dell’11 gennaio 2021; accordo Telecontact del 13 gennaio 2021; accordo Olivetti del 28 settembre 2020; ipotesi accordo Almaviva del 1° giugno 2021 (sottoposta a referendum e approvata dalla maggioranza dei lavoratori); accordo Diebold del 26 gennaio 2021; accordo ITALTEL del 13 aprile 2021; ipotesi accordo DXC del 4 giugno 2021 (sottoposto a referendum e approvato dalla maggioranza dei lavoratori); accordo Cassa Centrale Banca del 21 settembre 2020; ipotesi accordo Gromart del 4 gennaio 2021. Di tali accordi, solo 4 (ovvero gli accordi Diebold, Italtel, DXC e Almaviva) sono stati stipulati in aziende coinvolte nella ricerca promossa dalla FIOM-CGIL Milano, dalla Fondazione Claudio Sabattini, dalla prof.ssa Maria Teresa Carinci e dalla dott.ssa Alessandra Ingraio, docenti quest’ultime rispettivamente di Diritto del lavoro e Diritto sindacale e delle relazioni industriali presso l’Università Statale degli Studi di Milano (cfr. *supra*).

studio di scottante attualità per il diritto del lavoro post-emergenziale: le vie di accesso alla modalità agile (par. 2), i problemi legati alla sicurezza sul luogo di lavoro (par. 3) e la flessibilità oraria, compreso il diritto alla disconnessione (par. 4).

## 2. Diritti e precedenze alla modalità agile nella contrattazione collettiva aziendale

Ai sensi dell'art. 18 co. 1 l. n. 81/2017, l'attivazione della modalità agile è «stabilita mediante accordo fra le parti», non configurandosi di conseguenza alcun diritto per il lavoratore, né d'altra parte alcun potere del datore di lavoro finalizzato ad imporre tale forma flessibile di svolgimento della prestazione <sup>(7)</sup>. Benché l'unico limite sia dunque quello oggettivo – ovvero la compatibilità della mansione con la modalità agile, concetto spesso ribadito peraltro dagli accordi collettivi <sup>(8)</sup> –, la contrattazione collettiva aziendale ha talvolta previsto dei criteri ulteriori per regolare l'accesso a tale modalità, di natura soggettiva, basati sul superamento del periodo di prova <sup>(9)</sup> oppure sull'organizzazione dell'orario di lavoro, riservando ai turnisti un trattamento differenziato <sup>(10)</sup>. In nessun caso sono state però esplicitate le motivazioni a fondamento di tali esclusioni, facendo sorgere il dubbio che si sia davanti a disparità di trattamento non adeguatamente giustificate e, dunque, in contrasto con il diritto eurounitario <sup>(11)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> Aspetto che invero merita particolare attenzione: mentre infatti «il potere di trasferire è sempre stato ritenuto compreso nel potere direttivo datoriale» - purché sussistano le «ragioni tecniche, organizzative e produttive» dell'art. 2103 co. 8 -, il lavoro agile riconosce al lavoratore la libertà di individuare il proprio luogo di lavoro, quantomeno sulla carta, segnando un netto cambiamento rispetto all'assetto tradizionale (R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, 511-512). Egli, infatti, non solo si dovrebbe trovare a poter scegliere *dove* svolgere la propria agile prestazione (su cui *infra*, par. 3), ma anche *se* adottare tale modalità, acquistando di conseguenza l'inedita possibilità di incidere direttamente nell'esercizio dello *ius variandi* datoriale, tramite la decisione se stipulare o meno l'accordo di cui all'art. 18., l. 81/2017.

<sup>(8)</sup> Vedasi, ad esempio: par. 1.2 – Destinatari, accordo Benetton, cit., pag. 14; art. 1.1 accordo Thales, cit.; accordo Snam, cit., par. 1; accordo IBM, cit., par. 1.2; accordo Wind Tre, cit., par. 3; accordo Cassa Centrale Banca, cit., par. 2.

<sup>(9)</sup> Accordo Fincantieri, cit., par. 2; Accordo Terna, cit., par. 2; accordo IBM, cit., par. 1.3.

<sup>(10)</sup> Accordo Terna, cit., par. 2.

<sup>(11)</sup> Il riferimento è al lavoro, anch'esso di analisi della contrattazione aziendale, di M. Turrin, *Lavoro agile e contratti di lavoro non standard: elementi di criticità*, in *DRI*, 2020, 2, 381-406: nella sua indagine, infatti, riscontrava che «numerose accordi collettivi aziendali in tema di lavoro agile tra quelli esaminati presentano disposizioni in contrasto con la normativa antidiscriminatoria, escludendo tout court alcune tipologie di lavoratori non standard [nel

Volgendo sempre lo sguardo al tema dell'accesso al lavoro agile, per quanto la l. n. 81/2017 non lo renda oggetto di uno specifico diritto, al successivo comma 3–*bis* impone d'altra parte al datore di lavoro di riconoscere priorità alle richieste di esecuzione della prestazione in modalità *smart* avanzate dalle lavoratrici «nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità» e «dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità». Dal testo normativo sembra lecito ritenere che il legislatore abbia, in sintesi, «previsto un diritto di «*priorità*» nell'accoglimento delle richieste soltanto per gli specifici casi nei quali l'interesse del lavoratore alla modalità di lavoro e conciliazione agile viene espressamente considerato socialmente qualificato», dovendosi escludere un qualsiasi diritto del lavoratore a lavorare (nel lavoro agile ordinario) in *smart working* <sup>(12)</sup>.

La contrattazione collettiva, in alcuni casi, si è spinta però oltre, individuando da una parte nuovi casi in cui l'accesso è garantito in maniera prioritaria; dall'altra, anche dietro l'influenza della legislazione emergenziale <sup>(13)</sup>, situazioni in cui il raggiungimento del c.d. *work–life balance* pare essere particolarmente sentito, tanto da addivenire al riconoscimento di un vero e proprio diritto al lavoro agile.

---

nostro caso, addirittura standard] dalla possibilità di beneficiare del lavoro agile. Tali esclusioni, non sorrette da alcuna motivazione oggettiva, si pongono in palese contrasto con il diritto “eurounitario”. Infatti, l'esclusione di determinati prestatori dalla platea dei possibili destinatari di un istituto normativo quale il lavoro agile per la sola ragione di essere dei lavoratori non standard comporta una disparità di trattamento. Tale discriminazione è resa ancora più evidente dal fatto che nessuno degli accordi esaminati si sia premurato di giustificare tali esclusioni in base a criteri oggettivi e trasparenti, che eventualmente consentissero di verificare se la disparità realizzatasi rispondesse ad una effettiva necessità, fosse idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risultasse a tal fine necessaria».

<sup>(12)</sup> V. Maio, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione* in AA. VV., *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, a cura di M. Martone, Piacenza, LaTribuna, 2020, 90-91.

<sup>(13)</sup> Il già cit. art. 4 co. 1, lett. a) del DPCM del 01/03/2020, infatti, raccomandando ove possibile l'impiego del lavoro agile quale misura di prevenzione dal contagio (si vedano i titoli degli artt. 3-4 del decreto e del provvedimento stesso), ha operato uno strettissimo legame fra lo *smart working*, il diritto al lavoro *ex* art. 4 cost., la libertà d'iniziativa economica *ex* art. 41 cost. e il diritto alla salute *ex* art. 32, rendendolo condizione necessaria per la loro simultanea soddisfazione. D'altronde, il ruolo nevralgico giocato da tale modalità di lavoro all'interno del contesto pandemico ben lo sottolinea Valerio Maio (*Il lavoro da remoto, op. cit.*, 86-88), in particolare quando ricorda che «la normativa emergenziale vietava ai lavoratori perfino di recarsi in azienda (con le note eccezioni degli esentati in relazione ai codici Ateco), e dunque imponeva anzitutto alle imprese la remotizzazione come unica modalità organizzativa fruibile».

In particolare, i contratti che riconoscono ulteriori priorità si sono occupati dei lavoratori che siano destinatari della l. 5 febbraio 1992 n.104<sup>(14)</sup>, che abbiano nel proprio nucleo familiare soggetti destinatari della stessa l. n. 104/1992 oppure figli minori degli anni 14 o figli minori con disabilità<sup>(15)</sup>, o, ancora, che siano stati assegnati ad una sede di lavoro che richieda certi tempi o chilometri di percorrenza<sup>(16)</sup>. I contratti che invece riconoscono una sorta di diritto allo *smart working*, conoscono varie soluzioni, assegnando ai lavoratori un maggior numero di giornate in lavoro da remoto oppure stabilendo l'accoglimento automatico della richiesta in determinate circostanze, ad esempio in caso di gravidanza<sup>(17)</sup>, maternità e paternità<sup>(18)</sup>; al rientro in servizio dopo una malattia pari ad almeno 30 giorni continuativi e che necessitano di trattamenti riabilitativi<sup>(19)</sup>; al rientro in servizio dopo trattamenti chemio, immuno o radioterapici<sup>(20)</sup>; per genitori di figli affetti da disturbi specifici dell'apprendimento<sup>(21)</sup> o da grave disabilità<sup>(22)</sup>; per i lavoratori, infine, vittime di violenza domestica<sup>(23)</sup> (prassi legittimata tra l'altro anche da recentissima giurisprudenza<sup>(24)</sup>).

Ora, benché a prima vista tali misure sembrino venire incontro ai lavoratori maggiormente fragili e con particolari esigenze di cura e assistenza, sembra legittimo prendere in considerazione l'eventualità che il lavoro agile, concepito come agevolazione per tali categorie, possa involontariamente finire per negare spazi di socialità proprio a quei lavoratori che maggiormente ne abbisognano. Certo, diversi sono gli accordi<sup>(25)</sup> che dedicano uno spazio

---

(14) Accordo DXC, cit., *Norme generali*, pag. 2: «I benefici ai sensi dell'articolo 19, comma 2, del D.lgs n. 81/2017 previsto per lavoratori disabili ai sensi dell'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68 sono estesi quale condizione di miglior favore anche a coloro che sono beneficiari di legge 104 in clausola (*sic*) di gravità per cure di parenti.»; accordo Cassa Centrale Banca, cit., par. 4, pag. 4; accordo IBM, cit., par. III.1.

(15) Accordo ITALTEL, cit., par. 2.

(16) Accordo Cassa Centrale Banca, cit., par. 4; accordo Groupama, cit., *Procedura per l'attivazione*, lett. d).

(17) Accordi TIM, Olivetti, Trust Technologies, Fiber e Terna, citt.

(18) *Ibidem*.

(19) Accordi TIM, Olivetti, Trust Technologies e Fiber, citt., par. 12

(20) Accordi TIM, Olivetti, Trust Technologies e Fiber, citt., par. 12; accordo Terna, cit., par. 4; accordo Vodafone, cit., par. II.12.b.1).

(21) Accordi TIM, Olivetti, Trust Technologies e Fiber, citt., par. 12.

(22) Accordo Vodafone, cit., par. II.12.b.1).

(23) *Ibidem*.

(24); Trib. Bologna, 23 aprile 2020 n. 2759; Trib. Grosseto 23 aprile 2020 n. 502, *DJ*; Trib. Roma 20 giugno 2020 n. 12525, *RIDL*, 2020, 4, II, 704.

(25) Accordi ITALTEL, TIM, Flash Fiber, Trust Technologies e Olivetti, citt., par. 4; accordo Terna, cit., par. 7; accordo TI Sparkle del 24 settembre 2020, par. 4, richiamato dalle Premesse dell'accordo dell'11 gennaio 2021: «Resta inteso che tutto quanto previsto dai

apposito alle misure di inclusione, ma è vero anche che si tratta perlopiù di condivisione di “buone pratiche” – espressione il cui concreto significato rimane peraltro sfuggente –, mentre rimangono unici i casi in cui viene prevista l’assistenza psicologica per i dipendenti <sup>(26)</sup> e, soprattutto, l’identificazione di specifici spazi di *co-working* e/o *instant office* <sup>(27)</sup>, laddove questi due ultimi strumenti in particolare potrebbero venire incontro all’esigenza di non perdere la socialità propria del lavoro.

### **3. Obbligo di sicurezza e libertà di individuazione del luogo di svolgimento della prestazione di lavoro: i nodi al pettine**

Il lavoro agile si concreta in una particolare modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato, contraddistinta – tra l’altro – dal fatto che «la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all’interno di locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa» <sup>(28)</sup>. Come detto, tale modalità è il prodotto di un accordo individuale tra le parti che ne disciplina alcuni aspetti <sup>(29)</sup>; tuttavia tra essi non figura il luogo di svolgimento della prestazione, che è dunque lasciato alla libera scelta del lavoratore <sup>(30)</sup>.

Ciò ha degli inevitabili riflessi sull’obbligo di sicurezza di cui all’art. 2087 c.c., che presuppone che il datore di lavoro sia nel pieno dominio e controllo dell’ambiente in cui il lavoratore svolge la propria prestazione. Al riguardo, la l. n. 81/2017, all’art. 22, stabilisce che «il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell’attività lavorativa» <sup>(31)</sup> e che, al fine di garantire la sua sicurezza, «consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un’informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro» <sup>(32)</sup>.

---

richiamati accordi del 24 di settembre 2020 e qui non espressamente richiamato deve intendersi confermato»; accordo Vodafone, cit., par. II.12; accordo Wind Tre, cit., par. 10.

<sup>(26)</sup> Accordo Vodafone, cit., par. II.12.a).

<sup>(27)</sup> Accordo Wind Tre, cit., par. 9).

<sup>(28)</sup> Art. 18 co. 1, l. 81/2017

<sup>(29)</sup> Artt. 19 co. 1, 20 co. 1 e 21, l. 81/2017

<sup>(30)</sup> Sull’importanza di tale elemento e della discontinuità segnata da tale previsione rispetto all’impianto tradizionale del potere direttivo del datore di lavoro – *sub specie* dello *ius variandi* –, cfr. *supra* la nota n. 6.

<sup>(31)</sup> Art. 18 co. 2.

<sup>(32)</sup> Art. 22 co. 1. Si segnala che il testo del disegno di legge n. 2233 dell’8 febbraio 2016, presentato dall’allora Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, Giuliano Poletti, quasi

La norma, fortemente criticata <sup>(33)</sup> e ritenuta non sufficientemente esaustiva <sup>(34)</sup>, pone almeno due ordini di problemi. In primo luogo, per quanto concerne il luogo di lavoro, va premesso che nessun contratto tra quelli esaminati riconosce al prestatore una completa libertà di autodeterminazione in merito, essendo state adottate al contrario varie soluzioni che circoscrivono in maniera più o meno stringente le opzioni sul campo: si va così da accordi <sup>(35)</sup> che stabiliscono soltanto requisiti minimi della postazione, quali la riservatezza, la sicurezza e la connettività del luogo di lavoro agile; ad altri <sup>(36)</sup> che invece prescrivono il divieto di optare per luoghi di lavoro posti oltre una certa distanza dalla sede, con l'esplicito fine di permettere, secondo necessità datoriali, il

---

pedissequamente trasfuso nella l. n. 81/2017, all'art. 18 prevedeva un obbligo di sicurezza letteralmente più ampio e non ridotto alla mera consegna dell'informativa: "Il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità agile e a tal fine, consegna altresì al lavoratore l'informativa scritta". Il *discrimen* tra l'art. 18 del disegno di legge n. 2233/2016 e l'art. 22 co. 1, l. n. 81/2017 è da rintracciarsi nell'avverbio "altresì", abrogato a seguito dell'accoglimento da parte del Parlamento delle richieste avanzate da Confindustria con la relazione n. 12 del 16 marzo 2016, depositata presso la Commissione Lavoro del Senato della Repubblica, convinta che il pieno assolvimento di tutti gli obblighi di legge in materia di salute e sicurezza potesse avvenire mediante la mera consegna dell'informativa in questione.

<sup>(33)</sup> Per P. Ichino sarebbe addirittura superfluo l'obbligo di informativa, rispetto al generale obbligo di sicurezza: «in mesi di discussione su questo testo non ho trovato nessuno che mi abbia spiegato cosa aggiunga l'articolo 22 alla tutela generale della sicurezza del lavoratore subordinato. Qui addirittura si tratta di quindici righe del tutto inutili» e, più avanti: «se quel primo vincolo formale, di cui all'articolo 22 [*rectius*, 21: *l'oratore si riferisce all'obbligo di indicare nell'accordo individuale le condotte particolari esterne all'azienda passibili di sanzione in base al codice disciplinare e le modalità di esercizio del potere direttivo sul lavoratore agile*], appare scarsamente utile e potenzialmente dannoso, ancor più questo va detto dell'obbligo di consegnare al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori, con cadenza almeno annuale (ogni anno bisogna ripetere questo duplice adempimento scritto), un'informativa scritta nella quale siano individuati i rischi generali e quelli specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro», così in Senato della Repubblica. Assemblea, *Resoconto stenografico*. XVII Legislatura, 818° seduta, 9 maggio 2017.

<sup>(34)</sup> G. Santoro Passarelli, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2017, 327, 13-14; G. Santoro Passarelli, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, RIDL, 2017, 1, 389-390

<sup>(35)</sup> Accordo ITAS Mutua, cit., pt. 19, che per il vero fa in larga parte un rinvio alla l. n. 81/2017 già al pt. 13; accordo Fastweb, cit., par. 8; accordo Groupama, cit., *Luogo*, pag. 3; Accordo Snam, cit., par. 1); accordo Ericsson, cit., ptt. 11) -12) - 13); accordo Wind Tre, cit., par. 9); accordo Vodafone, cit., par. II.3; accordo Almagora; accordo Diebold, cit., par. 4; accordo ITALTEL, cit., par. 4; accordo DXC, cit., *Luogo di lavoro*, pag. 3.; accordo Cassa Centrale Banca, cit.

<sup>(36)</sup> Accordo IBM, cit., par. II.III.2.

tempestivo ritorno in azienda, passando poi per quelli <sup>(37)</sup> che invece escludono aprioristicamente i luoghi pubblici, aperti al pubblico o con connessione WI-FI *open* – lasciando nei fatti ben poca scelta al lavoratore, al di là della propria abitazione. Vi sono poi accordi <sup>(38)</sup> che permettono anche di individuare altre postazioni, sottoponendole però alla previa autorizzazione del datore di lavoro. Va infine citata un'ultima tipologia <sup>(39)</sup>, in cui non si accenna mai al tema.

In secondo luogo, viene poi un altro ordine di problemi, che tocca il punto forse più spinoso della materia: quello inerente al perimetro dell'obbligo di sicurezza esigibile dal datore di lavoro. Da una prima lettura della disciplina, esso pare infatti esser stato ridotto alla mera consegna dell'informativa annuale di cui al succitato art. 22 co. 1 l. n. 81/2017 – soluzione pedissequamente recepita tra l'altro da diversi accordi collettivi <sup>(40)</sup>, oltre che da una parte della dottrina <sup>(41)</sup> –. Ciononostante, dando seguito ad un diverso filone di pensiero

---

<sup>(37)</sup> Art. 4 accordo Thales Alenia Space, cit.; accordo IBM, cit., par. II.III.2, Accordo Diebold, Accordo Cassa Centrale Banca, cit., par. 5.1.

<sup>(38)</sup> Accordo Fincantieri, cit., par. 8; accordo Benetton, cit., *Luoghi di lavoro*, pagg. 15-16; accordi TIM, Flash Fiber, Olivetti e Trust Technologies, citt., parr. 15-16, e Cassa Centrale Banca, cit., par. 5.1, in cui si affida la definizione del luogo di lavoro esterno ai locali aziendali, in tutto o in parte, agli accordi individuali, ottenendo così un risultato analogo a quegli accordi che, come sopra, sottopongono la definizione del luogo di lavoro a specifica autorizzazione.

<sup>(39)</sup> Accordo Gromart, cit.

<sup>(40)</sup> Accordo Benetton, cit., par. 1.2, *Salute e sicurezza*, pag. 18 («l'Azienda garantisce la salute e la sicurezza del Dipendente che svolge la prestazione in modalità di Lavoro Agile e a tal fine consegna al Lavoratore e ai rappresentanti dei Lavoratori per la sicurezza un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro»); accordi TIM, Olivetti, Trust Technologies, Flash Fiber,, citt., e accordi TI Sparkle (del 24 settembre 2020, cfr. nota 24) e Telecontact (del 16 settembre 2020, richiamato dalle Premesse di quello del 13 gennaio 2021), in cui al par. 9 (8 per Telecontact) si rinvia genericamente agli artt. 22 e 23 l. 81/2017; accordo Terna, cit., par. 5 («il datore di lavoro è tenuto a garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori in smart working tramite la consegna allo stesso lavoratore e ai RLSA di una informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla modalità di lavoro in smart working»); accordo Groupama, cit., Disposizione operativa n. 18); accordo Snam, cit., par. 4); accordo IBM, cit., par. VI.1; accordo Ericsson, cit., pt. 32.

<sup>(41)</sup> AA.VV., *Lavoro autonomo, lavoro parasubordinato, lavoro agile: le novità introdotte dal Jobs Act e dal disegno di legge 2233/2016*, a cura di F. Petracchi, A. Marin, Key Editore, 2016, 91

(42), pochi coraggiosi accordi (43) valorizzano anche in questo frangente il Testo unico per la sicurezza sul lavoro (d. lgs. 9 aprile 2008 n. 81), citandolo espressamente.

Ciò che emerge dall'analisi degli accordi indica però come, anche in tali casi, mentre gli obblighi in capo al lavoratore siano puntualmente individuati coerentemente con la normativa, risulta invece difficile cogliere la reale portata del richiamo al T.U. n. 81/2008 con riguardo al ruolo del datore di lavoro, rischiando di depotenziare così l'efficacia del riferimento. Similmente, non è agevole intendere se tale richiamo alla normativa prevenzionistica sia operato *in toto* o con le limitazioni previste dall'art. 3 co. 10 D.lgs. n. 81/2008 per i lavoratori a distanza: la questione è tuttavia dirimente. Se si optasse infatti per la seconda soluzione, nonostante il rinvio al Titolo III, si escluderebbe l'applicazione, tra gli altri, dell'art. 71 co. 6 T.U. n. 81/2008 – con il relativo esonero del datore di lavoro dall'obbligo di prendere «le misure necessarie affinché il posto di lavoro e la posizione dei lavoratori durante l'uso delle attrezzature presentino requisiti di sicurezza e rispondano ai principi dell'ergonomia» –, nonché delle fondamentali misure di tutela di cui all'art. 15 T.U. n. 81/2008 (44), dal momento che il rinvio è espressamente circoscritto alle norme sulla conformità dell'attrezzatura stessa e solo nel caso in cui sia stato il datore di lavoro a fornirla (45).

---

(42) L. M. Pelusi, *Il lavoro agile tra l'esauritività dell'informativa di salute e sicurezza e l'applicabilità del D.Lgs. n. 81/2008*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Lo stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura di Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2017, 6, 126 ss.; L. M. Pelusi, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, DRI, 2017, 4, 1041 ss.; F. Pascucci, *Profili della responsabilità del terzo per la sicurezza del lavoratore agile*, in *giustiziacivile.com*, 2018, 9.

(43) Accordo Fastweb, cit., par. 8; accordo Terna, cit., pt. 11; accordo Diebold, cit., par. 9.2.

(44) Tra cui val la pena di segnalare quantomeno la previsione della lett. d) al co. 1, concernente «il rispetto dei principi ergonomici nell'organizzazione del lavoro, nella concezione dei posti di lavoro, nella scelta delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro e produzione, in particolare al fine di ridurre gli effetti sulla salute del lavoro monotono e di quello ripetitivo», tanto più significativa se si considerano i risultati della ricerca (cfr. *supra*) in merito ai problemi di salute di lavoratori causati dalla disergonomia della postazione di lavoro.

(45) «Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro fornisca attrezzature proprie, o per il tramite di terzi, tali attrezzature devono essere conformi alle disposizioni di cui al Titolo III».

#### 4. Flessibilità dell'orario di lavoro e diritto alla disconnessione

La prestazione agile deve essere svolta a norma di legge «entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» e «anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro»<sup>(46)</sup>. Al fine poi di garantire il diritto al riposo, la legge prevede che l'accordo individuale debba individuare «i tempi di riposo del lavoratore, nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro»<sup>(47)</sup>.

Al di là, comunque, dei limiti applicabili all'orario di lavoro, la tutela effettiva del diritto al riposo del lavoratore dovrebbe finire, a nostro parere, per coincidere con la definizione delle modalità di disconnessione – benché il lavoro agile non presupponga necessariamente l'impiego di dispositivi informatico-digitali, almeno in teoria<sup>(48)</sup> –, dal momento che l'unico vero modo per garantire il riposo del lavoratore digitale è proprio quello di inibire letteralmente la connessione fra quest'ultimo e la rete aziendale<sup>(49)</sup>.

Gli accordi esaminati, da parte loro, hanno concepito una certa varietà di soluzioni in merito, senza che però alcuno di essi abbia smesso di far riferimento all'orario normale. L'accordo ITAS Mutua, infatti, pur lasciando al prestatore ampia libertà organizzativa nel collocare quotidianamente nel corso della giornata le ore di lavoro (dietro accordo col proprio responsabile), ha però mantenuto fermo l'orario normale previsto dalla legge e dal contratto<sup>(50)</sup>; altri<sup>(51)</sup> hanno previsto una fascia all'interno della quale il lavoratore è libero di

---

<sup>(46)</sup> Art. 18 co. 1, l. 81/2017.

<sup>(47)</sup> Art. 19 co. 1 ult. parte, l. cit.

<sup>(48)</sup> Art. 18 co. 1, l. cit., ove il lavoro agile viene infatti definito una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato [...] con il *possibile* [corsivo nostro] utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa».

<sup>(49)</sup> A. Fenoglio, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, RIDL, 2018, 1, 641-645; M. Russo, *Esiste il diritto alla disconnessione? Qualche spunto di riflessione alla ricerca di un equilibrio tra tecnologia, lavoro e vita privata*, DRI, 2020, 3, 682 ss.

<sup>(50)</sup> Accordo ITAS Mutua, cit., ptt. 2 e 6. Al pt. 6 in particolare è previsto che «nella modalità “lavoro agile”, il lavoratore avrà autonomia nel determinare l'orario individuale di lavoro, in accordo col rispettivo responsabile, tenuto conto delle esigenze tecniche e organizzative e nel rispetto delle norme di legge e di contratto».

<sup>(51)</sup> Art. 4 accordo Gromart, cit.; accordo Fastweb, cit., par. 4; accordo Thales Alenia Space, cit., art. 2.2; accordo Wind Tre, cit., pt. 7), salvo che, naturalmente, nel caso dei lavoratori turnisti. Rimane salva, comunque, la pausa-pranzo fra le 12:30 e le 14:30; ipotesi di accordo DXC, cit., *Orario di lavoro*, pag. 2: «la fascia oraria abituale in cui prestare la propria attività lavorativa, anche in modo discontinuo, è quella stabilita dal Contratto Integrativo ed in essere presso le sedi, ovvero 08,00/18.30».

disporre del proprio monte ore contrattuale giornaliero, ma facendo sempre riferimento a quanto stabilito dall'orario normale; due accordi <sup>(52)</sup> hanno fissato delle fasce in cui obbligatoriamente svolgere almeno parte della propria prestazione lavorativa, anche qui quantificandola comunque secondo l'orario normalmente applicato; nell'ipotesi di accordo per Almagora <sup>(53)</sup>, infine, si sono soltanto definite delle fasce di flessibilità in entrata e in uscita, senza derogare, come negli altri casi, all'orario normale. La maggioranza degli accordi (15 accordi su 25, il 60%) <sup>(54)</sup>, ha comunque operato un semplice rinvio all'orario normale contrattuale già praticato nella sede di riferimento, ponendosi così in continuità

---

<sup>(52)</sup> L'accordo TI Sparkle del 24 settembre 2020, prevede infatti due sottotipi di modalità agile. Al pt. 15 si ha il «lavoro agile giornaliero», che «Si applica agli ambiti organizzativi caratterizzati da attività svolte per obiettivi con adeguato livello di autonomia e flessibilità oraria», in cui «la prestazione in lavoro agile giornaliero dovrà essere svolta, anche al fine di garantire i tempi di riposo e di disconnessione, con la seguente articolazione oraria:

- nell'arco orario compreso tra le ore 7:00 e le ore 22:00 con fruizione di unico intervallo tra le ore 12.30 e le 14.30, con una durata da un minimo di 30 fino ad un massimo di 120 minuti e comunque sempre assicurando la propria presenza tra le ore 10.00 e le 12.30 e tra le 14:30 e le 16:30», mentre per il «lavoro agile settimanale» cfr. *infra*, nota 54. Anche nel lavoro agile settimanale comunque l'orario normale è chiaramente richiamato dal pt. 1, quando precisa alla lett. a) che la modalità agile «non comporta la modifica [...] dell'orario di lavoro»; accordo ITALTEL, cit., par. 5: «Fermo restando l'assenza di precisi vincoli di orario insita nella definizione di smart working, la prestazione in lavoro agile dovrà essere svolta, preferibilmente, nell'arco orario compreso tra le ore 7:45 e le ore 18:45 con fruizione dell'intervallo (di durata da un minimo di 30 fino ad un massimo di 60 minuti) tra le ore 12.30 e le 14.30 nell'arco delle cinque giornate lavorative della settimana. Analogamente a quanto previsto per il lavoro in sede e per consentire la relazione tra e lavoratore e responsabile anche l'attività di lavoro svolta in smart working dovrà essere assicurata tra le ore 9:45 e le 15:45», il tutto «in coerenza con l'orario svolto presso le sedi aziendali».

<sup>(53)</sup> Ipotesi di accordo Almagora, cit.

<sup>(54)</sup> Accordo Fincantieri, cit., par. 5; accordo Benetton, cit., par. 1.2, *Tempi di lavoro e regolamentazione pause*, pag. 14; accordi TIM, Olivetti, Flash Fiber e Trust Technologies, citt., par. 1, lett. a), III pt.; accordo Terna, cit., par. 9; accordo Groupama, cit., Disposizione operativa n. 5); accordo Snam, cit., par. 2.1; accordo IBM, cit., par. II.II.1, tenendo conto che però una diversa collocazione oraria è resa possibile dall'accordo col responsabile di cui al comma seguente; accordo Ericsson, cit., pt. 19, anche se, come nel caso precedente, il successivo pt. 21 permette al dipendente di accordarsi col proprio responsabile al fine di ottenere la possibilità di svolgere liberamente la prestazione all'interno della fascia 7-19, fatta salva l'ora di pausa-pranzo («intervallo meridiano»); accordo TI Sparkle del 24 settembre 2020, pt. 16., ma cfr. *supra*, nota 38; accordo Telecontact del 16 settembre 2020, par. 5, che richiama anche il sistema di timbratura digitale adottato dall'impresa; accordo Diebold, cit., par. 5, fatta salva la possibilità di derogare alla normale articolazione oraria previo accordo col proprio responsabile e la necessaria in ogni caso reperibilità durante il normale orario di lavoro, il che può vanificare nel concreto l'accordo di cui prima; accordo Cassa Centrale Banca, cit., par. 5.2.

con l'indirizzo scelto dalla contrattazione collettiva aziendale già prima della pandemia <sup>(55)</sup>.

Il problema della definizione dell'orario di lavoro in modalità agile è invero oggetto di dibattito in dottrina <sup>(56)</sup>; tuttavia, senza entrare nel merito del dibattito, deve comunque riconoscersi che gli accordi che hanno rinviato al normale orario di lavoro hanno adottato la soluzione di maggior tutela e di maggior rispetto dei principi dell'ordinamento, in considerazione dell'importanza che ha, nel nostro ordinamento, l'istituto della limitazione dell'orario di lavoro dipendente. Essa infatti «discende dall'esigenza di tutelare l'integrità fisica del lavoratore e la sua partecipazione alla vita familiare e/o sociale (conciliazione vita-lavoro)» <sup>(57)</sup>, venendo non a caso prevista espressamente dall'art. 36 co. 2 Cost <sup>(58)</sup>. La previsione costituzionale di un limite orario alla prestazione lavorativa è, d'altro canto, direttamente ricollegata all'altissimo rilievo dei valori in gioco, fra cui presenza senz'altro, oltre all'integrità psico-fisica e la partecipazione alla vita collettiva, la dignità stessa del lavoratore, dato che, in assenza di tali limiti, vi è il concreto rischio che la soggezione del lavoratore al potere direttivo del datore di lavoro possa durare indefinitamente, senza che vi siano argini a garanzia della vita sociale e privata dell'individuo.

È poi direttamente connesso al precedente il tema degli straordinari: al di là di quei contratti <sup>(59)</sup> che, in linea con quanto avviene ordinariamente, prevedono l'autorizzazione preventiva da parte del responsabile (8 su 25, il

---

<sup>(55)</sup> A. Donini, *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato* in AA. VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale*, op. cit., 96-98, ma lo stesso già emergeva dall'analisi di M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2017, 335, 31-32.

<sup>(56)</sup> Che, per ragioni di spazio e oggetto, non si ritiene opportuno riferire nel presente contributo, rimandando, laddove d'interesse, a M. T. Carinci, A. Tursi, *Licenziamento subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e emergenziale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, 85-86 (di Carinci), 111-113 (di Tursi); M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker? DSL*, 2017, 1, 1-29 in part. par. 5; A. Donini, *I confini della prestazione agile*, op. cit., 96-100; D. Mezzacapo, *Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Lo stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura di Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2017, 6, 129-131.

<sup>(57)</sup> R. Del Punta, *Diritto del lavoro* cit., 517.

<sup>(58)</sup> Il quale prevede infatti chiaramente che «la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge».

<sup>(59)</sup> Accordo Benetton, cit., par. 1.2, *Tempi di lavoro e regolamentazione pause*, pag. 14; accordo Fastweb, cit., par. 5; art. 2.2 accordo Thales Alenia, cit.; accordo Snam, cit., par. 2.1; accordo Vodafone, cit., par. II.4; ipotesi accordo Almaviva, cit.; accordo Cassa Centrale Banca, cit., par. 5.2; art. 4 ipotesi di accordo Gromart, cit.

32%), altri <sup>(60)</sup> (5 su 25, addirittura il 20%) arrivano addirittura a negarli formalmente, sebbene nei fatti vengano quasi quotidianamente richiesti ai lavoratori (cfr. *supra* i dati della ricerca), lasciando così nella disponibilità del datore di lavoro un non indifferente ammontare di ore di lavoro gratuito <sup>(61)</sup>. Significativo è però il dato secondo cui quasi la metà, invece, tace problematicamente sul tema (12 su 25, il 48%).

Infine, in merito al cd. «diritto alla disconnessione» (e, in generale, a ciò che concerne il diritto al riposo), la contrattazione collettiva aziendale si è forse mossa con eccessiva prudenza: le due uniche soluzioni adottate – quando non si dà per scontato il rispetto dei normali orari, tralasciando così di regolare tale specifico aspetto, spesso citandolo appena <sup>(62)</sup> – oscillano, infatti, fra l'appello a generici «comportamenti di buona convivenza digitale» rivolto agli stessi lavoratori <sup>(63)</sup>, con l'ovvia precisazione che al di fuori dell'orario di lavoro il dipendente non è tenuto a rispondere alle sollecitazioni provenienti dai dispositivi aziendali, e, nei casi di maggiore audacia, il diritto del lavoratore a disattivare tali dispositivi <sup>(64)</sup>. Da ciò si evince un problema di non secondaria importanza: dato che il diritto al riposo spetta al lavoratore, dovrebbe essere lo stesso datore di lavoro, coerentemente con lo speculare obbligo di garantirne l'integrità psico-fisica (tramite, in questo caso, il diritto al riposo), ad attuare quanto necessario affinché tale diritto sia in concreto realizzato; le soluzioni attualmente adottate invece, quantomeno negli accordi analizzati nel presente

---

<sup>(60)</sup> Accordo Fincantieri, cit., par. 5; accordo Terna, cit., par. 9, che nega gli straordinari riconoscendo però d'altra parte la possibilità di compensare le ore lavorate in più nei giorni seguenti; accordo ITAS Mutua, cit., pt. 6; accordo Groupama, cit., pt. 13); accordo IT Sparkle, cit., par. 15.

<sup>(61)</sup> In merito a ciò, giova la riflessione di M. Barbieri, *Il concetto di lavoro in Marx e il diritto del lavoro*, in *Democrazia e diritto*, 2019, 2, 168, per il quale ciò sarebbe caratteristico di questo momento storico, giacché «il fenomeno più preoccupante dell'attuale fase di evoluzione dell'organizzazione del lavoro e della sua disciplina giuridica è senza dubbio il dilagare, nelle imprese private come nelle amministrazioni pubbliche, del lavoro gratuito».

<sup>(62)</sup> Accordo Fincantieri, cit., par. 6; medesime conclusioni sembrano doversi trarre dalla Disposizione organizzativa n. 5) dell'accordo Groupama, cit.; art. 2.2 accordo Thales Alenia, cit.; accordo IBM, cit., par. II.II.5; ipotesi di accordo Almagora, cit.; accordo Diebold, cit., par. 5; accordo Cassa Centrale Banca, cit., par. 5.2; art. 4 ipotesi di accordo Gromart, cit.

<sup>(63)</sup> Accordi TIM, Olivetti, Flash Fiber e Trust Technologies, cit., par. 7; accordo Telecontact, cit., par. 6; accordo Fastweb, cit., par. 4, accordo Terna, cit., par. 9; accordo Snam, par. 2.1; accordo Wind Tre, cit., pt. 7); accordo Vodafone, cit., par. II.4., in cui per il vero è previsto esclusivamente il cambio di *status* sugli applicativi aziendali; accordo TI Sparkle, cit., par. 7; accordo ITALTEL, cit., par. 11.

<sup>(64)</sup> Accordo ITAS Mutua, cit., pt. 20; accordo Ericsson, cit., pt. 36); ipotesi di accordo DXC, cit., *Orario di lavoro*, p. 3.

contributo, scaricano tale responsabilità <sup>(65)</sup> sullo stesso lavoratore, dimentichi dello stato di soggezione in cui egli versa.

Una regolamentazione maggiormente incisiva in merito è dunque più che auspicabile per garantire il diritto al riposo, anche in coerenza con la funzione propria della contrattazione aziendale e della stessa modalità agile, volta ad «agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro». In particolare, sollevano perplessità quegli accordi <sup>(66)</sup> che escludono la possibilità di fruire di ferie e permessi nei giorni di *smart working*, quasi sottintendendo il messaggio che in tali giornate la prestazione non sia realmente resa o che, comunque, valga di meno.

## 5. Conclusioni

Dall'analisi della contrattazione aziendale sono emersi diversi aspetti migliorativi per i lavoratori. In primo luogo, è già di per sé positivo che la contrattazione aziendale sia intervenuta sul tema, considerando che la legge aveva affidato esclusivamente all'accordo individuale la definizione della modalità agile: ciò aveva infatti creato il concreto rischio che la regolamentazione finisse nella completa disponibilità del datore di lavoro. Il problema si è peraltro acuito in occasione della pandemia, visto che nella legislazione emergenziale il patto di lavoro agile aveva ceduto il passo al potere unilaterale del datore di lavoro.

In secondo luogo, i contratti sono stati capaci di cogliere ulteriori situazioni di fragilità meritevoli di attenzione, riconoscendo loro precedenze e diritti all'accesso al lavoro agile andando oltre il disposto normativo.

In tema poi di retribuzione, vale la pena di accennare che la contrattazione è intervenuta in vari modi: molti <sup>(67)</sup> accordi sono stati infatti

---

<sup>(65)</sup> C. Spinelli, *Tempo di lavoro e di non lavoro: quali tutele per il lavoratore agile?*, in *giustiziacivile.com*, 31 agosto 2018, 6-9; F. Pascucci, *Profili della responsabilità del terzo per la sicurezza del lavoratore agile*, cit., 8; R. Di Meo, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, *LLI*, 2017, 3, 3, 26 ss.

<sup>(66)</sup> Accordo Fincantieri, cit., par. 4; accordo Terna, cit., par. 3, deducibile *a contrario* dalla disposizione per cui «La fruizione di ferie e permessi contrattualmente previsti non è pregiudicata dallo svolgimento, *nel corso della stessa settimana* [corsivo nostro], dell'attività lavorativa in modalità agile»; così anche per l'accordo ITAS Mutua, cit., il quale al pt. 7 prevede che «nelle giornate lavorative contigue a quelle effettuate in modalità "lavoro agile", il lavoratore potrà utilizzare ferie/ex-festività e permessi disciplinati dalla legge, dal CCNL e dal vigente CIA».

<sup>(67)</sup> Accordo IBM del 6 aprile 2021 sul *ticket restaurant*; accordo Telecontact, cit., par. 3; accordi TIM, Olivetti, Flash Fiber e Trust Technologies, cit., par. 5; accordo Terna, cit., par. 8; accordo ITAS Mutua, cit., pt. 15; art. 3.1 accordo Thales Alenia, cit.; accordo Snam, cit.,

capaci di affermare anche per la modalità agile il diritto ai buoni pasto; in alcuni altri <sup>(68)</sup> sono state addirittura riconosciute nuove e ulteriori indennità a copertura delle maggiori spese sostenute dai lavoratori; in altri ancora <sup>(69)</sup> si è riusciti a stabilire parità di retribuzione tra i lavoratori agili e non, chiarendo definitivamente l'infelice espressione legislativa in materia <sup>(70)</sup>.

Vale infine la pena di ricordare tra gli elementi positivi che le organizzazioni sindacali sono riuscite ad ottenere dalla controparte datoriale gli strumenti necessari a svolgere la propria attività, dalla bacheca elettronica ai programmi di video-conferenza per le assemblee <sup>(71)</sup> per esercitare i diritti sindacali previsti pur sempre per tutti i lavoratori subordinati <sup>(72)</sup>.

Al contempo vanno però evidenziati anche alcuni aspetti negativi di tale esperienza negoziale. In tema di accesso alla modalità agile è infatti discutibile la scelta, operata da alcuni degli accordi <sup>(73)</sup> di escludere aprioristicamente alcuni contratti di per sé non oggettivamente incompatibili con lo *smart working*.

Per quanto invece concerne la sicurezza sul lavoro, suscitano apprensione le disposizioni che scaricano sui lavoratori le responsabilità

---

par. 2.4; accordo Vodafone, cit., par. II.10; accordo TI Sparkle, par. 5; ipotesi di accordo Almagora, cit.; accordo Diebold, cit., par. 8; accordo ITALTEL, cit., par. 9; ipotesi di accordo DXC, cit., *Trattamento economico*, p. 4; accordo Cassa Centrale Banca, cit., par. 9; art. 6 ipotesi di accordo Gromart; accordo Wind Tre, cit., par. 6).

<sup>(68)</sup> Accordo ITALTEL, cit., par. 9; accordo Groupama, cit., pt. 3).

<sup>(69)</sup> Accordo IBM, cit., par. IV.1.

<sup>(70)</sup> Ci si riferisce all'espressione impiegata dall'art. 20 co. 1, dedicata al trattamento economico e normativo del lavoratore agile: "Il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda". La dottrina ha valutato l'espressione "complessivamente non inferiore" in negativo, poiché in grado di legittimare un trattamento irragionevolmente differenziato tra lavoratori che svolgono pari mansioni. In questo senso: G. Santoro Passarelli, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, RIDL, 2017, 1, 389-390; D. Iodice, R. Colombani, *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017. Flessibilità o destrutturazione del rapporto di lavoro?*, cit., 9-10; L. Monterossi, *Il lavoro agile: finalità, politiche di welfare e politiche retributive*, in *AA.VV. Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Lo stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi, a cura di Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza, WP CSDL "Massimo D'Antona".IT*, 2017, 6, 29; D. Calderara, *Il "lavoro agile" nella l. n. 81 del 2017: prospettive di indagine*, *giustiziacivile.com*, 2018, 11.

<sup>(71)</sup> Accordo Telecontact, cit., par. 7; accordo Fincantieri, cit., par. 14; accordo Benetton, cit., *Capitolo 5 – Relazioni tra azienda e organizzazioni sindacali*; accordi TIM, Olivetti, Flash Fiber e Trust Technologies, cit., par. 8; accordo Fastweb, cit., par. 7; accordo Terna, cit., par. 10; art. 8 accordo Thales Alenia, cit.; accordo Snam, cit., par. 6; accordo Wind Tre, cit., par. 12); accordo Vodafone, cit., par. IV; accordo TI Sparkle, cit., par. 8; accordo ITALTEL, cit., par. 16; ipotesi di accordo DXC, cit., *Diritti sindacali*, p. 4; art. 7 ipotesi di accordo Gromart, cit.

<sup>(72)</sup> Titolo III, St. Lav.

<sup>(73)</sup> Cfr. *supra*, par. 2.

connesse, lasciando al datore di lavoro un vacuo obbligo di informazione, certamente insufficiente a garantire appieno il rispetto dell'obbligo *ex art.* 2087 c.c. Ciò in particolare mal si concilia con il fatto che spesso il luogo di lavoro non è particolarmente flessibile, venendo anzi predeterminato già nell'accordo fra lavoratore e datore di lavoro <sup>(74)</sup>; di conseguenza, ogni obiezione mossa a partire dall'imprevedibilità della scelta in merito al luogo di svolgimento della prestazione viene a cadere, giacché il datore di lavoro è sin dall'inizio consapevole di dove il lavoratore eseguirà la propria opera e, dunque, in grado di svolgere un controllo preliminare ed effettivo. Non tragga peraltro in inganno il riferimento contenuto in alcuni dei testi contrattuali al T.U. n. 81/2008: se l'intento infatti è onorevole, giacché si spinge oltre quanto previsto dalla l. n. 81/2017, sciogliendo in teoria i dubbi inerenti alla sua applicazione al lavoro agile, quando ciò avviene vengono sì specificati gli obblighi in capo al lavoratore, ma si tace su come il T.U. n. 81/2008 debba trovare applicazione in concreto.

Rispetto poi all'orario di lavoro, il rischio insito nelle modalità di lavoro da remoto che, in quanto tali, sfruttano dispositivi informatici, è che il tempo di lavoro sfumi sempre più nel tempo di vita, fino a rendere difficile la distinzione dell'uno dall'altro, rischio che, come si è avuto modo di vedere, è già realtà. Le conseguenze di tale confusione sono molteplici, ricadendo sui tempi di riposo e sul diritto alla disconnessione, ad essi funzionale, sul riconoscimento degli straordinari e, di conseguenza, in generale sui carichi di lavoro <sup>(75)</sup>. In tale contesto gli accordi non hanno saputo purtroppo adottare delle soluzioni capaci di arginare tale fenomeno, la cd. *time-porosity* <sup>(76)</sup> – benché la contrattazione dei ritmi di lavoro sia compito primario dell'azione collettiva –, arrivando persino ad assecondarlo escludendo la possibilità di ricorrere agli straordinari, evitando di regolare in maniera specifica il diritto alla disconnessione e, in generale, tralasciando la puntuale definizione dei tempi di lavoro, delle modalità di riposo e dei carichi di lavoro.

Infine, grande assente in tutta la contrattazione collettiva esaminata (se non per ricordare che la modalità agile non modifica il codice disciplinare) è la regolazione pattizia dei poteri datoriali (si pensi ai profili problematici caratterizzanti il rapporto tra potere di controllo a distanza e i tipici strumenti di lavoro ai quali si ricorre nelle modalità di lavoro da remoto) <sup>(77)</sup> e lasciando senza

---

<sup>(74)</sup> Cfr. *supra*, note 34 e 35.

<sup>(75)</sup> Si veda in merito la ricerca portata avanti dalla FIOM-CGIL Milano, di cui sopra.

<sup>(76)</sup> E. Genin, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, *IJCLLR*, 2016, 32, 3, 280 ss.

<sup>(77)</sup> P. Tullini, *C'è lavoro nel web?*, *LLI*, 2015, 1 ss.; P. Tullini, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*,

risposta i dubbi a suo tempo sollevati dalla dottrina in merito alla previsione legislativa che affida anche tale punto all'accordo individuale <sup>(78)</sup>.

In conclusione, sembra lecito poter affermare che, sebbene rimangano ancora importanti nodi da sciogliere, i risultati che le organizzazioni sindacali hanno prodotto finora lasciano ben sperare per il futuro (anche in attesa di un più che auspicabile intervento legislativo in merito), con l'augurio che la contrattazione collettiva sappia cogliere i frutti di quanto fatto e si dimostri ancora più audace.

---

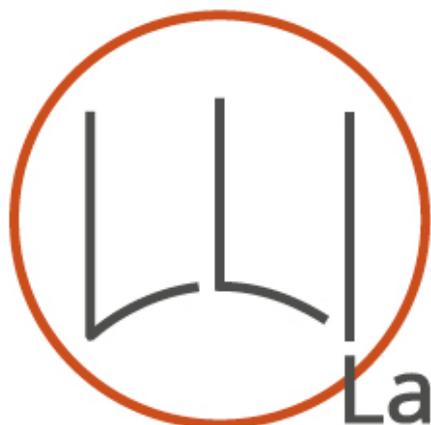
Torino, Giappichelli, 2017, 9 ss.; P. Tullini, *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in AA.VV., *Controlli a distanza e tutele dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini, Torino, 2017, 97 ss.

<sup>(78)</sup> G. Santoro Passarelli, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, cit., 388; D. Calderara, *Il "lavoro agile" nella l. n. 81 del 2017: prospettive di indagine*, cit., 12-13; M. Turrin, *Il lavoro agile "ai confini della subordinazione"*, cit., 8-10; F. Ferraro, *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, in *giustiziacivile.com*, 2018, 148; M. De Luca, *Legge sul lavoro agile: uno sguardo dal ponte sul sistema di tipologie contrattuali del lavoro dopo il recente riordino*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2018, 148; D. Mezzacapo, *Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti*, cit., 155; A. Perulli, *La soggettivazione regolativa nel diritto del lavoro*, DRI, 2019, 1, 154 ss.

## Bibliografia

- AA.VV., *Lavoro autonomo, lavoro parasubordinato, lavoro agile: le novità introdotte dal Jobs Act e dal disegno di legge 2233/2016*, a cura di Petracci F., Marin A., Key Editore, 2016, 91.
- Barbieri M., *Il concetto di lavoro in Marx e il diritto del lavoro*, in *Democrazia e diritto*, 2019, 2, 168.
- Brollo M., *Smart o Emergency Work?*, in *Law. giur.*, 2020, 6, 558.
- Calderara D., *Il “lavoro agile” nella l. n. 81 del 2017: prospettive di indagine*, in *giustiziacivile.com*, 2018, 11.
- Carinci M. T., Tursi A., *Licenziamento subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e emergenziale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, 85–86, 111–113.
- De Luca M., *Legge sul lavoro agile: uno sguardo dal ponte sul sistema di tipologie contrattuali del lavoro dopo il recente riordino*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona.it*, 2018, 148.
- Del Punta R., *Diritto del lavoro*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, 511–512, 517.
- Di Meo R., *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *LLI*, 3, 2, 2017, 26 ss.
- Donini A., *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato* in AA.VV. *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Lo stato dell’arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura di Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza, *WP CSDLE Massimo D’Antona.it*, 2017, 6, 96–100.
- Fenoglio A., *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in *RIDL*, 2018, 1, 641–645.
- Ferraro F., *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, in *giustiziacivile.com*, 2018, 148.
- Genin E., *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *Int. journ. comp. lab. law ind. rel.*, 2016, 32, 3, 280 ss.
- Ichino P. in Senato della Repubblica. Assemblea, *Resoconto stenografico*. XVII Legislatura, 818° seduta, 9 maggio 2017.
- Iodice D., Colombani R., *Il lavoro agile nella legge n. 81 / 2017. Flessibilità o destrutturazione del rapporto di lavoro?*, in *Working Paper ADAPT*, 2017, 9, 7.
- Mezzacapo D., *Il lavoro agile ex legge n. 81 / 2017: note minime e problemi aperti*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Lo stato dell’arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura di Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza, *WP CSDLE Massimo D’Antona.it*, 2017, 6, 129–131.
- Monterossi L., *Il lavoro agile: finalità, politiche di welfare e politiche retributive*, in AA.VV. *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Lo stato dell’arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura di Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza, in *WP CSDLE Massimo D’Antona.it*, 2017, 6, 29.
- Pascucci F., *Profili della responsabilità del terzo per la sicurezza del lavoratore agile*, in *giustiziacivile.com*, 2018, 9.
- Pelusi L. M., *Il lavoro agile tra l’esauritività dell’informativa di salute e sicurezza e l’applicabilità del D.Lgs. n. 81/2008* in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Lo stato dell’arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura di Gruppo Giovani Giuslavoristi Sapienza, *WP CSDLE Massimo D’Antona.it*, 2017, 6, 154 ss.
- Pelusi L. M., *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *DRI*, 2017, 4, 1041 ss.
- Perulli A., *La soggettivazione regolativa nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, 1, 154 ss.
- Peruzzi M., *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?* in *DSL*, 2017, 1, 1–29.

- Ricci G., *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina “del lavoro agile”*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2018, 3, 632 ss.
- Romei R., *Il lavoro agile: prima, durante e dopo la pandemia*, in *RL*, 425.
- Russo M., *Esiste il diritto alla disconnessione? Qualche spunto di riflessione alla ricerca di un equilibrio tra tecnologia, lavoro e vita privata*, in *DRI*, 2020, 3, 682 ss.
- Santoro Passarelli G., *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RIDL*, 2017, 1, 389–390
- Spinelli C., *Tempo di lavoro e di non lavoro: quali tutele per il lavoratore agile?*, in *giustiziacivile.com*, 31 agosto 2018, 6–9.
- Tiraboschi M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 2017, 335, 31–32.
- Tullini P., *C’è lavoro nel web?*, in *LLI*, 1/2015, 1 ss.
- Tullini P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in *AA.VV., Controlli a distanza e tutele dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. Tullini, Torino, Giappichelli, 2017, 97 ss.
- Tullini P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell’impresa, in Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, Giappichelli, 2017, 9 ss.
- Turrin M., *Lavoro agile e contratti di lavoro non standard: elementi di criticità*, in *DRI*, 2020, 2, 381–406.
- Accordo Benetton del 9 settembre 2021.
- Accordo Cassa Centrale Banca del 21 settembre 2020.
- Accordo Diebold del 26 gennaio 2021.
- Accordo Ericsson del 29 aprile 2021.
- Accordo Fastweb del 29 settembre 2020
- Accordo Fincantieri del 17 luglio 2020.
- Accordo Flash Fiber del 28 settembre 2020.
- Accordo Groupama del 21 luglio 2020.
- Accordo IBM del 6 aprile 2021.
- Accordo IBM sui *ticket restaurant* del 6 aprile 2021.
- Accordo ITALTEL del 13 aprile 2021.
- Accordo ITAS Mutua del 14 settembre 2020
- Accordo Olivetti del 28 settembre 2020.
- Accordo SNAM del 25 marzo 2021.
- Accordo Telecontact del 13 gennaio 2021.
- Accordo Terna del 9 novembre 2020.
- Accordo Thales Alenia Space del 22 settembre 2020.
- Accordo TI Sparkle dell’11 gennaio 2021.
- Accordo TIM del 4 agosto 2020.
- Accordo Trust Technologies del 28 settembre 2020.
- Accordo Vodafone del 29 ottobre 2020.
- Accordo Wind Tre del 3 febbraio 2021.
- Ipotesi di accordo Almagora del 1° giugno 2021.
- Ipotesi di accordo DXC del 4 giugno 2021.
- Ipotesi di accordo Gromart del 4 gennaio 2021.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

**Messaggi offensivi al sindacato  
tramite *social network* e conflitto collettivo**

**VALENTINA ANIBALLI**  
Universitas Mercatorum

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



## Messaggi offensivi al sindacato tramite *social network* e conflitto collettivo

VALENTINA ANIBALLI  
Università Mercatorum  
Ricercatrice di Diritto del lavoro  
v.aniballi@unimercatorum.it

---

### ABSTRACT

---

The essay reflects on the impact that offensive communications addressed at trade union, through social networks, can have on the dynamics of industrial relations. Particular attention is given to the behaviors put in place by the employer and aimed at favoring a specific trade union or a specific “group” of workers.

**Keywords:** art. 28 act. n. 300/1970; art. 17 act. n. 300/1970; Industrial Relations; social network; trade union.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14043>

---

## Messaggi offensivi al sindacato tramite *social network* e conflitto collettivo

SOMMARIO: 1. Dialettica sindacale e ingerenza datoriale: alcune premesse. – 2. Offensività di messaggi diffusi tramite *social network* in ambito sindacale. – 3. Il *favor* del datore di lavoro nei confronti di un determinato “gruppo”. – 4. Discriminatorietà *ex se* della condotta antisindacale ed altre questioni.

### 1. Dialettica sindacale e ingerenza datoriale: alcune premesse

Nel nostro ordinamento il compito di preservare il rispetto e l'effettività delle regole sulle quali si fonda la liturgia delle relazioni industriali è affidato ancora oggi in maniera preponderante all'art. 28 St. lav. <sup>(1)</sup>. I comportamenti in grado di interferire con la genuinità richiesta al confronto tra le parti coinvolte rispondono ad una vasta gamma di manifestazioni difficilmente raggruppabili all'interno di un elenco chiuso. È indubbio, infatti, che la natura antisindacale di una condotta non sia individuabile sulla base di coordinate strutturali costanti ed invariate; al contrario, sarà necessario considerare di volta in volta l'idoneità del comportamento a ledere gli interessi collettivi di cui l'organizzazione sindacale è portatrice.

Del resto, «la nozione di “sindacale” (...) non può essere dedotta da concezioni aprioristiche, ma deve essere individuata esclusivamente sulla base della realtà storica così come si determina e si evolve» <sup>(2)</sup>. Con tale nozione vengono designati gli interessi riferibili ad una collettività di lavoratori, anche a prescindere dall'organizzazione che ne assume la tutela, con la conseguenza che trovano spazio sia gli interessi collettivi che fanno capo al sindacato-istituzione, sia quelli riferiti ad un gruppo di lavoratori.

---

<sup>(1)</sup> Tra le recenti opere monografiche dedicate alla condotta antisindacale, C. De Marco, *L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e attualità*, Esi, 2019.

<sup>(2)</sup> M. Persiani, *Condotta antisindacale, interesse del sindacato, interesse collettivo e interesse individuale dei lavoratori*, oggi in M. Persiani, *Diritto del lavoro*, 2004, Cedam, 173. Per la definizione di interesse collettivo come espressione della sintesi, non già della somma, degli interessi individuali, formulata pensando al contesto della contrattazione collettiva, si rinvia a F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero*, in *Saggio di diritto civile*, I, Jovene, 1961, 177. Parla di interesse collettivo in senso dinamico G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960, 103. Sul concetto di interesse collettivo dinamico con riferimento agli sviluppi all'interno dell'organizzazione sindacale attraverso la partecipazione dei singoli al processo decisionale: M.G. Garofalo, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, 1979, 176.

Il discrimine tra condotta antisindacale giuridicamente rilevante e condotta antagonista *nel* conflitto risiede nel fatto che in questo secondo caso la condotta datoriale si muove «all'interno della fisiologia del conflitto, così come accettato dal compromesso costituzionale» <sup>(3)</sup> e trova espressione nella concretezza delle relazioni sindacali. L'opposizione *al* conflitto è invece opposizione al sindacato che si inverte in un comportamento illecito perché lesivo del bene tutelato <sup>(4)</sup>.

Di certo non sempre agevole appare la distinzione tra comportamenti meramente antagonisti, cioè espressione dei naturali rapporti di forza rilevanti nel sistema di relazioni industriali, e comportamenti che acquistano consistenza sul piano del diritto positivo come antisindacali *ex art. 28 St. lav.* <sup>(5)</sup>.

Tra le condotte idonee ad intaccare gli interessi dei lavoratori, intesi nei termini poc'anzi descritti, si colloca l'ampia casistica delle forme di sostegno nei confronti di una determinata associazione sindacale, realizzate con qualsiasi mezzo dal datore di lavoro e in violazione del divieto sancito dall'art. 17 St.lav. <sup>(6)</sup>. Come evidenziato in dottrina <sup>(7)</sup>, infatti, la nozione di condotta antisindacale

---

<sup>(3)</sup> M.G. Garofalo, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, op. cit., 91. Non sembra vi siano dubbi sul fatto che anche i datori di lavoro godano di libertà sindacale. Tuttavia, si discute sul fondamento di tale libertà che secondo una parte della dottrina deve rinvenirsi nell'art. 39 Cost. (M. Magnani, *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2021, 31, favorevole ad una lettura "simmetrica" del diritto di libertà sindacale; parla di un principio di bilateralità della libertà sindacale A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro, I. Il diritto sindacale*, Cedam, 2002, 71. Di diverso avviso è quella dottrina che rinviene negli artt. 18 e 41 Cost. il fondamento dell'associazionismo a fini sindacali degli imprenditori (G. Giugni, *Diritto Sindacale*, Cacucci, 2014, 38; cfr. G. Santoro Passarelli, *Sulla libertà sindacale dell'imprenditore*, RTDPC, 1976, 170). Per una ricostruzione del dibattito dottrinale, risalente nel tempo, sulla libertà sindacale dell'imprenditore, si rinvia agli ampi riferimenti in M. Persiani, *Diritto sindacale*, Cedam, 2000, 21.

<sup>(4)</sup> M.G. Garofalo, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, op. cit., 83, 95. Sul punto anche G.A. Recchia, *La "bella giovinezza" dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in O. Razzolini – S. Varva – M. Vitaletti, *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, *Giustizia Civile.com*, 2020, 105.

<sup>(5)</sup> U. Romagnoli, *Sub art. 28*, in G. Ghezzi - G.F. Mancini - L. Montuschi - U. Romagnoli, *Statuto dei lavoratori*, Zanichelli, 1972, 409; V. Simi, *Sub art. 28*, in U. Prosperetti, *Commentario dello Statuto dei Lavoratori*, II, Giuffrè, 1975, 929; G. Pera, *Sub art. 28*, in C. Assanti – G. Pera, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, 1972, 297; A. Freni – G. Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1971, 115.

<sup>(6)</sup> M. De Cristofaro, *Sub art. 17*, in U. Prosperetti, *op. cit.*, 458; C. Assanti, *Sub art. 17*, in C. Assanti – G. Pera, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1972, 185; A. Freni – G. Giugni, *op. cit.*, 65; G.F. Mancini, *Sub art. 17*, in G. Ghezzi - G.F. Mancini - L. Montuschi - U. Romagnoli, *op. cit.*, 233.

<sup>(7)</sup> A. Lo Faro, *Il divieto dei sindacati di comodo dopo la fine del modello statutario di rappresentanza*, *DLM*, 2010, 3, 751-752.

ha finito per assorbire quella di sostegno ai sindacati di comodo. L'art. 28 è divenuto così la sanzione dell'art. 17 St.lav..

Il valore di principio e la portata generale riconosciuti alla norma statutaria da ultimo richiamata consentirebbero di accogliere nel concetto di *sostegno* anche "atti di ingerenza" <sup>(8)</sup> consistenti in comportamenti datoriali eventualmente veicolati dai più moderni strumenti informatici o di comunicazione. A rendere particolarmente complesso qualsiasi tentativo di tracciare un ipotetico perimetro definitorio contribuisce la possibile provenienza di tali interferenze dal mondo dei *social*, in quanto essi, per loro natura, conferiscono ai contenuti diffusi un'attitudine espansiva tendenzialmente non controllabile. La comunicazione, inoltre, è strumento di condivisione di pensieri, idee, opinioni, informazioni, notizie e contenuti, ma al tempo stesso è un momento di produzione di dati elementari che danno vita ad un flusso informativo autonomo rispetto a quello iniziale e in grado di sottrarsi al controllo del soggetto da cui ha avuto origine <sup>(9)</sup>.

La giurisprudenza più recente <sup>(10)</sup> ha riconosciuto l'esistenza di una condotta antisindacale nella diffusione tramite *social*, ad opera del legale rappresentante di una Società, di messaggi di disprezzo nei confronti delle organizzazioni sindacali, dei suoi rappresentanti e della sua azione, accompagnati da giudizi ritenuti offensivi e lesivi dell'onore e del decoro. Quella condotta, lungi dall'essere considerata una espressione del naturale conflitto sindacale, viene percepita come un intervento capace di infrangere la necessaria distanza che ogni imprenditore deve mantenere nei confronti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori.

A ben vedere, nel particolare ambito sindacale il tema del diritto di critica attraverso i *social* viene normalmente affrontato dal punto di vista del lavoratore con qualifica di sindacalista che si sia lasciato andare ad espressioni oggettivamente forti e provocatorie. In verità, la tendenza della comunicazione a svilupparsi al di fuori del luogo di lavoro, inteso in senso fisico, per trasferirsi nella dimensione *social* dove acquista una risonanza e una capacità di espansione decisamente superiori, può essere sfruttata tanto dalle organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori, quanto dalle imprese. La riflessione proposta in questa sede prenderà in esame l'impatto che espressioni offensive utilizzate dal

---

<sup>(8)</sup> Parla di «atti di ingerenza» per descrivere quei comportamenti datoriali «valutabili come destinati a provocare l'assoggettamento di un sindacato alla volontà patronale»: Cass. 3 aprile 1991, n. 3455, *RGL*, 1991, II, 484, nt. F. Veltri.

<sup>(9)</sup> A. Papa, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, 2021, 2, 5.

<sup>(10)</sup> Trib. Milano, 11 settembre 2021, decr., a quanto consta inedita.

datore di lavoro e veicolate attraverso i *social network* possono avere sulla dinamica delle relazioni industriali. Tali modalità comunicative, volte a colpire interlocutori non graditi, accompagnano di solito forme di *endorsement* attuate dal datore di lavoro a beneficio di una specifica organizzazione sindacale o di un “gruppo” che si avvia ad aggregare e sintetizzare gli interessi di una collettività di lavoratori.

## 2. Offensività di messaggi diffusi tramite *social network* in ambito sindacale

Il pluralismo delle idee e dei valori è oggi affidato, in prima battuta, alle risorse della rete, specie alle potenzialità dei *social network* e alla massiccia penetrazione delle piattaforme digitali. Anche il diritto del lavoro si confronta con le regole dell’informazione e della comunicazione, aree del sapere e della conoscenza in costante evoluzione e caratterizzate da «un legame quasi simbiotico con la tecnologia» (11).

Tanto per fare un esempio, il diritto del lavoro non è estraneo al fenomeno definito “convergenza tecnologica” che, affidandosi all’uso del digitale, supera il confine tra strumenti dedicati alle comunicazioni interpersonali e strumenti finalizzati alla diffusione al pubblico del pensiero (12). I tradizionali criteri distintivi tra le due libertà di cui agli artt. 21 e 15 Cost. sono messi in discussione dall’attitudine di un unico mezzo a realizzare molteplici servizi, ora informativi, ora comunicativi. Alcuni esempi sono i *newsgroup*, le *mailing-list*, nonché i *post* pubblicati sui *social network*, che si atteggiano a tecniche ai confini tra comunicazione aperta e comunicazione personale.

In particolare, se per un verso i *social network* sono comunità virtuali di individui che entrano in relazione tra loro su invito di uno di essi e si scambiano contenuti in modalità condivisa, per altro verso, essi operano su piattaforme proprietarie con regole che sono stabilite da queste ultime. Tali piattaforme, inoltre, non sono in grado di garantire la possibilità di dar vita ad un profilo completamente chiuso, dedicato cioè a comunicazioni *ex* articolo 15 della Costituzione. Al contempo, non può essere ignorato l’evolversi della sensibilità sociale verso una maggiore tolleranza nei confronti di un linguaggio sempre più

---

(11) G. Gardini, *Le regole dell’informazione. Verso la Gigabit Society*, Giappichelli, 2021, cit., XVI.

(12) Il fenomeno che va sotto il nome di convergenza tecnologica indica la capacità di diffondere una pluralità di servizi attraverso l’utilizzo di un medesimo mezzo tecnico, superando così l’impostazione tradizionale fondata sulla corrispondenza tra mezzi e servizi.

disinvolto ed incline all'utilizzo di toni aggressivi ed espressioni colorite <sup>(13)</sup>. Si tratta di una tendenza che alimenta l'irriducibile difficoltà di stabilire, sul piano giuridico, il confine tra l'offesa alla reputazione e una semplice affermazione critica socialmente tollerata e ammessa nella dialettica democratica.

Giova ricordare che non è stato ritenuto diffamatorio il ricorso, da parte del dipendente che riveste la carica di rappresentante sindacale aziendale, ad espressioni colorite nei confronti dell'amministratore delegato nell'ambito di una conversazione intervenuta in un gruppo limitato di dipendenti sindacalmente attivi su una *chat* di *Facebook* con accesso condizionato al possesso di una *password*. Si ritiene infatti che tale comportamento costituisca, ancor prima che una legittima espressione del diritto di critica sindacale, una forma di comunicazione privata nella quale i lavoratori possono dare libero sfogo alla propria insoddisfazione rispetto alla gestione aziendale <sup>(14)</sup>. In realtà, può obiettarsi che, anche rendendo il profilo privato e visibile solo a una cerchia ristretta di utenti, nulla impedirebbe a ciascuno dei contatti dell'utente di diffondere i contenuti ivi inseriti, rendendo così potenzialmente illimitato il numero dei destinatari di un *post* <sup>(15)</sup>.

Se da un lato, per il lavoratore sindacalista l'esercizio del diritto di critica, finanche aspra, nei confronti del datore di lavoro trova una copertura costituzionale negli artt. 21 e 39 Cost., dall'altro, esso incontra il limite della correttezza formale imposto dall'esigenza di tutela della persona umana, anch'essa costituzionalmente garantita (art. 2 Cost.). Ne deriva che, laddove tali

---

<sup>(13)</sup> A. De Luca, *Diritto di critica del lavoratore*, *LG*, 2008, 10, 982. Sull'interpretazione evolutiva in tema di contenenza delle espressioni, Cass. civ. sez. III, ord., 27 maggio 2019, n. 14370. Affronta il tema del diritto di critica in generale e dei limiti alla critica nel rapporto di lavoro, M. Mocella, *Sicurezza degli impianti nucleari e limiti al diritto di critica del lavoratore*, *RIDL*, 2016, II, 813 (nt. App. Roma 15 aprile 2016). Con particolare riferimento al tema del diritto di critica esercitato dal lavoratore tramite *social*, senza pretesa di esautività, P. Tosi - E. Puccetti, *Chat Facebook: se la riservatezza legittima la denigrazione del datore di lavoro*, *GI*, 2019, 1, 139; M. Cottone, *Social Network: limiti alla libertà d'espressione e riflessi sul rapporto di lavoro*, *LG*, 2017, 4, 381; F. Iaquina - A. Ingraio, *Il datore di lavoro e l'inganno di Facebook*, *RIDL*, 2015, 1, 82.

<sup>(14)</sup> Cass. 10 settembre 2018, n. 21965, *FI*, 2018, 12, 1, 3927. Si rinvia a F. D'Aversa, *Il diritto di critica (anche sindacale) nell'epoca dei Social Media e degli altri sistemi di interazione sociale*, *LLI*, 2019, 2, 47, nonché ai richiami giurisprudenziali e dottrinali ivi richiamati. Si rinvia altresì a P. Tullini, *Il diritto di critica civile del sindacalista*, in *RIDL*, 1999, 349.

<sup>(15)</sup> Ciò può avvenire, ad esempio, usando la funzione "condividi", facendo circolare il *post* mediante uno *screenshot*, o più banalmente mostrando la schermata a terzi. Secondo Cass. 27 aprile 2018, n. 10280, la diffusione di un messaggio offensivo attraverso l'uso di una bacheca di un *social network* nei riguardi di persone facilmente individuabili integra un'ipotesi di diffamazione per la potenziale capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone. Ne deriva la legittimità del licenziamento per giusta causa, trattandosi di condotta idonea a concretizzare un grave inadempimento del dovere di fedeltà imposto al dipendente.

limiti venissero oltrepassati attribuendo all'impresa o a suoi dirigenti qualità apertamente disonorevoli e riferimenti denigratori non provati, il comportamento del lavoratore potrebbe essere legittimamente sanzionato in sede disciplinare <sup>(16)</sup>. In ogni caso, la copertura costituzionale *ex art. 39 Cost.* del diritto di critica esercitato dal lavoratore che riveste le funzioni di rappresentante sindacale all'interno dell'azienda necessita che l'espressione adoperata sia finalizzata al perseguimento e alla tutela di un interesse collettivo <sup>(17)</sup>.

Cambiando angolo visuale, da alcune pronunce si ricava che la critica all'attività svolta dal sindacato o dai sindacalisti non costituisce di per sé condotta antisindacale allorquando la reazione del datore di lavoro non comprima, o addirittura sopprima, il conflitto sindacale, ma al contrario lo valorizzi nel rispetto del contraddittorio e della dialettica tra parti contrapposte. A differenti conclusioni si arriverà in presenza di elementi atti a provare che l'azione, considerata diffamatoria, sia diretta a dissuadere i lavoratori dall'aderire ad un determinato sindacato o alle relative iniziative <sup>(18)</sup>.

A ben vedere, nel quadro dei nuovi strumenti di interazione sociale, l'antisindacalità della condotta datoriale è stata talvolta rinvenuta, in sede di giudizio, nel carattere offensivo dei messaggi diffusi tramite *social network* dal legale rappresentante della Società convenuta, quasi a voler rimarcare la capacità di tali strumenti di amplificare il carattere antiggiuridico della condotta datoriale e senza attribuire, almeno a quanto consta, alcun rilievo alla natura (privata o meno) della conversazione <sup>(19)</sup>. Dunque, è lecito chiedersi se l'offesa meriti di essere, in un certo senso, contestualizzata. Ad esempio se, ai fini della antisindacalità della condotta, l'offesa rivolta ad un soggetto sindacale attivo in quell'ambito produttivo debba assumere un peso diverso rispetto a quella

---

<sup>(16)</sup> Cass. 10 luglio 2018, n. 18176, *FI*, 2018, 12, 1, 4007, nonché *LG*, 2019, 4, 373, nt. M. Carvello; Cass. 7 dicembre 2003, n. 19350, Cass. 24 maggio 2001, n. 7091, *MGL*, 2001, 792, nt. R. Giovagnoli, nonché *RIDL*, 2002, II, nt. L. Merlini.

<sup>(17)</sup> Cfr. Cass. 7 settembre 2018, n. 21910, che considera il lavoratore con carica di sindacalista come titolare di due distinti rapporti: uno come lavoratore in posizione di subordinazione nei confronti del datore di lavoro, l'altro come lavoratore sindacalista in una posizione uguale a quella della controparte datoriale.

<sup>(18)</sup> Cfr. Trib. Venezia, ord., 1 febbraio 2008, *ADL*, 2009, nt. D. Iarussi, 584.

<sup>(19)</sup> Il riferimento è a Trib. Milano, decr., 11 agosto 2021, cit., dal quale si apprendono le espressioni utilizzate dal legale rappresentante della Società e la cui carica offensiva è stata ritenuta tale da indurre il Giudice a pronunciarsi nel senso della antisindacalità della condotta: "idioti", associazioni che "affossano il paese" con espresso invito a prendere a calci i membri sindacali. A ciò si aggiungeva l'assenza di una "presa di distanza" da parte della convenuta nei confronti delle affermazioni del proprio legale rappresentante. È inevitabile il confronto con Cass. 10 settembre 2018, n. 21965, cit., e il richiamo ai rilievi contenuti in nt. 15.

destinata al sindacato in generale e al suo ruolo di interprete degli interessi dei lavoratori. In quest'ultima ipotesi l'impatto sulla dinamica delle relazioni industriali in essere in una specifica realtà aziendale potrebbe risultare più sfumato. Ciò non toglie che talvolta le espressioni utilizzate da figure aziendali apicali (come nel caso del legale rappresentante) si rivelino non all'altezza del contegno che il ruolo rivestito imporrebbe.

Infine, occorre domandarsi se sia degna di considerazione la particolarità del momento storico in cui l'offesa si è verificata. È noto, infatti, lo sforzo compiuto da talune pronunce di contestualizzare le imprecazioni del lavoratore sindacalista, attribuendo rilievo, ad esempio, all'elevata conflittualità che caratterizza la fase di acceso confronto per il rinnovo del contratto collettivo aziendale <sup>(20)</sup>. In queste situazioni non è insolito ricorrere ad espressioni colorite nei confronti del datore di lavoro, dettate dal timore che vengano assunte decisioni ritenute pregiudizievoli per i lavoratori.

Ma forse il problema di fondo risiede più in generale nel rilievo da attribuire ad una condotta che si esprima attraverso i più moderni strumenti di comunicazione.

Sebbene in rete opinioni, critiche e aspirazioni vengano formulate in *bit* anziché "a parole" o per iscritto, tale modalità espressiva non incide sulla natura dei contenuti, né sulle conseguenze fattuali che da essi scaturiscono. Tutte le attività compiute in rete (*on-line*) producono conseguenze tangibili nella vita reale (*off-line*): il mondo virtuale di internet non è altro che una proiezione di quello reale <sup>(21)</sup>. In sintesi, nonostante la dematerializzazione dell'informazione e della comunicazione, le conseguenze dell'illecito risultano comunque rilevanti <sup>(22)</sup>.

Anche le esternazioni del pensiero che presentano una valenza "sindacale" si confrontano con un contesto comunicativo fluido e difficilmente afferrabile. Dalla prospettiva dell'ordinamento intersindacale, alla luce di quanto poc'anzi esposto, determinate esternazioni del datore di lavoro possono assumere rilievo in termini di antisindacalità. La questione, allora, è se i *social network* siano effettivamente in grado di amplificare il carattere antisindacale di

---

<sup>(20)</sup> Trib. Ferrara, decr., 30 gennaio 2016, *RGL*, 2016, nt. M. Salvagni, 391.

<sup>(21)</sup> G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, op. cit., XVI, 279-280.

<sup>(22)</sup> A mero titolo di esempio, il delitto di diffamazione può realizzarsi con le medesime conseguenze, sia con metodologie tradizionali, sia attraverso internet. Così P. Galdieri, *Il Diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021, 169, il quale più avanti precisa che semmai cambia il momento in cui il delitto di diffamazione possa ritenersi consumato, a seconda che si consideri la rete come strumento analogo ad altri media o diverso da questi (192-193).

alcune condotte o se, al contrario, la natura privata delle conversazioni sia idonea ad eliminare l'antigiuridicità del comportamento.

Ad ogni modo, qualsiasi tentativo di restituire una fotografia dell'esistente che tenga conto delle attuali modalità di comunicazione non potrà ignorare l'alto tasso di conflittualità facilmente riscontrabile negli ambienti *social*. Le manifestazioni del pensiero in rete si avvalgono dello schermo creato dalla stessa tecnologia, dietro il quale la comunicazione si tinge più facilmente di colori aggressivi. Si tratta di un tema caro (anche) ad altri settori dell'ordinamento, in particolare al diritto dell'informazione e della comunicazione, in quanto chiama inevitabilmente in causa l'esercizio di diritti di matrice costituzionale, ma che è ancora alla ricerca di un inquadramento definitivo (v. § 4.).

### **3. Il *favor* del datore di lavoro nei confronti di un determinato "gruppo"**

Come si è avuto modo di segnalare sin dall'inizio, l'offesa indirizzata alle organizzazioni sindacali è a volte abbinata ad un atteggiamento di *favor* manifestato verso uno specifico soggetto sindacale. Più sfuggente è il caso in cui affermazioni finalizzate ad instillare il germe della diffidenza nei confronti delle organizzazioni sindacali rientrino in quel ventaglio di modalità e metodi funzionali a coltivare il favore dei dipendenti verso un determinato "gruppo" di lavoratori con cui il datore vorrebbe instaurare un dialogo diretto.

Ebbene, l'intento dell'azienda di avviare un canale di comunicazione diretto con i lavoratori aderenti a quel gruppo può essere interpretato come un tentativo di addomesticarne l'inclinazione, affinché assuma un atteggiamento compiacente verso le istanze datoriali. In un certo senso, questa modalità di interazione è in qualche modo figlia del nostro tempo, in quanto la strumentazione digitale consente a chiunque di ampliare le occasioni di contatto. A conferma del cambiamento in corso, va ricordato che le stesse organizzazioni sindacali, complice la pandemia, hanno potenziato piattaforme per la comunicazione secondo una formula che privilegia (almeno nelle intenzioni) il dibattito e la partecipazione, dando maggiore risalto ai contenuti rispetto alla tradizionale liturgia della parola.

Anche in tempi in cui l'informatica non aveva ancora raggiunto i livelli di pervasività che attualmente sono davanti agli occhi di tutti, si riconosceva

all'imprenditore la facoltà di indire riunioni del personale per effettuare comunicazioni e discutere problemi aziendali, purché ciò non costituisse un mezzo per scavalcare le rappresentanze sindacali aziendali, integrando gli estremi della condotta antisindacale<sup>(23)</sup>. Nel pieno rispetto dei reciproci ruoli e delle prerogative delle organizzazioni sindacali, si inizia a considerare la possibilità che il datore di lavoro rappresenti nel dettaglio le sue iniziative e le differenti posizioni emerse nel corso di una trattativa per il rinnovo del contratto collettivo, magari per bilanciare l'impatto sindacale dei *social*. Resterebbe in ogni caso l'antisindacalità del comportamento del datore di lavoro che interagisse direttamente con i lavoratori in sostituzione di un obbligo, sia esso legale o contrattuale, di confronto con le organizzazioni sindacali<sup>(24)</sup>.

Ad ogni buon conto, è comprensibile la diffidenza suscitata dall'atteggiamento di un datore che assumesse il ruolo di aggregatore delle istanze dei propri dipendenti, addirittura proponendosi come portavoce degli interessi del gruppo con il quale ha avviato un dialogo. Tra gli strumenti utilizzati per instaurare quel dialogo, viene in risalto l'inserimento, nella pagina di accesso del sito intranet aziendale, di un link di richiamo al sito internet del gruppo. La questione è se tale rimando sia una modalità di sostegno vietata ai sensi dell'art. 17 St.lav., considerando che il vincolo di assoggettamento che la norma statutaria intende colpire prescinde dalla natura associativa dell'organizzazione<sup>(25)</sup> e dallo strumento impiegato a tal fine. Ma il problema, si è visto, affonda le radici in un tema più ampio, sfuggente e tuttora in cerca di una chiara definizione (v. § 2.).

Per quanto qui interessa, la intranet aziendale, inizialmente concepita come sistema di comunicazione accessibile solo al personale e come semplice strumento di pubblicazione di notizie e documenti, nel tempo ha iniziato ad offrire servizi sempre più articolati e complessi e ad essere utilizzata per sviluppare una cultura aziendale. L'evoluzione dello strumento in parola potrebbe dunque riportare l'attenzione su quell'orientamento giurisprudenziale che, in virtù di una sorta di "par condicio" tra azienda e sindacato, ha adottato argomentazioni a supporto del diritto delle rappresentanze sindacali a utilizzare

---

<sup>(23)</sup> A. Vallebona, *Il diritto sindacale*, op. cit., 115. Di recente, M. Marazza, *Social, relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva*, RIDL, 2019, 57 ss., secondo il quale, l'imprenditore non dovrebbe vedersi precluso il diritto di convocare durante l'orario di lavoro distinte riunioni, anche collettive, con i propri dipendenti o di sondare il loro consenso o dissenso su questioni di interesse sindacale e del lavoro<sup>(75)</sup>.

<sup>(24)</sup> Sul punto M. Marazza, *Social, relazioni industriali*, op. cit., 67, 71. Dello stesso Autore, *Social media e Relazioni industriali. Repertorio di questioni*, LLI, 2019, 2.

<sup>(25)</sup> M. De Cristofaro, *Sub art. 17*, op. cit., 454.

gli stessi strumenti informativi impiegati dall'azienda per comunicare con i lavoratori <sup>(26)</sup>.

#### 4. Discriminatorietà *ex se* della condotta antisindacale ed altre questioni

Nel riprendere le considerazioni contenute nel paragrafo che precede, fonte di sospetto è l'atteggiamento del datore di lavoro intento a promuovere uno specifico gruppo, addirittura spingendosi a rappresentarne le istanze in sede di confronto con le organizzazioni sindacali. La criticità deriva dal fatto, tra l'altro, che a quel confronto il gruppo non avrebbe titolo per partecipare.

Orbene, l'art. 17 St.lav. non stabilisce un principio di parità di trattamento tra sindacati <sup>(27)</sup>. Inoltre, se è vero che le valutazioni compiute dal datore di lavoro hanno carattere politico e dipendono dalla reale consistenza dei rapporti sindacali fra i vari interlocutori, l'introduzione di un «indifferenziato principio di parità» produce l'effetto di attribuire al giudice una valutazione «discrezionale e politicamente non responsabile» sul merito dei rapporti sindacali <sup>(28)</sup>.

In verità, la riflessione proposta in questa sede riguarda principalmente quelle condotte datoriali che si esprimono tramite i più moderni strumenti di interazione sociale e che, intervenendo in una fase propedeutica allo svolgimento dell'attività di negoziazione, possono influenzarne il futuro svolgimento. È un profilo che assume importanza nella misura in cui la partecipazione al tavolo delle trattative costituisce il più alto livello di estrinsecazione dell'autonomia collettiva; è il momento nel quale il sindacato,

---

<sup>(26)</sup> Cfr. P. Milano 3 aprile 1995, *RIDL*, 1995, II, 770, nt. A. Bellavista, che qualifica come antisindacale il comportamento dell'azienda che aveva impedito ai sindacati di utilizzare il sistema informativo aziendale impiegato dalla stessa per comunicare con i lavoratori, anche in materie di rilevanza sindacale. In termini analoghi, P. Milano 2 luglio 1997.

<sup>(27)</sup> C. Assanti, *Sub art. 17*, op. cit., 187 ss.; condivide M. De Cristofaro, *Sub art. 17*, op. cit., 467; T. Treu, *Obbligo dell'imprenditore a trattare, diritti sindacali e principio d'eguaglianza*, in *RTDPC*, 1972, 1406.

<sup>(28)</sup> T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, 1974, cit., 209. Nel sottolineare le insidie nascoste in una «indifferenziata prospettiva di parità di trattamento» e l'incongruità di un'applicazione di tale principio nei rapporti collettivi, l'Autore suggeriva di stabilire requisiti minimi di rappresentatività da richiedere al sindacato proprio per contrastare la reale difficoltà di applicare correttamente la parità nei diritti sindacali (cit., 213 e, per riferimenti, 208 ss.).

nelle sue differenti manifestazioni, fa valere le proprie istanze dinanzi alla controparte datoriale <sup>(29)</sup>.

Merita attenzione il fatto che la decisione unilaterale del datore di lavoro di concedere ad un particolare sindacato un trattamento di miglior favore rispetto a quello contrattualmente previsto e non giustificato dalla sua forza contrattuale è stata talvolta ritenuta una condotta antisindacale per contrarietà al divieto di discriminazione di cui agli artt. 15 e 16 dello Statuto, nonché ai principi di correttezza e buona fede. Ciò in quanto «la portata discriminatoria di una condotta antisindacale opera *ex se*, rilevando oggettivamente» <sup>(30)</sup>.

Si tratta di una lettura debitrice nei confronti dell'idea, affermata all'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, secondo cui il concetto di comportamento antisindacale costituisce il nucleo centrale sia dell'art. 28, sia dell'art. 15 <sup>(31)</sup> e, di riflesso, dell'art. 16 St.lav.. In questa prospettiva, tutte le differenze di trattamento – individuali e collettive – relative al rapporto di lavoro sono in grado di turbare l'azione sindacale organizzata <sup>(32)</sup>.

Non v'è dubbio che, almeno dal punto di vista simbolico, l'art. 15 St.lav. abbia svolto un ruolo importante nell'aprire il cammino al diritto antidiscriminatorio. È pur vero che a partire dalle modifiche introdotte dalla l. n. 903/1977, anche e soprattutto attraverso le elaborazioni dottrinali, l'art. 15 St.lav. è stato con fermezza interpretato in un'ottica di tutela dei diritti individuali del singolo <sup>(33)</sup>. Oggi, in realtà, l'ordinamento dispone di più articolati e sofisticati strumenti, sostanziali e processuali, di contrasto alle discriminazioni

---

<sup>(29)</sup> Vigente l'originaria formulazione dell'art. 19 St.lav., la sottoscrizione di un contratto collettivo da parte di un sindacato non maggiormente rappresentativo costituiva un indizio di sindacalismo di comodo. Al contrario, per effetto del referendum del 1995 la sottoscrizione diventava indice di effettiva rappresentatività. Sull'argomento, prima dell'intervento della Consulta nel 2013, A. Lo Faro, *Il divieto dei sindacati di comodo*, op. cit., 747.

<sup>(30)</sup> Così anche Trib. Milano, 11 settembre 2021, cit.

<sup>(31)</sup> Rispetto all'art. 15 St.lav., T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, op. cit., 41-42.

<sup>(32)</sup> M. De Cristofaro, *Sub art. 17*, in U. Prosperetti, *op. cit.* Nell'indagare il legame dell'art. 17 St.lav. con l'art. 16 St.lav., l'Autore evidenziava come quest'ultimo colpisse quelle condotte datoriali che mettevano il lavoratore nella condizione di rinnegare l'interesse collettivo di cui era partecipe. Meno immediato è il legame con l'art. 15 St., che sanziona sul piano civile e penale l'uso discriminatorio dei poteri datoriali se impiegati per mettere il lavoratore nelle condizioni di tradire le proprie convinzioni personali. Tra i primi commenti agli artt. 15 e 16 St.lav., G. Ghezzi, *Sub artt. 15 e 16*, in G. Ghezzi - G.F. Mancini - L. Montuschi, U. Romagnoli, *op. cit.*, 204-232; di recente, A. Donini, *L'art. 15 e oltre. La nullità nel diritto antidiscriminatorio*, LD, 2020, 611.

<sup>(33)</sup> G. Perone, *Lo statuto dei lavoratori*, 1997, Utet, 23-25. G. De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione*, Giappichelli, 2001, 67 e 108.

(34). Talvolta caposaldo della tutela collettiva non è la classe lavoratrice generalmente intesa e collegata, sul piano funzionale, ad un'organizzazione sindacale qualificata. Cardine della tutela diviene infatti un gruppo più ristretto e a vario titolo danneggiato dal datore di lavoro o dai pubblici poteri (35). Alla luce della molteplicità di forme di protezione dell'interesse collettivo o sovra-individuale, non ricondotte al binomio libertà – attività sindacale, si suggerisce una operazione volta a ricomporre gli strumenti predisposti a presidio dei plurimi interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela (36). Al contempo, si suggerisce il rafforzamento dello Statuto dei lavoratori con concetti e meccanismi tipici del diritto antidiscriminatorio (37).

In tale contesto, la questione dell'intervento manutentivo al quale l'art. 28 St.lav. dovrebbe essere sottoposto viene normalmente affrontata dal punto di vista della legittimazione attiva (38). Sennonché, altro profilo problematico, forse non ancora adeguatamente esplorato, è quello relativo all'autorità competente a pronunciarsi. Il carattere a-territoriale di internet ridimensiona fortemente la rilevanza della collocazione fisica dei soggetti che interagiscono tra loro. La tendenziale ubiquità dei comportamenti e delle espressioni del

---

(34) Da ultimo, l. 12 aprile 2019, n. 31 «Disposizioni in materia di azioni di classe», riconosce la legittimazione ad esercitare in giudizio l'azione di classe risarcitoria e l'azione collettiva inibitoria a qualsiasi «organizzazione o associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela» dei diritti e degli interessi pregiudicati, purché iscritta nell'apposito elenco istituito presso il Ministero della giustizia (v. i nuovi artt. 840-*bis* e 840-*sexiesdecies* c.p.c.). Più in generale, dal punto di vista processuale, A. Guariso, M. Militello, *La tutela giurisdizionale*, M. Barbera - A. Guariso, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Giappichelli, 2019, 445. Sul piano della tutela giurisdizionale dalla prospettiva del ruolo del sindacato, O. Razzolini, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, Franco Angeli, 2018.

(35) C. De Marco, *L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e attualità*, op. cit., 206.

(36) A. Garilli, *Trasformazioni del diritto del lavoro*, op. cit., 275-276. L'Autore suggerisce una differenziazione della legittimazione attiva a seconda dei diversi livelli di interesse che tenga conto della generalità dei lavoratori, della categoria, dell'azienda o del gruppo. Cfr. De Marco, *L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e attualità*, op. cit., 67, 68, 235: l'Autrice auspica una sistematizzazione dell'intera materia delle azioni collettive e sovra-individuali, con una riscrittura dei criteri di legittimazione attiva e di interesse ad agire con l'introduzione di regole processuali comuni e modellate sul procedimento *ex art. 28 St.lav.* in una versione riformulata sul piano della legittimazione attiva.

(37) B. Caruso – L. Zappalà, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *WP CSDLE*, It., n. 21/2020, 32, cit., affermano: «I nuovi scenari tecnologici, ..., lasciano presagire altrettanti innovativi margini di porosità applicativa del principio di non discriminazione, che ancora una volta si rivela in grado di controllare e arginare comportamenti discriminatori, oggi resi più subdoli e potenzialmente occultati dal lato oscuro della tecnologia».

(38) Il tema è affrontato in C. De Marco, *L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e attualità*, op. cit., nonché nel volume O. Razzolini – S. Varva - M. Vitaletti, *op. cit.*

pensiero <sup>(39)</sup> mal si attaglia al dettato normativo che richiama il «luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato» (art. 28 St.lav.) <sup>(40)</sup>.

Ammesso che la condotta tacciata di antisindacalità abbia preso forma nella intranet aziendale, il Tribunale competente può essere identificato con la sede dell'azienda anche quando la intranet sia accessibile al personale dall'esterno della rete aziendale <sup>(41)</sup>. È significativo il fatto che talvolta il Giudice imponga la pubblicazione del decreto di condanna emanato ai sensi dell'art. 28 St.lav. proprio nella pagina di accesso alla intranet aziendale; viene così stigmatizzata la valenza di quest'ultima come "luogo" in cui si è manifestata la condotta giudicata antisindacale.

Orbene, la condotta datoriale esce in maniera più evidente dal perimetro aziendale, inteso in senso fisico, quando si svolge all'interno di una rete *social* (in ipotesi non aziendale). È dunque il ciberspazio il luogo che, insieme ai mass media classici, forma la cosiddetta "infosfera", termine preso in prestito dalla filosofia dell'informazione per descrivere la globalità dello spazio delle informazioni <sup>(42)</sup>.

In verità, il richiamo ai profili dell'art. 28 St.lav. poc'anzi evidenziati è solo un pretesto per riportare l'attenzione sul fatto che tutto ciò che ruota intorno ad internet coinvolge categorie giuridiche che dovrebbero disciplinare le oramai molteplici manifestazioni delle relazioni umane <sup>(43)</sup>. L'ingresso del diritto nella società tecnologica solleva infatti tutta una serie di problemi derivanti dall'applicazione delle tecniche giuridiche, sostanziali e processuali, che

---

<sup>(39)</sup> G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, op. cit., 297. In ambito penale, poi, una visione della rete come luogo, ancorché virtuale e quindi privo di confini fisici, solleva questioni interpretative di notevole rilevanza sul piano giuridico (P. Galdieri, *Il Diritto penale dell'informatica*, op. cit., 177 ss.).

<sup>(40)</sup> Ciò indipendentemente dal luogo (o dai luoghi) in cui si siano verificati o potrebbero verificarsi gli effetti della condotta, secondo Cass. 26 marzo 1993, n. 3622, *MGL*, 1993, 392.

<sup>(41)</sup> Si può discutere se l'ipotesi prospettata si avvicini a quella in cui le direttive vengano imposte dalla direzione centrale di imprese di grandi dimensioni, con conseguente legittimazione ad agire, da parte degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali, dinanzi ai giudici dei luoghi in cui si realizza l'effetto dannoso. Tale ipotesi, al di fuori della riflessione prospettata in questa sede, viene trattata da M. Martone, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in M. Dell'Olio - I. Piccinini - P. Ferrari, *La Tutela dei diritti nel processo del lavoro*, Giappichelli, 2008, 27. Sul punto anche C. De Marco, *L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., 150.

<sup>(42)</sup> L. Floridi, *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Giappichelli, 2009; Idem, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, 2017.

<sup>(43)</sup> G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, op. cit., 295.

ne caratterizzano l'ossatura. Tutti problemi che impongono all'interprete di indossare la veste di "giurista tecnologico" (44).

La difficoltà di disciplinare un mezzo naturalmente interattivo e multimediale come internet non è sufficiente ad affermarne la non assoggettabilità al diritto. La dottrina ritiene irrinunciabile l'applicazione, anche alle attività di manifestazione del pensiero svolte in rete, dei limiti che trovano fondamento nella tutela di beni di pari rango costituzionale e di pari valore. In particolare, la necessità di regole *ad hoc* deriva dal fatto che, così come internet è entrato a far parte della società, dell'economia, della cultura contemporanea, allo stesso modo il diritto deve entrare a far parte di internet (45).

Ecco allora che l'assenza di una regolamentazione adeguata ha ricadute su quelle relazioni umane che si svolgono sul palcoscenico delle relazioni industriali e che confermano, ancora una volta, la necessità per l'interprete di aprirsi ad altri settori dell'ordinamento. Infatti, sebbene ciascuna disciplina sia legata ai propri schemi metodologici, sempre maggiori sono i problemi che non possono essere affrontati solo con gli strumenti concettuali di un'unica disciplina (46).

---

(44) Così T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *DI*, 2020, 3, 465.

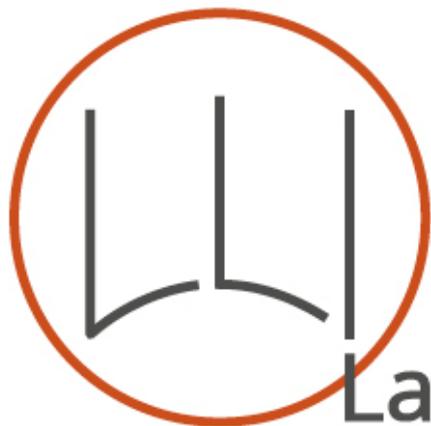
(45) Efficaci sono le considerazioni di G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, op. cit., cit., 279: «Internet rompe tutte le convenzioni spazio/temporali che consentono la regolazione di un evento favorendone la rappresentazione in termini di fenomeno giuridico; costringe i giuristi a mettere da parte le categorie tradizionali, troppo rigide per comprendere la mutevolezza delle nuove forme relazionali a cui la rete dà vita, e a costruire una disciplina specifica, ritagliata opportunamente sulle esigenze multiformi e anomale di questo mezzo di comunicazione».

(46) P. Galdieri, *Il Diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021, 5.

## Bibliografia

- Assanti C., *Sub art. 17*, in C. Assanti – G. Pera, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1972, 185.
- Caruso B. - Zappalà L., *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *WP CSDLE*, It., n. 21/2020.
- Cottone M., *Social Network: limiti alla libertà d’espressione e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *LG*, 2017, 4, 381-387.
- D’Aversa F., *Il diritto di critica (anche sindacale) nell’epoca dei Social Media e degli altri sistemi di interazione sociale*, in *LLI*, 2019, 2, 47.
- De Cristofaro M., *Sub art. 17*, in U. Prosperetti, *Commentario dello Statuto dei Lavoratori*, I, Milano, 1975, 454.
- De Luca A., *Diritto di critica del lavoratore*, in *LG*, 2008, 10, 982.
- De Marco C., *L’art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e attualità*, Esi, 2019.
- De Simone G., *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione*, Giappichelli, 2001.
- Donini A., *L’art. 15 e oltre. La nullità nel diritto antidiscriminatorio*, in *LD*, 2020, 4, 611.
- Floridi L., *Infosfera. Etica e filosofia nell’età dell’informazione*, Giappichelli, 2009.
- Floridi L., *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, 2017.
- Freni A. - Giugni G., *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1971.
- Frosini T.E., *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *DI*, 2020, 3, 465.
- Galdieri P., *Il Diritto penale dell’informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021.
- Gardini G., *Le regole dell’informazione. Verso la Gigabit Society*, Giappichelli, 2021.
- Garilli A., *Trasformazioni del diritto del lavoro e attualità dello Statuto*, LPO, 2020, 5-6, 267.
- Garofalo M.G., *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell’imprenditore*, Jovene, 1979.
- Ghezzi G., *Sub artt. 15 e 16*, in G. Ghezzi - G.F. Mancini - L. Montuschi - U. Romagnoli, *Statuto dei lavoratori*, Zanichelli, 1972, 204.
- Giugni G., *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960.
- Giugni G., *Diritto Sindacale*, Cacucci, 2014.
- Guariso A. - Militello M., *La tutela giurisdizionale*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti*, Giappichelli, 2019, 445.
- Iaquinta F. - Ingraio A., *Il datore di lavoro e l’inganno di Facebook*, in *RIDL*, 2015, 1, 82-89.
- Lo Faro A., *Il divieto dei sindacati di comodo dopo la fine del modello statutario di rappresentanza*, in *DLM*, 2010, 3, 747.
- Magnani M., *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2021.
- Mancini G.F., *Sub art. 17*, in G. Ghezzi - G.F. Mancini - L. Montuschi - U. Romagnoli, *Statuto dei lavoratori*, Zanichelli, 1972, 233.
- Marazza M., *Social, relazioni industriali e formazione della volontà collettiva*, in *RIDL*, 2019, 1, 57.
- Marazza M., *Social media e Relazioni industriali. Repertorio di questioni*, in *LLI*, 2019, 2.
- Martone M., *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in M. Dell’Olio - I. Piccinini - P. Ferrari, *La Tutela dei diritti nel processo del lavoro*, Giappichelli, 2008, 1.
- Mocella M., *Sicurezza degli impianti nucleari e limiti al diritto di critica del lavoratore*, in *RIDL*, 2016, II, 813 (nt. App. Roma 15 aprile 2016).
- Papa A., *Il diritto dell’informazione e della comunicazione nell’era digitale*, Giappichelli, 2021.
- Pera G., *Sub art. 28*, in C. Assanti – G. Pera, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, 1972, 297.
- Perone G., *Lo statuto dei lavoratori*, 1997, Utet.
- Persiani M., *Condotta antisindacale, interesse del sindacato, interesse collettivo e interesse individuale dei lavoratori*, oggi in M. Persiani, *Diritto del lavoro*, 2004, Cedam, 167.
- Persiani M., *Diritto sindacale*, Cedam, 2000.
- Razzolini O., *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un’analisi comparata*, Franco Angeli, 2018.
- Razzolini O. - Varva S. - Vitaletti M., *Sindacato e processo (a cinquant’anni dallo Statuto dei lavoratori)*, in *GC.com*, 2020.

- Recchia G. A., *La "bella giovinezza" dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in O. Razzolini - S. Varva - M. Vitaletti (a cura di), *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, in *GC.com*, 2020, 97.
- Romagnoli U., *Sub art. 28*, in G. Ghezzi, G.F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Statuto dei lavoratori*, Zanichelli, 1972, 409..
- Santoro Passarelli F., *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero*, in *Saggio di diritto civile*, I, Jovene, 1961.
- Santoro Passarelli G., *Sulla libertà sindacale dell'imprenditore*, RTDPC, 1976, 170.
- Simi V., *Sub art. 28*, in U. Prosperetti (diretto da), *Commentario dello Statuto dei Lavoratori*, II, Giuffrè, 1975, 929.
- Tosi P. - Puccetti E., *Chat Facebook: se la riservatezza legittima la denigrazione del datore di lavoro*, in *GI*, 2019, 1, 139.
- Treu T., *Obbligo dell'imprenditore a trattare, diritti sindacali e principio d'eguaglianza*, in RTDPC, 1972, 1406.
- Treu T., *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, 1974.
- Tullini P., *Il diritto di critica civile del sindacalista*, in *RIDL*, 1999, 349.
- Vallebona A., *Istituzioni di diritto del lavoro, I. Il diritto sindacale*, Cedam, 2002.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

*Cycling through the pandemic.*  
**La protezione dei *riders* dal Covid 19**

**LUIGI DI CATALDO**  
Università di Catania

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695





*Cycling through the pandemic.*  
**La protezione dei *riders* dal Covid-19**

**LUIGI DI CATALDO**

Università di Catania

Dottorando in Scienze Politiche e Sociali

luigi.dicataldo@phd.unict.it

---

ABSTRACT

---

The paper analyses the measures implemented by food delivery companies to reduce the risk of contagion among riders. In particular, it aims to verify whether these companies have fulfilled their obligations regarding the protection of workers' health during the first phase of the health emergency. The empirical basis on which the article is based was produced by a case study conducted in Catania in the period June-October 2020, involving five platforms - Glovo, Foodys, Just Eat, Social Food and Winelivery - and 120 riders.

This allowed us to verify whether the measures implemented by the platforms comply with the guidelines defined in Italy by the Emergency Protocols, signed between the Government and social partners, as well as with the principles defined by case law.

**Keywords:** health and safety at workplace; digital platforms; riders; urban context; coronavirus infection.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14113>

---

## *Cycling through the pandemic.* **La protezione dei *riders* dal Covid-19**

**SOMMARIO:** 1. Il lampo della crisi, ma non una crisi lampo. – 2. Materiali e metodo. – 3. Il *rider*: da lavoratore invisibile a figura social-tipica ed essenziale. – 4. I Protocolli dell'emergenza. – 5. I provvedimenti dei Tribunali del lavoro. – 6. Le pratiche di contenimento messe in atto dalle aziende. – 6.1. La formazione dei *riders* riguardo alle norme di comportamento. – 6.2. La distribuzione dei DPI. – 6.3. La riorganizzazione dell'attività lavorativa per ridurre i contatti tra le persone. – 7. Una valutazione giuridica delle pratiche di contenimento. – 7.1. Le aziende hanno rispettato le disposizioni dei Protocolli dell'emergenza? – 7.2. L'operato delle aziende è conforme a quanto stabilito dai Tribunali del lavoro? – 8. Conclusioni.

### **1. Il lampo della crisi, ma non una crisi lampo**

La diffusione del virus su scala globale ha determinato un impatto straordinario e multidimensionale (individuale, collettivo, materiale, esistenziale, sociale, economico, costituzionale<sup>(1)</sup>), rievocando le categorie del rischio e dell'incertezza come espressive della condizione umana del presente<sup>(2)</sup>. Nondimeno, la pandemia si è inserita in una fase peculiare della dinamica capitalista: il «*platform capitalism*» (Srniczek N. 2017). Quella in atto è una metamorfosi profonda giacché – come ha spiegato Srniczek N. – riguarda due dimensioni fondamentali per il sistema capitalista: la forma dell'impresa e lo status dell'impiego<sup>(3)</sup>.

L'era delle piattaforme e dei lavoretti esprime, dunque, una generale ridefinizione dei processi produttivi, dei rapporti di lavoro e delle relazioni industriali. Tuttavia, come spesso accade, l'emergenza sanitaria ha messo in evidenza le ombre piuttosto che le luci delle metamorfosi in atto. Una delle criticità emerse consiste nell'inadeguatezza delle tutele di cui godono molti gruppi di lavoratori, peraltro essenziali, tra i quali rientrano di certo i *riders*.

La sciagura sanitaria degli ultimi tempi si presenta come un lampo, un bagliore improvviso capace di illuminare zone che altrimenti sarebbero

---

(1) F. Pallante, *Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi - U. Carabelli - M. D'Onghia - L. Zoppoli, Ediesse, 2020, 19- 36.

(2) Il riferimento è alle opere: Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Il Mulino, 1999; U. Beck, *La società del rischio*, Carocci Editore, 2000. Si veda anche il Vol. 55, 2007, di Meridiana, *Rivista di Storia e Scienze Sociali*, dedicato al tema dell'incertezza, in particolare si rinvia al contributo di N. Bosco - R. Sciarrone, *La certezza dell'incertezza. Ambivalenze e rimedi*, 9-33.

(3) N. Srniczek, *Platform capitalism*, Polity Press, 2017, 14 ss.

immancabilmente rimaste oscure, mostrandoci la portata delle tendenze trasformative in corso, da essa irrimediabilmente accelerate. Per queste ragioni, la fase attuale può essere l'occasione per correggere alcune disfunzioni del capitalismo contemporaneo e progettare un futuro più equo e sostenibile.

## 2. Materiali e metodo

La base empirica dell'analisi qui proposta è frutto di un caso di studio che ha coinvolto le imprese del *food delivery* che operano a Catania nel periodo di riferimento (3 giugno – 6 ottobre 2020) – Glovo, Foodys, Just Eat, Social Food e Winelivery – e i *riders* ad esse connessi<sup>(4)</sup>.

La stima dei *riders* attivi in città in quel periodo, il numero degli intervistati per ciascuna piattaforma e la composizione cartolare di questo mercato del lavoro sono riportati nella Tabella prima<sup>(5)</sup>.

Sono prevalenti le formule contrattuali di natura autonoma e occasionale a cui fanno ricorso le piattaforme Glovo, Foodys e Just Eat<sup>(6)</sup>. Social Food intrattiene con i propri corrieri dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Esiste, inoltre, un piccolo gruppo di *riders* che opera con partita IVA ed è interamente compreso nella flotta di Glovo. Winelivery, in fine, assume i propri corrieri come lavoratori dipendenti e adotta pratiche organizzative che possono dirsi tradizionali e, quindi, dissimili dalle *competitors*.

---

<sup>(4)</sup> L. Di Cataldo, *Il mercato del food delivery nella città di Catania. Un caso di studio interdisciplinare: dalla composizione della categoria al rapporto di lavoro*, *Professionalità Studi*, 2021, 36 ss.

<sup>(5)</sup> È bene precisare che il numero degli attivi varia sensibilmente in relazione ai periodi dell'anno ed è stato drasticamente ridotto dall'impatto dell'emergenza sanitaria e delle prime, e più severe, misure di contenimento.

<sup>(6)</sup> Glovo (2019), Glovo (2020), Just Eat (2019), Just Eat (2020), Foodys (2019), Social Food (2020). Il 29 marzo 2021 è stato sottoscritto l'accordo aziendale tra FILT CGIL, FIT-CISL, UIL Trasporti e Just Eat. L'accordo prevede l'assunzione dei *riders* con rapporti di lavoro subordinato e l'applicazione, adattata, del Ccnl logistica, trasporto, merci e spedizioni.

Tabella 1 – I *riders* che lavorano nella città di Catania e il quadro cartolare

Piattaforme	Modelli contrattuali	Riders totali (stima <sup>(7)</sup> degli attivi nel per. di indagine)	Riders intervistati	Casi con informazioni complete	Casi con informazioni incomplete (-50%)	Riders che si sono rifiutati di partecipare
<b>Glovo</b>	Prestazione di lavoro occasionale (91%) / Partita IVA (9%)	91 – 110	91	76	15	4
<b>Foodys</b>	Collaborazione occasionale (100%)	31 – 60	31	30	1	6
<b>Just Eat</b>	Prestazione di lavoro occasionale (100%)	7 – 20	7	7	-	1
<b>Social Food</b>	Collaborazione e coordinata e continuativa (100%)	7 – 20	7	7	-	1
<b>Winelivery</b>	Rapporto di lavoro subordinato (100%)	2	2	2	-	-
<b>Totali</b>		<b>138 – 212</b>	<b>138</b>	<b>122</b>	<b>16</b>	<b>12</b>

Fonte: Rielaborazione informazioni presentate in Di Cataldo L., *op. cit.*, PS, 1, 2021, pp. 43-44 e p. 53.

Il contatto diretto con il gruppo *target* e l'osservazione diretta hanno permesso di ricostruire dettagliatamente le pratiche messe in atto dalle imprese del settore per contrastare e contenere la diffusione del virus.

Sono state condotte 138 <sup>(8)</sup> interviste strutturate ed è stato organizzato un *focus group* per affrontare in modo approfondito i risultati delle rilevazioni strutturate.

---

(7) L'operazione di stima del numero dei *riders* attivi nel periodo di riferimento è avvenuta ricorrendo a varie fonti: la consistenza numerica dei gruppi *whatsapp* delle piattaforme; le dichiarazioni degli intervistati sul numero dei colleghi attivi; l'osservazione sul campo, particolarmente efficace quando le aziende hanno delle relazioni di partnership esclusiva con certi esercizi (es. Mc Donald's per Glovo) in quanto i fattorini di turno tendono a concentrarsi in prossimità di questi.

(8) Le interviste sono state condotte in modalità *face-to-face* e la compilazione del questionario è avvenuta per mano dell'intervistatore. Le 138 interviste si riferiscono a 120 persone fisiche. Hanno partecipato più volte coloro che hanno lavorato (nell'ultimo anno), o lavorano attualmente, per diverse piattaforme tra quelle presenti sul territorio.

Il contatto con il gruppo *target* e l'osservazione diretta dei fatti hanno permesso di ricostruire dettagliatamente le pratiche di contenimento messe in atto dalle imprese del settore nella città di Catania.

Nello specifico si è verificato: se le piattaforme avessero formato adeguatamente i *riders* sui comportamenti prescritti dalle autorità scientifico-sanitarie e dai Protocolli dell'emergenza <sup>(9)</sup>; se le piattaforme avessero fornito "a propria cura e spese" i DPI, quali dispositivi avessero fornito, quando e quante volte fosse avvenuta la loro distribuzione.

Le informazioni raccolte con questo studio di caso hanno permesso di constatare la non conformità di quanto fatto dalle aziende in relazione ai Protocolli anzidetti e alla giurisprudenza che si è espressa sul tema <sup>(10)</sup>.

### **3. Il *riders*: da lavoratore invisibile a figura social-tipica ed essenziale**

Il d.p.c.m. del 22 marzo, c.d. «Chiudi Italia», ha disposto la sospensione di tutte le attività produttive non ritenute essenziali, di pubblica utilità o d'importanza strategica. Tra i servizi essenziali ai quali è concessa la prosecuzione nonostante la diffusione del virus, il provvedimento enuncia la logistica di lungo e corto raggio.

Come in altri Paesi <sup>(11)</sup>, l'autorizzazione al lavoro concessa ai *riders* per il valore essenziale del servizio offerto non è stata accompagnata da un sostegno sociale adeguato, né da una adeguata tutela della salute al fine di evitare la trasmissione del virus tra i lavoratori e tra questi e il resto della collettività.

Il sostegno sociale non è stato adeguato, principalmente, perché gli schemi contrattuali più diffusi non hanno permesso ai *riders* di richiedere l'indennità disposta con d. l. 18/2020 a beneficio dei lavoratori autonomi iscritti alla Gestione Separata Inps, costringendoli a lavorare nonostante la drastica

---

<sup>(9)</sup> «Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro»; «Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica»

<sup>(10)</sup> Trib. Firenze, decreto 1° aprile 2020; Trib. Bologna, decreto 14 aprile 2020; Trib. Firenze, ordinanza 5 maggio 2020; Trib. Bologna, ordinanza 1° luglio 2020.

<sup>(11)</sup> F. Chicchi - M. Frapporti - M. Marrone - M. Pirone, (a cura di), *Covid-19 impact on platform economy: a preliminary outlook*, PLUS platform labour in urban spaces, luglio 2020, <http://amsacta.unibo.it/6471/>. La pubblicazione raccoglie degli studi di caso condotti a Barcellona, Berlino, Bologna, Lisbona, Londra, Parigi, Tallin. Si veda quello svolto a Lisbona, 15-16.

riduzione dei volumi di lavoro e sebbene le probabilità di contagio fossero invero piuttosto alte <sup>(12)</sup>.

Non è però questo il tema di cui trattasi.

Questo elaborato, invece, si propone di mostrare in che modo le aziende del *food delivery* hanno assolto alle proprie responsabilità relative alla tutela della salute dei lavoratori durante il periodo più pericoloso della pandemia.

Il caso di studio descrive l'inadeguatezza di quanto fatto dalle imprese per ridurre il rischio di contagio che incombe sui propri lavoratori, nonostante essi siano una delle parti meno abbienti e più vulnerabili della comunità <sup>(13)</sup>, nonostante il valore essenziale della loro attività e la peculiare esposizione al virus che questa comporta <sup>(14)</sup>.

Tuttavia, l'emergenza sanitaria è stata un'occasione di visibilità e rivalse per alcune categorie affette da una complessa vulnerabilità multidimensionale, come appunto sono i *riders*.

La visibilità da essi acquisita lungo le strade deserte, l'essenzialità del ruolo ricoperto e le mobilitazioni con cui hanno denunciato la carenza di tutele sociali e dei DPI hanno reso questi *platform workers* una figura «social-tipica» (Voza R. 2019), espressione della società attuale, del capitalismo contemporaneo e dei processi trasformativi in atto sul fronte dell'impresa e del lavoro.

Nonostante la pandemia abbia dato voce, compattezza e visibilità ai *riders*, portandoli al centro del dibattito e di numerose iniziative volte a migliorarne il trattamento economico e normativo, i risultati ottenuti non si prestano ad una valutazione univoca di segno positivo o negativo, né tanto meno ad una valutazione generale, ossia su una dimensione più ampia di quella territoriale o aziendale. Va considerato, da una parte, che il trattamento economico riconosciuto ai *riders* della medesima piattaforma e le misure di

---

<sup>(12)</sup> L'iniziale contrazione dell'attività di queste piattaforme è stata documentata da numerosi casi di studio, tra i quali vi sono: F. Chicchi et al., *op. cit.*, e L. Di Cataldo, *op. cit.*

<sup>(13)</sup> Si veda F. Chicchi et al., *op. cit.*, 24. Il *case study* svolto a Parigi mostra che il dipartimento più povero della Francia, quello di Seine-Saint-Denis, ha registrato il tasso di mortalità più alto. Il fenomeno è stato ricondotto dai ricercatori a fattori diversi che certamente hanno un effetto cumulativo nell'accrescere l'esposizione al rischio: le condizioni abitative modeste; la mancanza di risorse negli ospedali; l'impiego degli abitanti di quest'area nei settori "essenziali"; l'assenza o carenza di DPI per molte categorie di questi lavoratori.

<sup>(14)</sup> È stato dimostrato che il tasso di incidenza di infezione da SARS-CoV-2 è più alto in confronto alla media nazionale. Si fa di seguito rinvio a uno studio condotto a Quito in Ecuador: E. Ortiz-Prado - A. R. Henriquez-Trujillo - I.A. Rivera-Olivero I. A. - T. Lozada, M.A. Garcia-Bereguian, *High prevalence of SARS-CoV-2 infection among food delivery riders. A case study from Quito, Ecuador, Science of the Total Environment*, 2021, 770. Si veda anche C. Airoidi, et al., *Seroprevalence of SARS-CoV-2 Among Workers in Northern Italy, Annals of work exposures and health*, 2021, 1-9.

contenimento da essa implementate variano sensibilmente da un'area all'altra del Paese e, dall'altra, che si è verificata una rapida differenziazione tra le aziende nel trattamento dei *riders* (15). Pertanto, è rispetto alla situazione del singolo mercato locale e/o della singola azienda che vanno condotte le opportune considerazioni.

#### 4. I Protocolli dell'emergenza

I pericoli e i problemi dovuti alla pandemia hanno investito, in modo trasversale, le molteplici dimensioni attraverso cui si esprime la nostra vita. La dimensione privata, quella pubblica e, non di meno, quella lavorativa sono state duramente colpite dai terribili eventi degli ultimi tempi.

In dottrina si è scritto della «bidirezionalità» della minaccia rappresentata dal Covid-19 per indicare che la diffusione del virus rappresenta un rischio che è, al contempo, “generale” per l'intera società e “specifico” in relazione all'ambiente lavorativo (16). Questo pericolo biologico, quindi, non può che essere fronteggiato integrando misure uniformi per l'intera popolazione con altre che sono differenziate secondo le peculiarità organizzative del contesto lavorativo e dell'attività svolta.

Per questa ragione, la disciplina per il contenimento del virus definita dal governo è stata implementata nei suoi variegati ambiti applicativi da innumerevoli protocolli. Il Governo ha sostanzialmente limitato le attività economiche e disposto regole affinché si riducesse l'affluenza delle persone nei luoghi di lavoro, mentre il 14 marzo le organizzazioni delle parti sociali hanno sottoscritto il «Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro», integrato il 24 aprile, e i relativi Protocolli attuativi. Tra i quali vi è il «Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica» siglato il 19 Marzo dal Min. delle infrastrutture e dei trasporti, le associazioni datoriali e quelle sindacali.

---

(15) Ai *riders* delle imprese rappresentate da AssoDelivery si applica il Ccln di settore, a quelli di Just Eat un accordo di livello aziendale che inquadra i fattorini come lavoratori dipendenti. Invece, ai corrieri delle piattaforme che, come Foodys, non rientrano nel perimetro applicativo dell'accordo collettivo di settore, né hanno un accordo aziendale di riferimento, si applica la l. 128/2019.

(16) G. Natullo, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., 49-68.

Il primo si riferisce genericamente ai luoghi di lavoro, mentre i vari Protocolli attuativi definiscono le misure igieniche, sanitarie e organizzative specifiche per i vari comparti produttivi.

Il Protocollo condiviso ha prescritto: la riduzione al minimo delle presenze in azienda, tramite gli strumenti messi a disposizione dal legislatore; l'informazione dei lavoratori sulle pratiche di comportamento da rispettare; l'adozione di modalità sicure per l'accesso e l'uscita del personale dai locali aziendali; la misurazione della temperatura e la definizione delle azioni da intraprendere qualora i gradi rilevati eccedessero la soglia di 37,5°; la sanificazione degli ambienti di lavoro; la consegna ai lavoratori i mezzi per l'igiene personale; il rispetto del distanziamento sociale; il contingentamento dell'accesso agli spazi comuni; la fornitura degli appositi dispositivi di protezione individuale (DPI) conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie; il rafforzamento della sorveglianza sanitaria, che compete al medico aziendale; la creazione di un Comitato aziendale o territoriale per verificare la corretta applicazione delle disposizioni.

Il Protocollo del 19 marzo prevede adempimenti comuni per tutti i comparti della trasportistica e altri che, diversamente, si rivolgono specificatamente al settore aereo, all'autotrasporto di merci, al trasporto pubblico locale, stradale e ferrovie concesse, al settore ferroviario, a quello marittimo e portuale, ai servizi di trasporto non di linea. Tra gli adempimenti comuni è previsto: l'obbligo di informare sul corretto uso dei DPI; la sanificazione delle attrezzature da lavoro e dei locali aziendali, che deve essere frequente e avvenire secondo le modalità stabilite dalle istituzioni sanitarie e scientifiche; il contingentamento della vendita dei *tickets* e l'installazione di dispenser contenenti soluzioni disinfettanti nei servizi di trasporto passeggeri; l'utilizzo dei DPI o il rispetto del distanziamento sociale previsto; lo svolgimento da remoto dei corsi di formazione.

Le prescrizioni relative all'autotrasporto di merci in cui rientrano i *riders* prevedono, in particolare, che nei luoghi di carico/scarico – che nel caso dei *riders* coincidono con i punti di ritiro (quindi il locale dedito alla somministrazione di alimenti e bevande) e di consegna dei prodotti (quindi la location dell'utente-consumatore) – dovrà assicurarsi l'assenza di contatto o il rispetto della distanza di sicurezza, oppure ancora l'utilizzo dei DPI necessari. Inoltre, le aziende dovranno assicurare nei limiti del possibile una turnazione – o una più generica gestione – del personale volta ad evitare gli assembramenti in punti strategici come sono, appunto, quelli di carico e scarico.

## 5. I provvedimenti dei Tribunali del lavoro

Nel nostro ordinamento non si è ancora verificato un generale riconoscimento della natura datoriale delle imprese del *food delivery*, né, di conseguenza, i rapporti di lavoro dei *riders* sono stati ricondotti nell'alveo della subordinazione. Pertanto, è opportuno capire quale sia il fondamento giuridico dell'obbligo che verte sulle piattaforme di tutelare la salute e la sicurezza dei *riders* dal pericolo di contagio da Covid-19 e i caratteri di tale obbligo. Per comprendere ciò, si terrà conto della recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale che concerne l'inquadramento giuridico di questi lavoratori, della giurisprudenza che si è espressa in merito alla tutela della salute dei *riders* durante la pandemia <sup>(17)</sup> e delle riflessioni della dottrina <sup>(18)</sup>.

La privazione di tutele dai pericoli connessi alla pandemia è stata contestata da questi lavoratori in sede giudiziale. Alcuni *riders* hanno promosso dei ricorsi (ex art. 700 c.p.c.) presso i Tribunali di Firenze e Bologna lamentando la mancata consegna dei DPI da parte delle aziende Just Eat e Deliveroo.

I Tribunali hanno emesso – rispettivamente il 1° aprile 2020 e il 14 aprile 2020 – dei decreti cautelari con cui hanno ordinato alle suddette società di provvedere alla fornitura dei dispositivi affinché i *riders* potessero svolgere le prestazioni di lavoro in condizioni di sicurezza per sé e per gli altri <sup>(19)</sup>. I decreti sono stati emanati *inaudita altera parte* poiché i giudici hanno ravvisato i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, quindi la concretezza del diritto vantato dai ricorrenti e l'esistenza di un pregiudizio concreto, imminente e irreparabile per il diritto in questione.

In seguito hanno confermato quanto stabilito con le rispettive ordinanze del 5 maggio e del 1° luglio.

Il pericolo concreto, imminente e irreparabile per il diritto in questione sussiste in quanto la pericolosità del virus è effettiva, la probabilità del contagio elevata e, infine, l'esposizione di questi *gig workers* è particolarmente alta. Inoltre, il carattere bidirezionale di tale minaccia esprime lo stretto legame, ovvero l'interdipendenza, tra lo svolgimento di questa attività lavorativa in condizioni di sicurezza e la tutela del diritto alla salute, nella sua dimensione individuale e collettiva.

---

<sup>(17)</sup> I provvedimenti sono stati citati alla nota 10 di questo scritto.

<sup>(18)</sup> Sul punto si veda A. Donini, *Una prima applicazione del capo V-bis, d. lgs. n. 81/2015 per la tutela della salute dei ciclofattorini di fronte all'epidemia di Covid-19*, *Labor*, 2020, 6, 776 ss.

<sup>(19)</sup> In particolare il Giudice del Tribunale di Bologna con l'ordinanza del 14 aprile 2020 ha ordinato alla società di consegnare i DPI «in misura sufficiente a fare fronte ad un numero rilevante di consegne settimanali».

I provvedimenti in questione hanno chiarito il fondamento giuridico del dovere di tutelare la salute dei lavoratori che verte sulle piattaforme e del corrispondente diritto dei *riders* a beneficiare di tale tutela. I giudici hanno specificato che il diritto di questi lavoratori a ricevere la fornitura dei DPI esiste a prescindere dalla disciplina emergenziale prodotta per contenere la diffusione del virus. Alla luce della recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale, i giudici hanno individuato nell'art. 2, d. lgs. 8/2015, novellato dalla l. 128/2019, e nella giurisprudenza espressa in Cass. 1663/2019 il fondamento giuridico dell'obbligo che verte sulle piattaforme di provvedere "a propria cura e spese" alla dotazione dei DPI nei confronti dei propri *riders* e del diritto corrispondente di cui questi godono. Secondo i giudici, i rapporti di lavoro in esame vantano i tre requisiti previsti dalla legge per la fattispecie del lavoro etero-organizzato <sup>(20)</sup>, rientrando nel perimetro applicativo della disciplina del lavoro subordinato. Per fugare ogni dubbio, il Tribunale di Firenze ha menzionato nel decreto anche la disciplina del Capo V-bis, d. lgs. 81/2015, che stabilisce livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, anche mediante piattaforme digitali. Mentre, il Tribunale di Bologna ha fatto riferimento al Capo V-bis nell'ordinanza del 1° luglio 2020, con cui è stato confermato il precedente decreto. Secondo il Giudice il diritto del ricorrente a ricevere la fornitura dei DPI esiste a prescindere dalla disciplina emergenziale, in quanto la disciplina del d.lgs. 81/2008 rientra nei livelli di tutela minimi stabiliti dall'art. 47-septies del Capo V-bis, d.lgs. 81/2015. Inoltre, l'art. 2087 del c.c., che obbliga l'imprenditore ad adottare cautele idonee ad attenuare rischi di origine ambientale o derivanti dall'azione di fattori esterni che esulano dalla sua responsabilità; ai principi di correttezza e buona fede. Tuttavia, l'obbligo che verte sulle società di *delivery* è stato chiarito e rafforzato dalla fitta disciplina emergenziale, ad incominciare dal d.p.c.m. del 22 marzo 2020 che ha permesso la continuazione delle attività di consegna a domicilio nel rispetto delle misure per il contenimento del virus definite dal Protocollo condiviso sottoscritto il 14 marzo 2020.

Dunque, i Tribunali hanno riconosciuto l'autonomia del Capo V-bis come fondamento della tutela prevenzionistica dei *riders* in via residuale ma indipendente dall'art. 2, d. lgs. 81/2015 (Donini A. 2020, p. 780).

Nelle ordinanze di conferma di cui si è fatta menzione è stato, inoltre, chiarito che le responsabilità a carico delle aziende non sono assolvibili con la

---

<sup>(20)</sup> I requisiti previsti dal novellato art. 2, d. lgs. 8/2015 sono: la prevalente personalità, la continuità e le modalità di esecuzione della prestazione organizzate dall'impresa committente.

semplice formazione in merito alle norme di comportamento utili alla riduzione del rischio di contagio, né con l'adozione di misure che si propongono di eliminare il contatto tra le persone. Il giudice bolognese, inoltre, ha ritenuto non opportuna la pratica di scaricare sui lavoratori l'onere di provvedere alla propria dotazione di DPI, anche laddove sia previsto l'anticipo o il rimborso delle somme spese.

Per concludere, i provvedimenti hanno definito in termini tipologici e quantitativi la dotazione che le imprese sono tenute a fornire ai propri corrieri. Il Tribunale di Bologna con il decreto del 14 aprile 2020, facendo riferimento l'art. 74 del T.U. sulla sicurezza – che definisce i DPI come «qualsiasi attrezzatura destinata ad essere indossata e tenuta dal lavoratore allo scopo di proteggerlo contro uno o più rischi suscettibili di minacciarne la sicurezza o la salute durante il lavoro, nonché ogni complemento o accessorio destinato a tale scopo» – e riprendendo la Cass. 16749/2019 – dove si è affermato che la disposizione anzidetta sia da intendere nel senso della «più ampia latitudine» – ha stabilito la tipologia dei DPI richiesti e formulato un criterio quantitativo per valutare la congruità delle dotazioni fornite. La dotazione deve comprendere mascherina, guanti, gel, in misura sufficiente a far fronte ad un numero rilevante di consegne settimanali. La loro distribuzione tra i *riders* dovrebbe avvenire con una certa periodicità legata al tempo di deterioramento, o di esaurimento (es. del gel disinfettante), di ciascuno dei dispositivi che compongono la dotazione prevista dalla legge. Dunque, le attività di distribuzione devono proseguire fino alla conclusione dell'emergenza sanitaria o del rapporto di lavoro.

## 6. Le pratiche di contenimento messe in atto dalle aziende

Il *case study* svolto a Catania ha generato informazioni utili a comporre una dettagliata ricostruzione delle misure di contenimento del virus messe in atto dalle cinque imprese attive in città.

La ricostruzione tiene in considerazione misure di varia natura: la formazione dei lavoratori riguardo alle norme di comportamento (§ 6.1.); la distribuzione dei DPI, rispetto alla quale è stato documentato “quando” tali dispositivi siano pervenuti ai *riders*, “quali” dispositivi siano stati forniti e “quante volte” sia avvenuta la distribuzione (§ 6.2.); la riorganizzazione dell'attività lavorativa volta a ridurre i contatti tra le persone (§ 6.3.).

Successivamente (§ 7.), si valuterà se quanto fatto dalle aziende nel periodo di riferimento a Catania possa dirsi conforme alla disciplina contenuta nei Protocolli dell'emergenza e alle indicazioni della giurisprudenza.

L'analisi consentirà di esprimere un giudizio di valore in merito a quanto fatto dalle piattaforme per tutelare la salute dei *riders* nella prima fase della pandemia.

### **6.1 La formazione dei *riders* riguardo alle norme di comportamento**

In riferimento al primo profilo dell'analisi svolta, tutte le imprese coinvolte nella ricerca hanno informato i propri *riders* sui comportamenti prescritti dalle autorità scientifico-sanitarie per minimizzare la trasmissione del virus. Tuttavia, sebbene la formazione sia avvenuta tramite video, notifiche e messaggi, permettendo alle imprese di raggiungere tutti i componenti della flotta, l'indagine ha rilevato l'esistenza di alcune problematiche.

Innanzitutto, il 100% dei *riders* di Just Eat, di Social Food, di Winelivery, l'88% dei *riders* di Glovo e il 44% di quelli di Foodys hanno dichiarato di avere ricevuto una formazione adeguata sui comportamenti da tenere per ridurre il pericolo di contagio da Covid-19. Una parte dei *riders* di Glovo (10%) e di Foodys (56%) ha dichiarato di non aver ricevuto alcuna formazione sui comportamenti indicati. Dal *focus group* è emerso che è possibile non accorgersi di aver ricevuto tali comunicazioni perché i canali utilizzati dalle piattaforme sono i medesimi tramite i quali giungono gli innumerevoli aggiornamenti sull'attività lavorativa. Probabilmente, l'abbondante flusso di comunicazioni e il sovrapporsi di queste ne ha sottratto qualcuna all'attenzione dei destinatari. Infine, una ristretta porzione della flotta di Glovo (2%) ha affermato che le comunicazioni ricevute non possano ritenersi una formazione adeguata e sufficiente, in quanto hanno semplicemente ripetuto le classiche disposizioni dette alla TV e pubblicate per legge all'ingresso di qualsiasi attività commerciale. Invece, a detta degli stessi intervistati, altre aziende hanno curato con maggiore attenzione questo aspetto <sup>(21)</sup>.

### **6.2. La distribuzione dei DPI**

Diversamente da quanto visto nel sotto-paragrafo precedente, la distribuzione dei DPI è stata poco curata, meno efficace e non omogenea fra le imprese.

---

<sup>(21)</sup> I *riders* di Uber Eats hanno seguito un corso di formazione e sono stati sottoposti ad un test volto ad accertare la comprensione delle norme di comportamento da osservare.

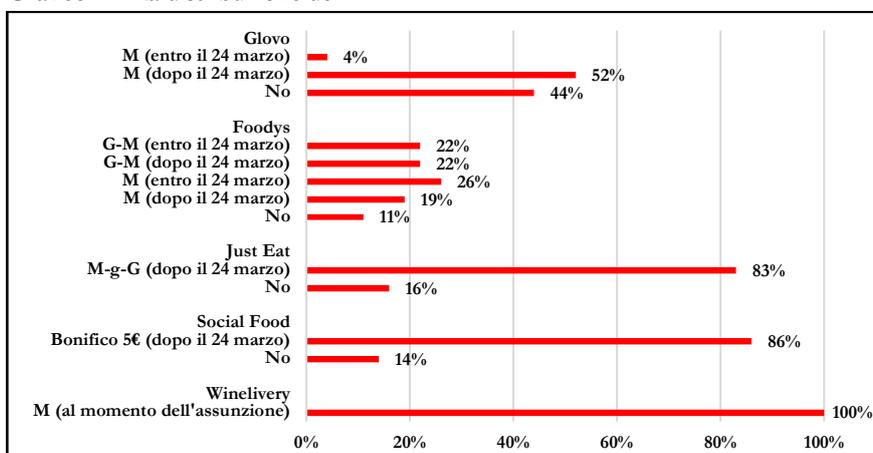
Ci risulta che ciascuna azienda abbia dotato i propri addetti alle consegne con proprie tempistiche, modalità e di strumenti differenti.

Ai *riders* intervistati è stato chiesto: se l'azienda di afferenza avesse provveduto alla fornitura dei DPI prima o dopo il 24 marzo; quali dispositivi avessero ricevuto; se la distribuzione fosse avvenuta *una tantum* <sup>(22)</sup>.

Si è assunto lo spartiacque temporale del 24 marzo in quanto segna l'essere trascorsi una quindicina di giorni dal *lockdown* nazionale, periodo questo ritenuto adeguato affinché le piattaforme si approvvigionassero dei DPI e, quantomeno, avviassero la distribuzione. Anche perché – nel periodo di riferimento – la flotta di tre aziende su cinque era piuttosto contenuta, quindi non era oggettivamente impossibile munire i *riders*, o una buona parte di essi, della dotazione prevista.

Nel Grafico primo le mascherine sono indicate con la lettera “M”, i guanti con la “G” e il gel disinfettante con la “g”. I dati sono integrati da una breve descrizione delle attività di distribuzione, che è frutto dell'osservazione diretta degli intervistatori <sup>(23)</sup> e delle informazioni fornite dai *riders*, alcuni dei quali hanno curato personalmente le attività di distribuzione dei DPI per conto di Glovo.

Grafico 1 – La distribuzione dei DPI



Fonte: Rielaborazione informazioni presentate in Di Cataldo L., *op. cit.*, PS, 1, 2021, p. 85.

<sup>(22)</sup> Si fa riferimento all'arco temporale che intercorre tra l'inizio dell'emergenza e lo svolgimento delle interviste.

<sup>(23)</sup> Le attività di ricerca si sono svolte con la collaborazione di dottori e studenti del Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università di Catania e di altri atenei europei: Castiglione F., (ex *riders*), dott.ssa in Odontoiatria, Università Europea di Valencia; Bello G., dott.ssa in Scienze delle pubbliche amministrazioni (LM-63); Bhikoo J., dott.ssa in Servizio sociale (L-40); Di Maria A., dott.ssa in Servizio sociale (L-40), e studentessa del corso di laurea magistrale in Politiche e servizi sociali (LM- 87); Eleonora Iannello Leone, studentessa del corso di laurea triennale in Storia, politica e relazioni internazionali (L 36-L 42).

La multinazionale Glovo ha dotato i propri addetti soltanto della mascherina (lavabile) e in ritardo rispetto all'emergenza. Ci risulta che la porzione più ampia (52%) della flotta avesse ricevuto questo dispositivo dopo il 24 marzo e che molti altri (44%) non avessero ricevuto alcunché al momento dell'intervista. La distribuzione dei DPI è stata affidata ad alcuni *riders* a fronte di un corrispettivo extra. Probabilmente, il dover contemporaneamente svolgere le prestazioni di lavoro e curare la distribuzione dei dispositivi ha compromesso la capillarità e la tempestività di quest'ultima. Va, però, segnalato che la distribuzione è avvenuta in più di un'occasione, durante le interviste strutturate sono state consegnate più di 200 mascherine ed ogni corriere ha potuto munirsi più di una volta.

Tra i *riders* di Foodys sono stati distribuiti, in una prima fase, guanti e mascherine (lavabili), successivamente soltanto le mascherine. La distribuzione, però, non è stata capillare dato che qualcuno ne è rimasto escluso (11%), né uniforme dato che qualcuno ha ricevuto guanti e mascherina (44%) mentre altri solo quest'ultima (45%) e poiché alcuni hanno ricevuto i DPI prima (48%) mentre altri dopo (41%).

Winelivery ha fornito ai propri *riders* mascherine chirurgiche all'occorrenza, ma non ci risulta che siano stati forniti altri DPI.

La Social Food ha effettuato un bonifico di € 5 per ciascun addetto alle consegne affinché questi potesse provvedere autonomamente alla propria dotazione. Comunque sembra che qualcuno ne sia rimasto escluso (14%). Inoltre, l'importo appare insufficiente e ci risulta che i *riders* abbiano beneficiato di un'unica transazione dall'inizio dell'emergenza al momento dell'intervista.

Just Eat è l'unica azienda ad avere dotato i propri fattorini in modo completo di tutti i diversi strumenti di protezione individuale (mascherina, guanti, gel), ma pare che qualcuno ne sia rimasto escluso (16%) e che la loro distribuzione sia avvenuta in un'unica occasione.

### **6.3. La riorganizzazione dell'attività lavorativa per ridurre i contatti tra le persone**

Il profilo conclusivo di questa analisi concerne le politiche adottate dalle imprese per riorganizzare l'attività lavorativa dei *riders* al fine di ridurre i contatti e, quindi, le probabilità di trasmissione del virus.

Nelle grandi città europee <sup>(24)</sup> ed extra-Ue <sup>(25)</sup> le imprese del settore hanno introdotto la modalità di consegna *zero contact* onde evitare che i contatti ravvicinati tra i clienti e i lavoratori della piattaforma potessero mettere in pericolo le persone e determinare un incremento dei contagi. Tale modalità prevede che il pagamento avvenga elettronicamente e che i *riders* dopo aver informato il cliente del loro arrivo e posizionato il prodotto, o la borsa termica aperta, a terra fuori dalla porta, attendano nelle vicinanze che il cliente ritiri il cibo prima che l'ordine possa considerarsi completato.

Dalle attività di indagine condotte a Catania sembra che, nonostante tutte le aziende attive sul territorio abbiano affiancato questa modalità a quella tradizionale, la sua efficacia sia stata moderata poiché la maggior parte degli utenti-consumatori ha continuato a preferire la modalità di pagamento tradizionale tramite contanti.

Quindi sembra che taluni caratteri culturali della popolazione abbiano potuto limitare l'efficacia della modalità di consegna *zero contact*.

Secondo i *riders* che hanno partecipato al *focus group*, le piattaforme hanno evitato di imporre questa modalità più sicura come unica opzione fino al normalizzarsi della situazione sanitaria per il timore di perdere consistenti quote di mercato a beneficio delle imprese concorrenti che non si sarebbero mosse nella medesima direzione.

In ogni caso, la misura è idonea a ridurre soltanto una parte – peraltro la meno rischiosa – delle interazioni che avvengono nell'ambito della relazione plurilaterale intermediata dalla piattaforma <sup>(26)</sup>. Mentre, niente è stato fatto al fine di impedire i contatti che avvengono tra i *riders* e il personale dei *partners* commerciali dediti alla preparazione dei prodotti e tra i *riders* stessi quando sono collocati in prossimità del punto di ritiro del prodotto mentre ne attendono la preparazione.

---

<sup>(24)</sup> F. Chicchi et al., *op. cit.*, 19-23.

<sup>(25)</sup> The Sydney Morning Herald - <https://www.smh.com.au/business/small-business/zero-contact-food-delivery-giants-to-drop-at-your-door-as-they-face-pressure-over-commissions-20200316-p54akl.html> (ultimo accesso – 17/08/2021, 16:54).

<sup>(26)</sup> La relazione plurilaterale è composta dall'impresa-piattaforma, dai *riders*, dagli esercizi dediti alla somministrazione di alimenti e bevande e, per concludere, dagli utenti-consumatori.

## 7. Una valutazione giuridica delle pratiche di contenimento

Nelle prossime pagine si compirà una valutazione giuridica del quadro empirico emerso verificandone la conformità in relazione a quanto stabilito nei Protocolli dell'emergenza (§ 7.1.) e dai Tribunali (§ 7.2.).

### 7.1. Le aziende hanno rispettato i Protocolli dell'emergenza?

La valutazione delle pratiche di contenimento alla diffusione del virus messe in atto dalle aziende in relazione ai Protocolli dell'emergenza è articolata nel modo che segue.

In un primo momento si individuano le disposizioni del «Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro» e del «Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica» riguardanti il dovere di informare i lavoratori sui comportamenti idonei a ridurre il rischio di contagio, di fornire i DPI necessari e di riorganizzare l'attività lavorativa in modo da ridurre al minimo le interazioni fisiche tra le persone.

I Protocolli enunciano chiaramente il dovere delle aziende di informare i lavoratori sui rischi legati alla diffusione del virus e sulle condotte da tenere onde evitare il contagio: il corretto uso dei DPI, le modalità di sanificazione delle attrezzature da lavoro e dei locali aziendali, il distanziamento sociale opportuno.

La ricerca svolta ha mostrato che le cinque piattaforme coinvolte hanno informato i propri *riders* sul pericolo di contagio e sui comportamenti adatti ad evitarlo. Nessuna delle cinque imprese però ha previsto delle occasioni di verifica della conoscenza maturata dai propri fattorini.

Entrambi i Protocolli stabiliscono il dovere delle imprese di fornire ai lavoratori i DPI secondo le disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie, nonché i mezzi per assolvere agli obblighi in merito all'igiene personale. Eppure, il *case study* ha mostrato che la distribuzione dei DPI è stata poco curata, meno efficace e non omogenea fra le aziende. Ci risulta che ciascuna azienda abbia dotato i propri addetti alle consegne con proprie tempistiche, modalità e di strumenti differenti e che parecchi lavoratori – il 44% di Glovo, l'11% di Foodys, il 16% di Just Eat e il 14% di Social Food – non abbiano ricevuto alcun DPI dall'inizio dell'emergenza fino al momento dell'intervista.

Il distanziamento sociale è, ovviamente, una delle principali precauzioni tra quelle definite nei Protocolli. Esso può richiedere la riorganizzazione dei

processi aziendali, la contingentazione dell'accesso agli spazi comuni, l'individuazione di pratiche volte ad evitare l'assembramento dei lavoratori in quei punti che sono strategici per la propria attività, come sono – nel caso dei *riders* – i luoghi di ritiro (es. Mc Donald's) e di consegna dei prodotti (es. il luogo in cui si trova l'utente-consumatore).

Su questo fronte le piattaforme hanno fatto davvero poco. Sebbene esse abbiano introdotto una modalità di consegna più sicura accanto alla modalità tradizionale, quest'ultima è rimasta la preferita dai catanesi, generalmente meno propensi verso le forme elettroniche di pagamento. Inoltre, le imprese non hanno fatto alcunché per evitare i contatti tra i *riders* e quelli tra questi ultimi e i lavoratori degli esercizi commerciali dediti alla preparazione dei prodotti. I *riders* hanno continuato ad assembrarsi presso i punti di ritiro del prodotto mentre ne attendevano la preparazione e ad interagire normalmente – pur muniti dei DPI – con il personale che consegna i prodotti.

Per concludere, è stata riscontrata la non osservanza di altre disposizioni contenute nei Protocolli. In particolare, nessuna delle imprese coinvolte nella ricerca ha implementato delle procedure volte al controllo della temperatura dei *riders*, né tanto meno un medico aziendale si è occupato – neppure virtualmente – della sorveglianza sanitaria.

Quanto è stato discusso desta non poche perplessità vista la bidirezionalità del rischio studiato. Non è da escludere che la scarsa attenzione per la tutela di questi lavoratori durante la pandemia si sia tradotta in un pericolo concreto per la salute pubblica.

## **7.2. L'operato delle aziende è conforme a quanto stabilito dai Tribunali del lavoro?**

Come scritto, il Tribunale di Firenze e quello di Bologna hanno precisato che gli obblighi di tutela della salute e della sicurezza che vertono sulle imprese del *food delivery* non possono essere assolti con la semplice formazione in merito alle norme di comportamento utili alla riduzione del rischio di contagio, né con l'adozione di politiche che si propongono di eliminare il contatto tra le persone, né scaricando sui lavoratori l'onere – in termini di cura e/o spese – di provvedere alla dotazione dei DPI imposti dalla crisi sanitaria. Inoltre, i provvedimenti dei Tribunali hanno definito la tipologia dei DPI da fornire e dato indicazioni sulla loro quantità, stabilendo che debba consentirsi lo svolgimento dell'attività lavorativa nel tempo.

Le misure adottate dalle piattaforme a Catania hanno, evidentemente, disatteso le indicazioni formulate dalla giurisprudenza. In effetti, nessuna realtà aziendale ha rispettato in modo integrale le linee guida definite dai Tribunali di Firenze e di Bologna perché: non sono stati forniti tutti i DPI necessari; la distribuzione non è stata tempestiva, né capillare, né uniforme; la quantità dei dispositivi forniti al singolo *rider* non è di certo sufficiente per svolgere, in sicurezza, le prestazioni di lavoro nel tempo.

Infine, la Social food ha scaricato sui *riders* l'onere di provvedere “a propria cura” al reperimento dei DPI necessari e le eventuali difficoltà materiali ad esso collegate.

## 8. Conclusioni

La pandemia ha confermato, in modo evidente, l'impatto travolgente della trasformazione digitale sul lavoro, con particolare riferimento alla tutela della salute e alla protezione sociale dei lavoratori (27). Non di meno, si è registrata la peculiare esposizione al virus dei *riders*, che dipende dalle modalità di trasmissione dell'agente infettivo, dalle caratteristiche dell'attività svolta e dall'atteggiamento negligente delle imprese.

L'impossibilità di accedere alle misure di sostegno disposte dal Governo per i lavoratori autonomi iscritti alla Gestione Separata Inps ha costretto molte persone al lavoro nonostante le elevate probabilità di contagio e la riduzione degli introiti verificatasi durante il primo *lockdown*.

Tutte le imprese coinvolte nella ricerca hanno informato i propri *riders* sui comportamenti prescritti dalle autorità scientifico-sanitarie per minimizzare la trasmissione del virus. La distribuzione dei DPI, invece, è stata poco curata, meno efficace e non omogenea fra le aziende.

L'unica misura volta a ridurre i contatti dei *riders* durante la propria attività è stata la modalità di consegna *zero contact*, che però ha avuto un'efficacia limitata per le ragioni espresse *supra*.

Le misure di contenimento alla diffusione del virus tra i lavoratori non sono, dunque, state conformi ai Protocolli dell'emergenza, né ai provvedimenti dei Tribunali del lavoro. Tuttavia, l'indagine mostra che ciascuna impresa ha

---

(27) La debole protezione sociale di questi lavoratori, incapace di compensare adeguatamente i costi sociali ed economici legati alla pandemia, è dipesa dalle formule contrattuali in uso tra le aziende del *food delivery*. Soltanto il 5% dei *riders* attivi a Catania nel periodo di riferimento vantava i requisiti per l'accesso alle misure di sostegno messe in campo dal Governo con l'art. 27, d. l. 18/2020. Si veda F. Scarpelli, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno, (poche) tutele, regole del contratto*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., 229 ss.

affrontato l'emergenza sanitaria con una propria sensibilità. Just Eat sembra essere stata più attenta, mentre Glovo sembra esserlo stata meno, ma nessuna piattaforma ha adempiuto alle proprie responsabilità in modo spontaneo, rapido e completo.

Nonostante ciò, il quadro emerso a Catania è specifico e, senz'altro, meno drammatico di quello prodotto da altre ricerche svolte in diverse città italiane ed europee <sup>(28)</sup>. È probabile che la conformazione dell'industria del *food delivery*, che si struttura in una pluralità di mercati locali, possa avere determinato uno sfasamento temporale e qualitativo nelle misure messe in atto dalla singola impresa nelle varie parti del territorio nazionale e, ancor più, nei diversi paesi in cui essa opera. Dunque, le misure di contenimento messe in atto in uno specifico contesto urbano possono essere dipese dalla capacità organizzativa della singola azienda in quell'area del Paese, dalla diligenza con cui i *riders* hanno curato la distribuzione dei DPI – laddove questa sia stata affidata agli addetti alle consegne – e dalle pressioni sindacali nel territorio di riferimento.

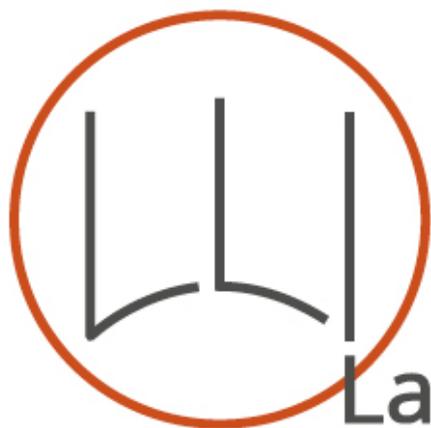
Alla luce dell'analisi eseguita, non sembra errato affermare che il modello di business delle piattaforme del *food delivery* abbia determinato un impatto negativo sulla salute dei lavoratori e, più in generale, sulla salute pubblica.

---

<sup>(28)</sup> F. Chicchi et al., *op. cit.*

## Bibliografia

- Airoidi C., et al., *Seroprevalence of SARS-CoV-2 Among Workers in Northern Italy*, in *Annals of work exposures and health*, 2021, 1-9.
- Bauman Z., *La società dell'incertezza*, Il Mulino, 1999.
- Beck U., *La società del rischio*, Carocci Editore, 2000.
- Bosco N. - Sciarrone R., *La certezza dell'incertezza. Ambivalenze e rimedi*, Meridiana, Vol. 55, 2007.
- Chicchi F. - Frapporti M. - Marrone M. - Pirone M., *Covid-19 impact on platform economy: a preliminary outlook*, PLUS platform labour in urban spaces, luglio 2020, <http://amsacta.unibo.it/6471/>
- Di Cataldo L., *Il mercato del food delivery nella città di Catania. Un caso di studio interdisciplinare: dalla composizione della categoria al rapporto di lavoro*, in *Professionalità studi*, 2021, 1, 36 ss.
- Donini A., *Una prima applicazione del capo V-bis, d. lgs. n. 81/2015 per la tutela della salute dei ciclotattorini di fronte all'epidemia di Covid-19*, in *Labor*, 2020, 6, 776 ss.
- Natullo G., *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in O. Bonardi - U. Carabelli - M. D'Onghia - L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, 49 ss.
- Ortiz-Prado E. - Henriquez-Trujillo A. R. - Rivera-Olivero I. A. - Lozada T. - Garcia-Bereguian M. A., *High prevalence of SARS-CoV-2 infection among food delivery riders. A case study from Quito, Ecuador*, in *Science of the Total Environment*, 2021, 770.
- Pallante F., *Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19*, in O. Bonardi - U. Carabelli - M. D'Onghia - L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, 19 ss.
- Scarpelli F., *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno, (poche) tutele, regole del contratto*, in O. Bonardi - U. Carabelli - M. D'Onghia - L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, 229 ss.
- Srnicek N., *Platform capitalism*, Polity Press, 2017.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

***Riders*: la repressione della condotta antisindacale  
allarga il suo raggio**

**FEDERICO MARTELLONI**  
Università di Bologna

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



# ***Riders: la repressione della condotta antisindacale allarga il suo raggio***

**FEDERICO MARTELLONI**  
Università di Bologna  
Associato di diritto del lavoro  
federico.martelloni2@unibo.it

---

## ABSTRACT

---

The paper examines the Court of Florence's recent ruling in the judgment of opposition to a decree pursuant to article 28, law no. 300/1970. The most interesting aspects of the decision appear to be those regarding the identification of individual and, especially, collective protection granted to hetero-organized collaborators, including the feasibility of the appeal pursuant to article 28 of Workers' Statute against conducts carried out by clients of hetero-organized collaborations; secondly, it deals with the issue of selecting the trade unions qualified to conclude a National Collective Labour Agreement pursuant to article 2, paragraph 2, legislative decree no. 81/2015, with particular regard to the distribution of the burden of proof on the greater representativeness in comparison; finally, the issue of the legitimacy of the Assodelivery-Ugl Rider National Collective Labour Agreement is dealt with, with particular regard to the stipulating union's lack of representativeness and authenticity.

**Keywords:** art. 28, act. n. 300/1970; digital platforms; riders; freedom of association; freedom of collective bargaining.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14114>

---

## ***Riders: la repressione della condotta antisindacale allarga il suo raggio***

«La vita è come andare in bicicletta.  
Per mantenere l'equilibrio devi muoverti»  
*Albert Einstein*

SOMMARIO: 1. L'azione collettiva come forma di protezione dei lavoratori della *gig economy*. – 2. La “protezione equivalente” dei collaboratori etero-organizzati: sfera individuale e dimensione collettiva. – 3. Maggiore rappresentatività comparata e onere probatorio. – 4. Il deficit di rappresentatività e genuinità di UGL Rider.

### **1. L'azione collettiva come forma di protezione dei lavoratori della *gig economy*.**

La nota frase di Einstein posta in esergo sembra particolarmente adatta a descrivere la giovanile vitalità che sta, oggi, dimostrando il procedimento per la repressione della condotta antisindacale previsto dall'art. 28 della legge n. 300 del 1970<sup>(1)</sup>, cui il sindacato ha fatto ripetutamente ricorso, negli ultimi mesi, per contrastare taluni comportamenti posti in essere dalle piattaforme di food-delivery.

Al tempo della *gig economy*, contraddistinto da un mercato del lavoro frammentato e individualizzato<sup>(2)</sup>, può sembrare paradossale la sovraesposizione dell'interesse collettivo sottesa all'utilizzo dallo speciale procedimento previsto dalla norma statutaria<sup>3</sup>, proprio mentre il sindacato attraversa la più difficile delle stagioni e alcune sue armi, protette direttamente o indirettamente dall'art. 28 St. lav., paiono spuntate. A ben vedere, tuttavia, il paradosso è più apparente che reale: in settori caratterizzati da instabilità e ricattabilità della forza lavoro, come quello che vede impegnati i ciclofattorini

---

<sup>(1)</sup> Reca suggestioni analoghe, come si deduce dall'intitolazione, il contributo di G.A. Recchia, *La “bella giovinezza” dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, a cura di O. Razzolini - S. Varva - M. Vitaletti, *GC.com*, 2020, 102 ss. V. anche Torsello L., *La persistente attualità dell'art. 28, St. Lav.*, [dirittolavorovariazioni.com](http://dirittolavorovariazioni.com), 2017, 3.

<sup>(2)</sup> Cfr., tra i tanti, T. Treu, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, *LD*, 2018, 10 ss.; P. Tullini *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, a cura di A. Perulli, Cedam, 2018, 194-195.

<sup>(3)</sup> Vaccarella R., *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Franco Angeli, 1977; Garofalo M.G., *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Giuffrè, 1983; F. Costa, *La condotta antisindacale*, ESI, 2011.

addebi alla consegna di cibo a domicilio, l'azione in giudizio di enti esponenziali si rivela, infatti, una via particolarmente preziosa nella tutela contro i soprusi delle piattaforme<sup>(4)</sup>, a fronte della comprensibile inerzia dei singoli. Sicché, se da un lato il sindacato si è spesso fatto carico, attraverso iniziative assunte *iure proprio*, della tutela giurisdizionale dei rider, dall'altro lato è stato proprio grazie alle vertenze riguardanti le loro condizioni di lavoro che il procedimento per la repressione della comportamento antisindacale ha potuto trovare rinnovato vigore e, persino, ampliare il proprio raggio d'azione, coinvolgendo a pieno titolo, accanto al datore di lavoro in senso stretto, pure il committente di collaborazioni etero-organizzate<sup>(5)</sup>, specie nelle attività di lavoro mediato da infrastrutture digitali.

Nell'arco di un solo anno, difatti, gli organismi provinciali di tre categorie della Cgil (Filcams, Nidil e Filt) hanno agito svariate volte e a diverse latitudini tramite strumenti processuali finalizzati ad assicurare protezione, efficace e tempestiva, a beni di rango primario: talvolta è stato azionato – peraltro con esito positivo – lo speciale procedimento antidiscriminatorio previsto dall'art. 28, d.lgs. n. 150 del 2011<sup>(6)</sup>; più spesso il sindacato ha fatto ricorso al tradizionale art. 28 St. lav., ottenendo, specie dopo la recentissima pronuncia del Tribunale di Firenze del 23 novembre 2021, importanti successi.

Il caso fiorentino è senz'altro quello più significativo, poiché consente di discutere la prima sentenza resa in un giudizio di opposizione a un decreto ex art. 28, e dunque nell'ambito di un procedimento a cognizione piena, peraltro nel solo caso in cui il pronunciamento emanato a conclusione della fase

---

<sup>(4)</sup> Cfr., in tempi relativamente recenti, O. Razzolini, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, Franco Angeli, 2018.

<sup>(5)</sup> V., in proposito, le concordi opinioni di M. Falsone, *La repressione della condotta antisindacale oltre la subordinazione: una storia tutta da scrivere*, *ADL*, 2021, 4, 1024 ss. e O. Razzolini, *Riders, condotta antisindacale e ruolo del sindacato: il processo come strumento di rilancio dell'azione sindacale nella gig economy*, *GC.com*, 13.9.2021.

<sup>(6)</sup> Ci si riferisce all'accertamento della discriminazione sindacale «per convinzioni personali» operato da T. Bologna, 31 dicembre 2020, *LLI*, 2021, 7, 1, con commenti di Barbera, Borelli e Ranieri, Peruzzi, Pinotti nonché a A. Palermo, 23 settembre 2021, *RGL*, 2021, 4, in corso di pubblicazione, che confermando la pronuncia adottata all'esito della fase sommaria, ha dichiarato che «costituisce atto di discriminazione indiretta per motivi sindacali, il recesso *ante tempus* da un rapporto di collaborazione da parte di una piattaforma quando quest'ultima abbia prospettato ai lavoratori che non acconsentano alla sottoscrizione di nuovo contratto collettivo stipulato da un'associazione sindacale diversa da quella di appartenenza l'immediata risoluzione del contratto di lavoro in corso di esecuzione, trattandosi di condotta idonea a coartare la libertà negoziale dei collaboratori che hanno esplicitato il proprio dissenso, limitandone la libertà sindacale». In dottrina v. anche P. Iervolino, *Quando le convinzioni personali del rider condizionano la prosecuzione del rapporto di lavoro*, *ADL*, 2021, 4, 1081 ss.

sommatoria era stato sfavorevole ai sindacati ricorrenti<sup>(7)</sup> diversamente da quanto avvenuto a Milano<sup>(8)</sup> e Bologna<sup>(9)</sup>.

Nel caso di specie, il Tribunale di Firenze, a integrale riforma del commentatissimo decreto del febbraio scorso<sup>(10)</sup> ha accertato l'antisindacalità delle condotte di Deliveroo, consistenti nella violazione degli obblighi di informazione previsti dal CCNL Terziario Distribuzione e Servizi nei casi di «rilevante cambiamento nell'organizzazione dell'impresa», nell'omissione della procedura di informazione e consultazione di cui all'art. 4, l. n. 223/91, nonché nella indebita pretesa di imporre a tutti i cicofattorini il CCNL Ugl rider-Assodelivery del 15 settembre 2020, pena il recesso *ante tempus* dai contratti dei rider indisponibili, poi concretamente esercitato.

La decisione, nella sostanza, riguarda, ancora una volta, la legittimità o meno di una vera e propria strategia messa in campo dalle società rappresentate dall'associazione italiana Assodelivery dopo l'entrata in vigore della l. l. n. 128/2019, consistente nella stipulazione e applicazione di un primo e, al momento, unico CCNL per lo specifico settore del food-delivery, potenzialmente in grado di “mettere in sicurezza” la qualificazione dei rapporti di collaborazione voluta dalle piattaforme e le modalità di determinazione del compenso dei cicofattorini: una “via di fuga” dal regime di tutela del lavoro assicurato dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 (come novellato dalla legge di conversione del c.d. decreto *rider*) nonché dalle norme contenute nel Capo V-bis medesimo decreto legislativo<sup>(11)</sup>, perseguita con grande determinazione.

Chiarito ciò, i profili più interessanti della decisione appaiono, in primo luogo, quelli relativi all'individuazione della tutela individuale e soprattutto collettiva accordata ai collaboratori etero-organizzati, ivi compresa e l'esperibilità del ricorso *ex art. 28 St. lav.* avverso comportamenti posti in essere da committenti di collaborazioni etero-organizzate (§ 2); in secondo luogo,

---

(7) Per un efficace confronto tra i decreti *ex art. 28* emessi a Firenze, Milano e Bologna v. A. Donini, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, *LLI*, 2021, 7, 1, 1 ss., spec. 6 ss.

(8) T. Milano 28 marzo 2021, *ADL*, 2021, 1024 ss. nt. Falsone.

(9) T. Bologna, 30 giugno 2021, *RGL*, 2021, II, nt. Martelloni, in corso di pubblicazione e *RIDL*, 2021, II, nt. Corso, in corso di pubblicazione.

(10) Cfr. T. Firenze 20 febbraio 2021, *RIDL*, 2021, II, 136 ss., nt. Martelloni; *ADL*, 2021, 4, 1024 ss., nt. Falsone; *Labor*, 3/2021, 331 ss., nt. Serra; *Glan.*, IX, 26 ss., nt. Tosi.

(11) Il D.l. n. 101/2019, convertito in l. n. 128/2019 ha notoriamente aggiunto un Capo V-bis al d.lgs. n. 81/2015, con cui si prevede un plafond di tutele minime per le restanti categorie di lavoratori autonomi che tramite piattaforme anche digitali effettuano, in via non continuativa, nel contesto urbano, consegne di beni con velocipedi o veicoli a motore. In dottrina v. *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, a cura di U. Carabelli - L. Fassina, Ediesse, 2020.

quelli concernenti la selezione dei soggetti sindacali abilitati a concludere contratti collettivi nazionali di lavoro *ex art. 2*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, con particolare riguardo alla distribuzione dell'onere della prova sulla maggiore rappresentatività comparata richiesta dalla norma (§ 3); in ultimo, quello della legittimità stessa del CCNL Assodelivery-Ugl rider, con particolare riguardo alla rappresentatività e genuinità dell'agente negoziale sul versante dei lavoratori (§ 4).

## **2. La “protezione equivalente” dei collaboratori etero-organizzati: sfera individuale e la dimensione collettiva.**

Tra le questioni preliminari affrontate nel giudizio, accanto alla consueta eccezione di pretesa incompetenza territoriale avanzata dalla piattaforma con sede legale in Lombardia – agilmente superata dal Tribunale di Firenze con i medesimi argomenti impiegati da tutti i giudici della fase sommaria, incluso quello fiorentino, col quale vi è consonanza almeno su questo punto<sup>(12)</sup> – immediatamente si staglia il più delicato profilo affrontato in decisione, che aveva peraltro distinto il decreto emesso a Firenze dagli altri pronunciamenti di Milano e Bologna: l'ammissibilità della domanda *ex art. 28 St. lav.*, a fronte di condotte poste in essere da una piattaforma potenzialmente carente di legittimazione passiva, perché committente di rapporti di lavoro non subordinati.

Tale aspetto, come osservato da attenta dottrina<sup>(13)</sup>, è ben più rilevante e problematico dell'eccepito difetto di legittimazione attiva del sindacato<sup>(14)</sup>, trovando apparente conforto in un orientamento del giudice delle leggi teso a negare l'ammissibilità del ricorso per repressione della condotta antisindacale dinanzi a rapporti estranei all'area della subordinazione<sup>(15)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> Si rammenta in decisione che, «per consolidato orientamento giurisprudenziale» (Cass. 12 agosto 1993, n. 8673, *NGL*, 1993, 785; Cass. 2 maggio 1994, n. 4220, *GC*, 1995, I, 1907), ai fine di stabilire la competenza territoriale occorre aver riguardo al luogo di commissione del comportamento denunciato, pur quando attuato in applicazione di decisioni assunte altrove. In dottrina vi si sofferma più di altri F. Corso, *Anche le piattaforme possono incorrere in condotte antisindacali*, *RIDL*, 2021, II, in corso di pubblicazione

<sup>(13)</sup> Lo sottolineano tanto A. Donini, *op. cit.*, 8 ss. quanto M. Falsone, *op. cit.*, 1033 s. nei commenti alle pronunce rese nella fase sommaria dei procedimenti *ex art. 28 St. lav.*

<sup>(14)</sup> Opportunamente liquidato da T. Firenze tramite il semplice richiamo alla lettera dell'art. 28 *St. lav.*, il quale, parlando di «associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse» per certo abilita gli organismi locali delle federazioni sindacali ricorrenti.

<sup>(15)</sup> Il riferimento è C. cost. 8 luglio 1975, n. 189 nonché C. cost. 17 dicembre 1975, n. 241, ove la Corte chiarisce che la particolare forma di tutela assicurata dall'art. 28 *St. lav.* è riconosciuta «con riguardo alla posizione dei lavoratori subordinati nell'organizzazione

Il Tribunale ritiene, tuttavia, superfluo svolgere un accertamento riguardante la natura subordinata dei rapporti dei *rider*, escluso nella prima fase perché considerato non compatibile con la sommarietà del rito, atteso che la riconducibilità dei rapporti di lavoro alla figura delle collaborazioni etero-organizzate – sulla quale vi è invece concordanza tra i pronunciamenti delle due fasi – è giudicata del tutto «sufficiente a legittimare la speciale azione esperita dai sindacati».

Sul piano della qualificazione dei rapporti dei *rider*, il carattere (almeno) etero-organizzato delle collaborazioni, ad opinione del Tribunale, «emerge con chiarezza», sussistendo tutti i requisiti richiesti dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: la *natura prevalentemente personale della prestazione*, peraltro elementare e ripetitiva nel caso di specie, si evince dalla netta prevalenza dell'attività dei circlofattorini sugli strumenti di lavoro, ovvero una bicicletta e uno smatphone; la *continuatività* è altrettanto pacifica, essendo intesa dal giudice in senso a-tecnico – secondo il consolidato filone dottrinario<sup>(16)</sup> e giurisprudenziale<sup>(17)</sup> maturato all'ombra dell'art. 409 n. 3, c.p.c. – come non occasionalità, sempre sussistente in caso di prestazioni reiterate finalizzate a «soddisfare un interesse duraturo del committente al continuativo adempimento»; da ultimo, indubbiamente sussiste, per il Tribunale fiorentino, l'etero-organizzazione prestazione lavorativa, governata da un sistema algoritmico fortemente limitativo dell'autonomia dei ciclofattorini<sup>(18)</sup>.

A fronte di tale inquadramento, il decisore aderisce all'opinione, largamente prevalente in dottrina<sup>(19)</sup>. e, sino a qui, anche in giurisprudenza, alla

---

dell'impresa, in funzione del fatto che essi prestano con continuità la loro opera all'interno di una comunità organizzata di lavoro, caratterizzata da vincoli di dipendenza e subordinazione». In dottrina vi si soffermano A. Donini, *op. cit.*, 4 s. e F. Martelloni, *Un giudice disarmato "i cavalieri della pandemia": niente condotta antisindacale per le piattaforme di food-delivery*, RIDL, 2021, II, 136 ss., qui 141.

<sup>(16)</sup> V., in particolare, M. Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione. Riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, c.p.c.*, RIDL, 1984, I, 3, 506 ss. e A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e prestazioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu - C. Messineo, continuato da L. Mengoni, Vol. XXVII, t. 1, Giuffrè, 1996, spec. 220 s.

<sup>(17)</sup> A mero titolo di esempio: Cass. 30 dicembre 1999, n. 14722, OGL, I, 2000, 39.

<sup>(18)</sup> Per vero, la ricostruzione del rapporto non appare troppo distante dall'accertamento compiuto da T. Palermo, 24 novembre 2020, n. 3570, LLI, 2020, 6, 2, nt. (adesiva) Barbieri, che aveva qualificato un *rider* di Glovo come lavoratore subordinato, rilevando la sussistenza di tutti i poteri tipici del datore di lavoro in capo alla piattaforma, benché esercitati in modo impersonale.

<sup>(19)</sup> Tra i tanti, di recente, O. Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, DRI, 2020, 2, 367; V. Nuzzo, *I confini delle tutele lavoristiche, oggi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2020, 73 ss.; A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, e ivi ulteriori riferimenti.

cui stregua l'art. 2 comma 1, d.lgs. n. 81/2015 non autorizza ad applicare selettivamente le protezioni giuslavoristiche, avendo il legislatore chiaramente scelto di accordare ai collaboratori etero-organizzati una protezione in tutto e per tutto equivalente a quella riconosciuta ai lavoratori subordinati<sup>(20)</sup>. Come osservato dalla Suprema Corte nella nota sentenza n. 1663/2020 che ha felicemente concluso la saga dei *rider* di Foodora<sup>(21)</sup>, la scelta di politica legislativa operata con l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/15 è «volta ad assicurare al lavoratore la stessa protezione di cui gode il lavoro subordinato», mentre l'art. 2 «non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata *ex post* alla variabile interpretazione dei singoli giudici», pena «il rischio di cadere nell'arbitrio e di aprire le porte ad una discrezionalità valutativa ingovernabile»<sup>(22)</sup>, oltre che «incerta negli esiti»<sup>(23)</sup>

Se ciò vale sul versante dei diritti individuali, ivi comprese tutte le norme previste in materia di licenziamento<sup>24</sup>, non c'è ragione di escluderlo quanto alla dimensione collettiva: per un verso, infatti, nella applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato sono certamente ricompresi i diritti affermati nello Statuto dei lavoratori; per l'altro è noto, per il giudicante, il nesso che lega la sfera individuale e la dimensione collettiva, particolarmente evidente nel caso dell'art. 28, specialmente in ordine alle condotte plurioffensive. In sostanza, la «protezione equivalente» di cui godono gli etero-organizzati non risulta

---

<sup>(20)</sup> Cfr., tra i tanti, G. Santoro Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 c.p.c.*, WP CSDLE, It., n. 328/2017. *Contra* v. però S. Ciucciovino, *Le "collaborazioni organizzate dal committente" nel confine tra autonomia e subordinazione*, RIDL, 2016, I, 3, 321 ss. e, in certa misura, anche R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, a cura di O. Mazzotta, Giappichelli, 2017, il quale ritiene applicabile ai collaboratori etero-organizzati «la disciplina del lavoro subordinato quanto ai profili amministrativi e previdenziali, in quanto strettamente connessi allo statuto protettivo e, quindi, alla ratio della sua estensione, per l'altro, quella del lavoro autonomo quanto ai profili gestionali, qui in ragione della persistente conferma della natura intrinseca del rapporto instaurato» (42 s.).

<sup>(21)</sup> Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, RIDL, 2020, II, 76 ss., nt. M.T. Carinci; DRI, 2020, 1, 145, nt. Santoro Passarelli; DRI, 2020, 2, 499, nt. Proia, LDE, n. 1, 2020, nt. Biasi, F. Carinci, Dagnino, Fava, Gheno, Magnani, Martelloni, Martino, Persiani, Perulli, Santoro Passarelli, Speciale, Tosi, Tursi; in DLM, 2020, 123 ss. nt. Lassandari.

<sup>(22)</sup> G. Ferraro, *Subordinazione e autonomia nella disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Studio sull'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015*, StreetLib, 2018, *passim*.

<sup>(23)</sup> R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, *op. cit.*

<sup>(24)</sup> Sul punto si era diversamente pronunciata la (sola) Corte d'Appello di Torino (A. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, RIDL, 2019, II, 340, nt. M.T. Carinci e Del Punta, nonché RGL, 2019, I, 95 ss., nt. Carabelli e Spinelli) che aveva ritenuto di escludere l'applicazione della disciplina dei licenziamenti ai *rider* etero-organizzati, perché estranei all'area della subordinazione.

compatibile con arbitrarie operazioni selettive tese a escludere strumenti di protezione dalla sfera non solo individuale ma pure collettiva.

Sulla scorta di tali premesse, il Tribunale concorda con l'opinione di quanti hanno suggerito di interpretare la nozione di *datore di lavoro* impiegata nell'art. 28 alla luce della fattispecie di nuovo conio<sup>(25)</sup>, atteso che, a ben vedere, il committente di una collaborazione etero-organizzata acquisisce, oggi, ogni vincolo, dovere e obbligo che incombe sul datore di lavoro propriamente detto.

Probabilmente non siamo ancora approdati a una «nozione funzionale di lavoratore e datore di lavoro», recentemente invocata con buoni argomenti<sup>(26)</sup>, ma non ne siamo neppure abissalmente lontani, posto che il Tribunale s'impegna, almeno altrettanto, nel dilatare la nozione di lavoratore impiegata dal legislatore comunitario, per concludere che la matrice europea della disciplina dei licenziamenti collettivi impone senz'altro di rispettare gli obblighi di informazione e consultazione imposti dall'art. 4 della l. n. 223/1991 anche quando una piattaforma abbia cessato, anticipatamente, i rapporti di un numero di *rider* superiore a cinque, rientrando appieno l'attività di questi ultimi nella nozione comunitaria di *worker*<sup>(27)</sup>.

### 3. Maggiore rappresentatività comparata e onere probatorio.

Come si è accennato in premessa, la stipulazione e applicazione di un CCNL per il solo settore del food-delivery risponde a una precisa strategia messa in campo dalle piattaforme, finalizzata a porre i rapporti di lavoro intrattenuti coi *rider* al riparo dai meccanismi di tutela apprestati dal legislatore della l. n. 128 del 2019<sup>(28)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Cfr. M. Falsone, *op. cit.*, per il quale «laddove i collaboratori etero-organizzati devono essere trattati come lavoratori subordinati (pur non essendolo), ivi i committenti devono essere trattati come datori di lavoro (pur non essendolo), superando così l'ostacolo della lettera dell'art. 28» (1037); F. Martelloni, *Art. 28 St. lav. e rito antidiscriminatorio: il sindacato chiama le piattaforme di food-delivery a rispondere della discriminazione per motivi sindacali*, RGL, 2021, II, 4, in corso di pubblicazione.

<sup>(26)</sup> O. Razzolini, *Riders, condotta antisindacale e ruolo del sindacato* cit., 10 s.

<sup>(27)</sup> Sul punto, in dottrina, v. S. Giubboni, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, *Quaderni costituzionali*, 2017, 4, 960 ss.; B. Caruso, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo*, DRI, 2019, 4, 1010 ss.; G. Pacella, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea*, LJI, 2020, 6, 1, 16 ss.

<sup>(28)</sup> Il CCNL in discorso, del resto, espressamente si qualifica come «contratto collettivo nazionale per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui, svolta da lavoratori autonomi, c.d. rider ai sensi e per gli effetti del capo v-bis "tutela del lavoro tramite piattaforme digitali" del d.lgs. 81/2015, così come modificato dal d.l. 101/2019, convertito in legge con modificazioni dalla l. 128/2019 e dell'art. 2, comma 2, lett. a) del d. lgs. 81/2015». Per un esame

Tale strategia, peraltro ampiamente prevedibile<sup>(29)</sup>, fa notoriamente perno sull'art. 2, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 81/2015 – nonché sull'art. 47 quater del medesimo decreto legislativo<sup>(30)</sup> – con cui sono state estromesse dal campo d'applicazione del regime previsto dal primo comma la collaborazione etero-organizzate «per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore».

Qui il legislatore, il legislatore, consapevole della portata di un rinvio legale alla contrattazione collettiva, in grado di assegnare efficacia generale a norme pattizie sostanzialmente derogatorie, ha usato un certo grado di prudenza, abilitando alla conclusione del CCNL le sole organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

Il tema è stato oggetto di esame da parte del Tribunale di Bologna che, nel decreto *ex art. 28*, lo ha frettolosamente liquidato considerando notoria la maggiore rappresentatività comparata dei sindacati storici e senz'altro carente del potere negoziale richiesto dalla disposizione il sindacato UGL-Rider<sup>(31)</sup>.

Ebbene, la novità della decisione del Tribunale di Firenze non risiede, tanto, nel grado di verticalità dell'indagine bensì nell'opportuna precisazione relativa alla distribuzione dell'onere della prova sulla maggiore rappresentatività comparata.

Il Tribunale, infatti, senza esimersi da qualche considerazione di merito sul difetto di rappresentatività richiesto si concentra, molto opportunamente, sulla ripartizione degli oneri probatori, osservando che «sarebbe stato preciso onere della convenuta (che eccepisce la particolare ipotesi di esenzione) dimostrare l'esistenza» del requisito di maggiore rappresentatività comparata.

---

più approfondito si rinvia a M. Lombardi, *Il Ccnl tra Assodelivery e Ugl sui riders: una "storia infinita", fra questioni contrattuali e disciplina legale*, RGL, 2021, 757 ss. e F. Martelloni, *CCNL Assodelivery – UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 22.10.2020.

<sup>(29)</sup> Sia permesso richiamare F. Martelloni, *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, RIDL, 2020, I, 399 ss., spec. 410, nt. 35.

<sup>(30)</sup> A mente del quale «i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale possono definire criteri di determinazione del compenso complessivo che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente» (comma 1) mentre, in mancanza, ai lavoratori è «garantito un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale» (comma 2).

<sup>(31)</sup> Sul punto v., da ultimo, O. Razzolini, *op. ult. cit.*, 9, per la quale «il contratto collettivo è valido ma non produce gli effetti derogatori di cui all'art. 2, c. 2, o all'art. 47-quinquies».

Detto altrimenti, a fronte del generale regime dell'art. 2, comma 1, che integralmente equipara, *quod effectum*, il lavoro subordinato alle collaborazioni etero-organizzate, ogni esenzione richiede puntuale dimostrazione da parte di chi la invoca, risultando del tutto inadeguata la tautologica circostanza dedotta nel caso di specie<sup>(32)</sup>.

#### 4. Il deficit di rappresentatività e genuinità di UGL Rider.

Un'assoluta novità della sentenza in discorso riguarda l'accoglimento delle contestazioni delle organizzazioni sindacali ricorrenti in ordine alla natura stessa del sindacato stipulante il CCNL del 15 settembre 2020, tacciato, in questo come negli altri procedimenti *ex art. 28*, di essere un *sindacato di comodo*, come tale vietato ai sensi dell'art. 17 St. Lav.

Tale doglianza non era sino ad oggi mai stata accolta e, per vero, neppure attentamente vagliata, trattandosi pur sempre di una sigla interna a una confederazione sindacale piuttosto nota, della cui genuinità nessuno ha mai dubitato.

Il Tribunale di Firenze, consapevole dell'itinerario che ha portato alla costituzione di UGL *Rider* traslascia, però, quest'aspetto, concentrandosi sui molti indici di vicinanza della neo-costituita organizzazione sindacale alle posizioni della controparte datoriale.

Sono, del resto, piuttosto noti sia il contesto sia le modalità di sottoscrizione dell'accordo, a suo tempo ricostruite dalla dottrina che si era occupata della vicenda. Bisogna, infatti, ricordare che la sottoscrizione di un CCNL di settore con un interlocutore sindacale disponibile a convergere sulle posizioni delle piattaforme di food-delivery era temuto e atteso da quanti avevano seguito la tormentata esperienza di negoziazione tra governo e parti sociali, vista l'aperta ostilità delle piattaforme rispetto ai provvedimenti legislativi maturati nel corso dell'estate del 2019 e l'indisponibilità a negoziare costruttivamente con i sindacati più rappresentativi e concretamente presenti nelle mobilitazioni dei *rider*. In estrema sintesi, AssoDelivery – associazione che rappresenta l'industria italiana del food-delivery, cui aderiscono le piattaforme multinazionali Deliveroo, Glovo, Just Eat, Social Food e Uber Eats – costituitasi in vista delle ripetute convocazioni delle piattaforme da parte del Ministero del lavoro, sin dall'insediamento dell'ex Ministro del lavoro Luigi Di Maio nell'estate

---

<sup>(32)</sup> Si allude alla circostanza che UGL Rider fosse tra i componenti dell'*Osservatorio permanente in materia di tutela del lavoro tramite piattaforme digitali*, essendovi stata ammessa solo a motivo della sottoscrizione del contestato CCNL.

2018<sup>(33)</sup>, aveva sempre osteggiato un’iniziativa legislativa, insistendo sulla natura genuinamente autonoma dei rapporti dei ciclofattorini, sull’insostenibilità di retribuzioni minime legate al tempo nonché sull’impossibilità di garantire diritti legati alla durezza del rapporto, a partire dal diritto al riposo, alle sospensioni del rapporto e alla stabilità del vincolo, ritenendo che l’interesse per i compensi “a cottimo” e per la natura giuridica prescelta per i rapporti di lavoro rispondessero pienamente alle esigenze manifestate dagli stessi *rider*. Per inverare tale narrazione, un anno dopo l’avvio dei tavoli ministeriali, e precisamente nell’autunno 2019, le piattaforme avevano all’uopo favorito la costituzione di un “sindacato” dei ciclofattorini impegnati nel food-delivery (Sindacato Nazionale Autonomo dei Rider)<sup>(34)</sup>, mai comparso in alcuna delle vertenze metropolitane del triennio 2017-2019 e mai affacciato ai tavoli ministeriali. Tale sindacato, manifestatosi per la prima volta nell’ottobre 2019, nella fase delle audizioni di esperti e parti sociali in Commissione lavoro del Senato della Repubblica, prodromiche alla messa a punto della legge di conversione del c.d. decreto *rider* (legge 128/2019) ha sostenuto posizioni perfettamente coincidenti con quelle assunte dalle piattaforme nei tavoli istituzionali di negoziazione, per poi rendersi disponibile alla conclusione di un CCNL con tali contenuti<sup>(35)</sup>, dopo aver trovato sponda nella neo-costituita UGL-riders che lo ha assorbito in vista della sottoscrizione.

Il Tribunale di Firenze si mostra consapevole di tali circostanza, rammentando l’esistenza di una «trattativa non pubblicizzata e parallela» rispetto a quella che si svolgeva ai tavoli istituzionali, per conseguenza arenatasi in

---

<sup>(33)</sup> Per un dettagliato resoconto della negoziazione v. G. Pacella *Le piattaforme di food delivery: un’indagine sulla nascita delle relazioni sindacali nel settore*, LLI, 2019, 5, 2, spec. 188 ss. In relazione ad AssoDelivery l’A. parla, correttamente, di un’associazione datoriale «nata come risposta all’azione istituzionale del Governo» (193). Più di recente, M. Lombardi, *Il Ccnl tra Assodelivery e Ugl sui riders: una “storia infinita”, fra questioni contrattuali e disciplina legale*, RGL, 2021, 757 ss.

<sup>(34)</sup> Anche gli autori che hanno considerato il CCNL *rider* come «un primo passo», giudicando “sopra le righe” la polemica che ne ha accompagnato la sottoscrizione, riconoscono che ANAR, «secondo alcune inchieste giornalistiche, si riteneva in odore di essere costituita su interessamento o iniziativa datoriale» (B. Caruso, *Contratto dei rider, un primo passo*, *Lavoce.info*, 24.092020). L’ANAR, infatti, ha messo in atto una sola iniziativa di mobilitazione, nella giornata del 15 ottobre 2019, per opporsi al Decreto n. 101/2019, rivendicando il cottimo e rifiutando la paga minima oraria (<https://www.open.online/2019/10/15/roma-i-rider-in-piazza-si-al-cottimo-no-alla-paga-oraria-video/>).

<sup>(35)</sup> Come sottolinea B. Caruso, *Contratto dei rider, cit.*, nel CCNL *rider* mancano «tutele d’importanza primaria: ferie retribuite e congedi per malattia, ad esempio» e «non c’è alcun cenno al principio di giustificatazza nel recesso unilaterale della piattaforma».

maniera definitiva nonché l'assenza di ogni confronto con le maestranze in relazione ai contenuti dell'accordo.

Peraltro, il contenuto dell'accordo «sostanzialmente riproduce - soggiunge il Giudice - la disciplina prevista nei contratti» predisposti dalle società di food-delivery, che, per la sua ritenuta non corrispondenza ad una tutela effettiva dei lavoratori, ha portato alla esclusione dell'UGL dal Comitato Economico e Sociale Europeo.

Accanto a questi univoci indicatori della "vicinanza" dell'agente negoziale alla controparte datoriale, il Tribunale giustamente insiste sulla assoluta mancanza di uno dei classici indici di rappresentatività sindacale in capo a UGL-rider, ossia la *presenza nel conflitto*, sottolineando «l'assenza di vertenze collettive e individuali» in favore dei *rider*, sia prima che dopo la firma dell'accordo: indice, per vero, di particolare rilevanza in un segmento del mercato del lavoro frammentato e a bassissimo tasso di sindacalizzazione, benché attraversato da vertenze e conflitti metropolitani talmente aspri e significativi da aver imposto all'attenzione della pubblica opinione e delle istituzioni la condizione di lavoro dei *rider*<sup>36</sup>.

Come insegna la dottrina più autorevole, il divieto alla costituzione di un interlocutore sindacale "di comodo", favorita attraverso forme di sostegno e supporto imprenditoriale, rende evidente come possa definirsi sindacale, peraltro non solo in Italia<sup>(37)</sup>, un'organizzazione «atteggiata antagonisticamente nei confronti della controparte»<sup>(38)</sup>, ossia orientata a tutelare gli interessi dei lavoratori rappresentati, strutturalmente opposti a quelli della controparte datoriale.

Ciò, come noto, non soltanto non contrasta con l'art. 39, comma 1, Cost. ma vi dà, al contrario, piena attuazione, «poiché contribuisce a dare un contenuto al principio della libertà dell'organizzazione sindacale, imponendo che l'esercizio di tale libertà sia di fatto impedito o ostacolato dalla presenza di soggetti spuri, in grado di turbare con la loro presenza la dinamica delle relazioni

---

<sup>(36)</sup> M. Marrone M., *Rights against the machine! Il lavoro digitale e le lotte dei riders*, Mimesis, 2021.

<sup>(37)</sup> Il divieto alla costituzione di sindacati di comodo o sindacati gialli è presente in tutti i principali ordinamenti europei come quello francese, spagnolo e del Regno Unito, ove si parla, rispettivamente di *syndacats jaunes*, *sindicatos amarillos* e *yellow dogs*, ma si estende ben oltre i confini della vecchia Europa, figurando nella Convenzione OIL n. 98/1949 che nell'ambito delle relazioni industriali espressamente vieta ogni ingerenza e ogni sostegno alla controparte si con mezzi finanziari o altrimenti (art. 2).

<sup>(38)</sup> F. Mancini, *Sub art. 17*, in G. Ghezzi - F. Mancini - L. Montuschi - U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori, Artt. 14-18*, 2° ed., Zanichelli-Il Foro Italiano, 1981, 68.

industriali»<sup>39</sup>. Ebbene, nella condivisibile ricostruzione del Trib. Firenze, è tale il fenomeno che si è osservato nel settore del food-deliveri, ove l'artificiale supporto alla costituzione di UGL-Rider ha determinato l'arenamento delle trattative con le altre sigle sindacali e, nei fatti, il riconoscimento dei diritti sindacali alla sola UGL, con conseguente grave lesione della libertà e attività sindacale protette dall'art. 28 St. lav.

In conclusione, se non si fosse ammesso il ricorso alla procedura *ex art. 28*, la regolarità della negoziazione collettiva “in deroga” nello specifico settore del food-delivery sarebbe rimasta priva di tutela, quando invece – com'è stato osservato – è conferente allo spirito e alla funzione della norma statutaria profilare, oggi, il procedimento per la repressione della condotta antisindacale anche come «rimedio a tutela delle organizzazioni sindacali pretermesse, per evitare che la sottoscrizione di contratti collettivi “di comodo” consenta di eludere l'applicazione dell'art. 2, co. 1 e delle garanzie che tale disposizione prevede a favore dei collaboratori»<sup>(40)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> M. V. Ballestrero, *Diritto sindacale. Lezioni*, Giappichelli, 2004, 103.

<sup>(40)</sup> C. Serra, *Sulla repressione della condotta antisindacale oltre il perimetro della subordinazione*, *Labor*, 2021, 3, 333 ss., qui 430.

## Bibliografia

- Ballestrero M. V., *Diritto sindacale. Lezioni*, Giappichelli, 2004.
- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, 2020, 6, 2, R. 63 - R. 92.
- Carabelli U., Fassina L. (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, 2020.
- Caruso B., *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo*, in *DRI*, 2019, 4, 1010 ss.
- Caruso B., *Contratto dei rider, un primo passo*, *Lavoce.info*, 24.092020.
- Ciucciiovino S., *Le "collaborazioni organizzate dal committente" nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *RIDL*, 2016, I, 3, 321 ss.
- Corso F., *Anche le piattaforme possono incorrere in condotte antisindacali*, nota a Trib. Bologna 30.6.2021, in *RIDL*, II, 2021, in corso di pubblicazione.
- Costa F., *La condotta antisindacale*, ESI, 2011.
- Del Punta R., *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2019, II, 340 ss.
- Donini A., *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, in *LLI*, 2021, 7, 1, R.1 ss.
- Falsone, M., *La repressione della condotta antisindacale oltre la subordinazione: una storia tutta da scrivere*, in *ADL*, 2021, 4, 1024 ss.
- Ferraro G., *Subordinazione e autonomia nella disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Studio sull'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015*, StreetLib, 2018.
- Garofalo M.G., *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Giuffrè, 1983.
- Giubboni S., *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 4, 960 ss.
- Giuliani A., *La discriminazione su base sindacale nella recente giurisprudenza*, in *dirittolavorovariazioni.com*, n. 3, 2017.
- Iervolino P., *Quando le convinzioni personali del rider condizionano la prosecuzione del rapporto di lavoro*, in *ADL*, 2021, 4, 1081 ss.
- Lombardi M., *Il Ccnl tra Assodelivery e Ugl sui riders: una "storia infinita", fra questioni contrattuali e disciplina legale*, in *RGL*, 2021, 757 ss.
- Mancini F., *Sub art. 17*, in G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi, e U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori, Artt. 14-18*, 2° ed., Zanichelli-Il Foro Italiano, 1981.
- Marrone M., *Rights against the machine! Il lavoro digitale e le lotte dei riders*, Mimesis, 2021.
- Martelloni F., *CCNL Assodelivery - UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 22.10.2020.
- Martelloni F., *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, in *RIDL*, 2020, I, 399 ss.
- Martelloni F., *Un giudice disarmato "i cavalieri della pandemia": niente condotta antisindacale per le piattaforme di food-delivery*, in *RIDL*, 2021, II, 136 ss.
- Martelloni F., *Art. 28 St. lav. e rito antidiscriminatorio: il sindacato chiama le piattaforme di food-delivery a rispondere della discriminazione per motivi sindacali*, in *RGL*, 2021, 4, in corso di pubblicazione.
- Nuzzo V., *I confini delle tutele lavoristiche, oggi*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1, 73 ss.
- Pacella G., *Le piattaforme di food delivery in Italia: un'indagine sulla nascita delle relazioni industriali nel settore*, in *LLI*, 2019, 5, 2, 179 ss.

- Pacella G., *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea*, in *LLI*, 2020, 6, 1, 16 ss.
- Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione. Riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *RIDL*, 1984, n. 3, I, 506 ss.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e prestazioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu - C. Messineo, continuato da L. Mengoni, Vol. XXVII, t. 1, Giuffrè, 1996, spec. 220 s.
- Perulli A., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.
- Pessi R., *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2017.
- Razzolini O., *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, F. Angeli, 2018.
- Razzolini O., *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *DRI*, 2020, 2, 345-380.
- Razzolini O., *Riders, condotta antisindacale e ruolo del sindacato: il processo come strumento di rilancio dell'azione sindacale nella gig economy*, in *GC.com*, 13.9.2021.
- Recchia G. A., *La "bella giovinezza" dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, in O. Razzolini - S. Varva - M. Vitaletti (a cura di) *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, *GC.com*, 2020, 102 ss.
- Santoro Passarelli G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 c.p.c.*, in *WP CSDLE*, It., n. 328/2017.
- Serra C., *Sulla repressione della condotta antisindacale oltre il perimetro della subordinazione*, in *Labor*, 2021, 3, 333 ss.
- Torsello L., *La persistente attualità dell'art. 28, St. Lav.*, in *dirittolavorovariazioni.com*, 2017, 3.
- Tosi P., *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, n. 6, 2015, 1130 ss.
- Treu T., *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Giuffrè, 1974.
- Treu T., *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, in *LD*, 2018, 10 ss.
- Tullini P., *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018.
- Vaccarella R., *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Franco Angeli, 1977.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

## **Controlli difensivi e tutela dei dati del lavoratore: il nuovo punto della Cassazione**

**CARLO COLAPIETRO**

Università degli studi Roma Tre

**ANDREA GIUBILEI**

Università degli studi Roma Tre

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



## **Controlli difensivi e tutela dei dati del lavoratore: il nuovo punto della Cassazione**

**CARLO COLAPIETRO**

Università degli Studi Roma Tre  
Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico  
carlo.colapietro@uniroma3.it

**ANDREA GIUBILEI**

Università degli Studi Roma Tre  
Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico  
andrea.giubilei@uniroma3.it

---

### ABSTRACT

---

This essay analyzes one of the latest and most important decisions of the Italian Supreme Court on workplace controls. The judgment makes it possible to overcome the doubts that still exist on the possibility for the employer to use the information collected through new means for exercising remote control over the worker for disciplinary purposes.

In fact, technological progress ensures to use very invasive tools for the worker's privacy, capable of carrying out an obscure control, where it is difficult to distinguish between information on work activity and information on the employee's personal life. An example is precisely the one on which the sentence of the Supreme Court focuses: the control of data on the worker's internet browsing, carried out on the computer made available by the company.

In the essay, the authors focus on the compatibility of such checks with the guarantees provided for by art. 4 of the law n. 300 of 1970, adopting an approach focused on protecting the dignity and privacy of the worker.

**Keywords:** employer's monitoring powers; privacy; employee's dignity; new technologies; working tools.

[https://doi.org/ 10.6092/issn.2421-2695/14118](https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14118)

---

## Controlli difensivi e tutela dei dati del lavoratore: il nuovo punto della Cassazione (\*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'utilizzo a fini disciplinari dei dati sulle attività informatiche del lavoratore: la questione sottoposta alla Cassazione. – 2.1. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale dei controlli difensivi. – 3. Le condizioni di legittimità per l'utilizzo dei dati informatici del lavoratore individuate dalla Cassazione. 4. – Considerazioni conclusive: un bilanciamento a favore della dignità e della riservatezza del lavoratore.

### 1. Premessa

Con la sentenza 22 settembre 2021, n. 25732, la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi di uno dei bilanciamenti più delicati che si riscontrano nell'ambito del contesto lavorativo. Si tratta dell'ipotesi che vede potenzialmente contrapposti, da una parte, i poteri del datore di lavoro per monitorare e, conseguentemente, proteggere la propria attività d'impresa e, dall'altra, la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore <sup>(1)</sup>. Con la decisione in esame, infatti, la Cassazione si è pronunciata sulla legittimità del controllo dei dati informatici effettuato dal datore di lavoro sugli strumenti forniti al lavoratore e

---

(\*) Il presente lavoro è frutto della riflessione comune e della collaborazione dei due Autori, tuttavia, i paragrafi 1, 3 e 4 sono stati redatti da Carlo Colapietro ed i paragrafi 2 e 2.1 da Andrea Giubilei.

(<sup>1</sup>) Non vi è dubbio che il contesto lavorativo rappresenti una delle principali “formazioni sociali” in cui l'individuo svolge la propria personalità – per richiamare quanto disposto dall'art. 2 Cost. – e in cui esso risulta titolare di diritti in una dimensione relazionale, in cui si trova, in primo luogo, il datore di lavoro. Ed è proprio all'interno di tale dimensione, dal contatto con gli altri, che possono derivare le minacce più insidiose alla propria sfera della personalità, imponendo un bilanciamento tra diritti o interessi potenzialmente contrapposti. Come si vedrà, nel caso in esame, su un piatto della bilancia si trovano i poteri datoriali, sull'altro la riservatezza del lavoratore, che rischia quotidianamente di essere mortificata dalle diverse forme di controllo esercitate dal datore di lavoro. Si rende allora indispensabile la ricerca di un punto di equilibrio, di un ragionevole bilanciamento, tra l'interesse del datore all'esercizio di un proprio potere di controllo ed «i valori di riservatezza e dignità di chi implica in qualche misura nella prestazione lavorativa la propria persona»: così R. De Luca Tamajo, *I controlli sui lavoratori*, in G. Zilio Grandi (a cura di), *I poteri del datore di lavoro nell'impresa. Atti del Convegno di studi (Venezia, 12 aprile 2002)*, Cedam, 2002, 27. Più in generale, sulla riservatezza quale presupposto, non solo per coltivare il proprio privato, ma anche la pienezza della propria sfera pubblica, si veda S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, RCDP, 1997, 601 s.

sull'utilizzabilità di tali dati a fini disciplinari <sup>(2)</sup>. In questo modo, la Suprema Corte ha ridefinito i confini dei “controlli difensivi” e individuato le condizioni per la loro compatibilità con l'attuale assetto normativo, delineato, *in primis*, dall'art. 4 della l. n. 300 del 1970 (per come modificato a seguito dei più recenti interventi legislativi) e dal d.lgs. n. 196 del 2003 (c.d. Codice *privacy*).

Com'è noto, questa tipologia di controlli è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 4 dello Statuto dei lavoratori <sup>(3)</sup>, che disciplina l'utilizzo di «Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo» <sup>(4)</sup> nell'ambito dell'attività lavorativa, a partire dai più “classici” impianti di video registrazione, fino ai nuovi strumenti dell'*information end communications technology* che consentono un controllo costante e pervasivo della vita dal lavoratore <sup>(5)</sup>.

A tal riguardo, può immaginarsi anzitutto l'ipotesi del controllo del lavoratore fine a sé stesso, fattispecie che – da sempre – si considera in ogni caso vietata. Il problema, tuttavia, si pone per quelle forme di monitoraggio che, sebbene siano astrattamente predisposte per esigenze organizzative e produttive, o per garantire la sicurezza sul luogo di lavoro, implicino indirettamente il controllo dell'attività dei lavoratori. Il legislatore del 1970 ha

---

<sup>(2)</sup> Sul punto si veda, per tutti, P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017.

<sup>(3)</sup> Sull'evoluzione giurisprudenziale in materia di controlli difensivi si tornerà più approfonditamente *infra*, § 2.1.

<sup>(4)</sup> Tale rubrica originariamente faceva riferimento ai soli «Impianti audiovisivi» e, successivamente, è stata ampliata includendo anche «[...] altri strumenti di controllo» ad opera dell'art. 23, d.lgs. n. 151 del 2015 (nell'ambito della più ampia riforma del c.d. *Jobs Act*). A ben vedere, tale ampliamento si è reso necessario a fronte dell'introduzione di nuovi e più sofisticati mezzi – anche tra quelli dati in uso al lavoratore – che consentono il monitoraggio dell'attività lavorativa: sul punto, cfr. E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, *DRI*, 2015, 4, 988 ss.; P. Tullini, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in Id. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 6-9; ed R. Di Meo, *Tecnologie e poteri datoriali: commento a margine del c.d. braccialetto Amazon*, *LLI*, 2018, IV, 1, 3 ss.

<sup>(5)</sup> Si pensi, ad esempio, al controllo che il datore di lavoro può effettuare sui *social network* del dipendente, «che permettono di individuare da quale luogo e in quale fascia oraria l'utente è connesso, consentono di incamerare tracce, indizi e di procurarsi prove dell'adempimento o dell'inadempimento del lavoratore», indipendentemente dal fatto che la persona si serva di un *device* di proprietà aziendale: così A. Ingraio, *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, *LLI*, 2016, II, 1, 105 ss., spec. 108. Ma si pensi, per fare un diverso esempio, all'ipotesi analizzata da R. Di Meo, *op. ult. cit.*, 11 ss., che approfondisce il tema del braccialetto elettronico che Amazon utilizza per monitorare le attività dei propri dipendenti. Tale strumento – evidenzia l'Autrice – giunge fino a «far capire all'azienda dove sono le mani del dipendente»; consente di geolocalizzarlo e, tramite un conto alla rovescia, «gli fornisce il tempo massimo per raggiungere la postazione del prossimo prodotto da prendere dagli scaffali»; o, ancora, «fornisce il tempo massimo della pausa» che l'azienda ha stabilito a seconda della tipologia di esigenza indicata dal lavoratore». La medesima vicenda è analizzata anche da A. Ingraio, *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, *DRI*, 2019, 3, 895 ss.

imposto, per simili circostanze, la necessaria conclusione di un accordo preventivo con le rappresentanze sindacali aziendali (o con l'Ispettorato del lavoro) e il rispetto dei conseguenti obblighi informativi, quali condizioni per l'installazione e l'uso legittimo delle apparecchiature in questione.

Tuttavia, sotto la vigenza dell'originaria formulazione dell'art. 4, la giurisprudenza di legittimità aveva escluso l'applicabilità di tali limiti e condizioni qualora i controlli a distanza fossero volti a monitorare comportamenti illeciti del lavoratore per tutelare il patrimonio aziendale, elaborando – per l'appunto – la categoria dei cc.dd. “controlli difensivi” (6).

Sul punto, è poi intervenuto il legislatore, che, con l'art. 23 del d.lgs. n. 151 del 2015, ha modificato l'art. 4 dello Statuto includendo espressamente le finalità di tutela del patrimonio aziendale tra le ipotesi che impongono la previa autorizzazione degli impianti (7). Tale intervento normativo è risultato particolarmente divisivo, tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza, poiché ha posto un interrogativo sulla possibile permanenza di una categoria di controlli a distanza che potesse essere legittimamente effettuata in deroga alle condizioni previste dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori (8).

Proprio con la citata sentenza n. 25732 del 2021, che qui si commenta, la Cassazione ha fatto chiarezza su questo nodo ancora in parte irrisolto, individuando, non solo le forme di controllo che possono ancora collocarsi al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, ma soprattutto le condizioni affinché le informazioni ottenute risultino legittimamente utilizzabili a fini disciplinari.

Sin d'ora può anticiparsi come la decisione in esame abbia il merito di aver posto al centro la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore, che oggi risulta sempre più vulnerabile. Infatti, nell'evoluzione dei modelli produttivi e organizzativi dell'impresa, la diffusione su larga scala delle moderne tecnologie informatiche ha attribuito al potere di controllo del datore di lavoro contorni

---

(6) In tal senso, si segnala, sin d'ora, Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, con commenti di R. Staiano, *In tema di apparecchiature di controllo a distanza*, *DI*, 2008, 1, 31 ss. e A. Bellavista, *Controlli a distanza e necessità del rispetto della procedura di cui al co. 2 dell'art. 4 Stat. Lav.*, *RIDL*, 2008, 2, 794 ss.

(7) Attualmente, infatti, l'art. 4, co. 1, l. n. 300/1970 dispone: «gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali» (corsivi aggiunti).

(8) Cfr. M. Marazza, *I controlli a distanza del lavoratore di natura “difensiva”*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017, 27 ss.

nuovi. «La trasformazione digitale ha, infatti, contribuito in larga misura a raffinare le tecniche di sorveglianza sui dipendenti» <sup>(9)</sup>. Ormai vi è un ventaglio tecnologico ampio e in continua evoluzione, capace di realizzare forme di monitoraggio del lavoratore subordinato sempre più penetranti e insidiose rispetto al modello classico del controllo “in presenza”. In principio, infatti, il controllo datoriale poteva avvenire quasi esclusivamente all’interno dell’azienda, ad esempio con l’installazione di impianti di ripresa audiovisiva o con il monitoraggio dei flussi telefonici. Ma il controllo è ormai diventato costante, capillare, pervasivo, indiscriminato e, soprattutto, è diventato delocalizzato e, quindi, oscuro <sup>(10)</sup>. Basti pensare alla possibilità – astratta – di controllare le mail in entrata e uscita, o anche la messaggistica, del lavoratore; di monitorare la navigazione sul *web*; di aprire file archiviati su disco (dai documenti ai file multimediali); di seguire la posizione geografica del dipendente tramite GPS (ad esempio nelle vetture aziendali); o, addirittura, di interagire con i *social network* dei propri dipendenti <sup>(11)</sup>. Tutti strumenti da cui è possibile trarre informazioni rientranti, non solo nella sfera *lavorativa*, ma anche in quella *personale* del dipendente.

Questa invasività del controllo e soprattutto la sua natura occulta e remota comprimono fortemente i diritti del lavoratore. Il rischio di una indebita

---

<sup>(9)</sup> Così A. Ingrao, *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, cit., 895 s., che prosegue osservando come «qualsiasi *device* permette di visualizzare con un’indagine retrospettiva ben distinte categorie di dati, prescelti in base all’orario, al contenuto, al luogo di immagazzinamento e così via. Così ciascun dispositivo costituisce una miniera d’informazioni, attinenti alla sfera sia lavorativa sia personale, la cui conservazione nel tempo e nello spazio può costituire un pericolo per il lavoratore».

<sup>(10)</sup> Cfr. G. Ziccardi, *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, LLI, 2016, II, 1, 48 ss., il quale osserva come si sia passati da un controllo classico «in puro stile orwelliano» ad un «controllo di tipo kafkiano, estremamente frammentato, complesso, labirintico, oscuro e burocratizzato, composto da dati che si incrociano – lavorativi e privati – e da problemi tecnici difficilmente comprensibili per il lavoratore [...]».

<sup>(11)</sup> Sul controllo dei *social network* del lavoratore, si vedano, tra tutti, A. Ingrao, *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, cit., 105 ss., M. Forlivesi, *Il controllo della vita del lavoratore attraverso i social network*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 37 ss., ed E. Dagnino, *Controlli social dei lavoratori: un’interessante pronuncia della Cassazione*, DRI, 2015, 3, 833 ss. Quest’ultimo – a commento di Cass. 27 maggio 2015, n. 10955 – analizza una vicenda particolarmente rappresentativa della pervasività e oscurità che possono caratterizzare alcuni controlli datoriali oggi. In detta occasione, infatti, un’azienda aveva autorizzato il proprio responsabile delle risorse umane a creare un profilo falso su un *social network*, utilizzato anche da un proprio dipendente, per dialogare con quest’ultimo e verificare, così, l’uso del dispositivo mobile personale durante l’orario di lavoro. È interessante constatare come la Suprema Corte abbia incluso una simile operazione nell’alveo dei controlli difensivi, riconoscendo la legittimità del comportamento attuato dalla società.

invasione della propria sfera intima, al di fuori del contesto lavorativo, potrebbe dissuadere l'individuo dal compiere quelle scelte esistenziali attraverso le quali esercita il proprio diritto all'autodeterminazione<sup>(12)</sup>. Ed è per questo che un'adeguata protezione della sua riservatezza, *anche* nel luogo di lavoro, può rappresentare la garanzia “presupposto” dell'esercizio di molti altri diritti fondamentali<sup>(13)</sup>.

## 2. L'utilizzo a fini disciplinari dei dati sulle attività informatiche del lavoratore: la questione sottoposta alla Cassazione

La decisione in esame trae origine dal ricorso di una lavoratrice sanzionata con licenziamento per giusta causa a seguito di alcuni accertamenti effettuati dalla Fondazione per cui prestava la propria attività lavorativa. I controlli erano stati giustificati dalla diffusione di un *virus* nella rete locale, effettivamente risultato correlato ad un *file* rinvenuto nel computer aziendale in uso alla lavoratrice che, dai suoi *download*, aveva iniziato a propagarsi nella rete della Fondazione, criptando file all'interno di vari dischi di rete, rendendoli illeggibili e inutilizzabili. Secondo quanto emerge dalla sentenza, in occasione dei controlli effettuati dall'amministrazione del sistema informatico, «venivano in rilievo numerosi accessi – da parte della lavoratrice – a siti che all'evidenza erano stati visitati per ragioni private, per un tempo lungo, tale da integrare una sostanziale interruzione della prestazione lavorativa»<sup>(14)</sup>.

A ben vedere, tali circostanze sono riconducibili ad alcuni dei controlli più pervasivi e lesivi della sfera personale del lavoratore, vale a dire quelli del computer in uso (anche se appartenente all'azienda), della posta elettronica, della

---

<sup>(12)</sup> Questa considerazione trova le sue radici nella nota decisione della Corte costituzionale federale tedesca sull'autodeterminazione informativa, la nota *Volkszählungsurteil* o “sentenza sul censimento” (*Bundesverfassungsgericht*, 15 dicembre 1983, 1BvR 209/83). Secondo la Corte tedesca, il timore circa la possibilità che comportamenti anomali vengano ogni volta annotati e schedati, con la possibilità di una successiva trasmissione od uso, porta necessariamente a due conseguenze: o quella di nascondere tali atteggiamenti, o quella di rinunciare ad essi. In questo modo, però, come è evidente, vi è un enorme pregiudizio delle possibilità di espressione e di libertà. Per un approfondimento su tale decisione, si veda G. Sartor, *Tutela della personalità e normativa per la “protezione dei dati”. La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del Datenschutz*, ID, 1986, XII, 3, 95 ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. sul punto M. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003, 36. Per un approfondimento, sia consentito un rinvio a C. Colapietro, *Tutela della dignità e riservatezza del lavoratore nell'uso delle tecnologie digitali per finalità di lavoro*, GDLRI, 2017, 155, 439 ss., spec. 451.

<sup>(14)</sup> Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, par. 2 dei *Fatti di causa*.

cronologia di internet: «strumenti che non distinguono, e non separano, attività lavorativa da attività personale, e che possono intercettare ogni azione (anche, ad esempio, eventuali e-mail personali presenti sul computer fornito dal datore di lavoro)»<sup>(15)</sup>. Si tratta di contesti in cui è assai facile che i dati privati dell'utente-lavoratore possano intrecciarsi con quelli attinenti all'attività lavorativa, consentendo (potenzialmente) al datore di lavoro di adottare criteri di differenziazione del trattamento giuridico del lavoratore a carattere illecito e discriminatorio o, come nel caso di specie, di utilizzare i risultati del controllo a fini disciplinari.

Solo tramite l'analisi delle attività informatiche e telematiche della lavoratrice, infatti, la Fondazione ha potuto contestarle – oltre ai danni causati all'azienda per l'indisponibilità della rete – l'utilizzo «a soli fini privati» dei mezzi informatici messi a disposizione e la sostanziale interruzione dell'attività lavorativa, visti tempi e quantità di navigazione «per fini privati». A ben vedere, quindi, lo stesso datore di lavoro ha avuto la consapevolezza della natura delle informazioni raccolte. D'altronde, l'analisi della cronologia o, in generale, dell'attività svolta sul *web* rappresenta un tipo di controllo che implica strutturalmente la necessità di conoscere i fini per i quali è stata utilizzata la rete. È evidente, allora, che ciò consentirà al datore di lavoro di avere accesso, anche solo indirettamente o non intenzionalmente, a una mole significativa di informazioni attinenti alla sfera più intima della persona<sup>(16)</sup>. Per di più – e come

---

<sup>(15)</sup> Così G. Ziccardi, *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, cit., 57. In tal senso, si vedano, altresì, M. Del Conte, *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, *DI*, 2007, 3, 497 ss. ed A. Sitzia, *Personal computer e controlli "tecnologici" del datore di lavoro nella giurisprudenza*, *ADL*, 2017, 3, 804 ss.

<sup>(16)</sup> Cfr. G. Ziccardi, *op. ult. cit.*, 55 ss., spec. 57, il quale evidenzia come la tipologia di controllo in esame operi «a strascico», «carpendo tutti i dati e lasciando al controllore il compito di separare le informazioni, e in maniera indiscriminata». L'Autore prende in considerazione proprio alcune delle ipotesi venute in rilievo nella fattispecie in esame, tra cui il controllo del computer aziendale e/o delle attività in rete di un dispositivo fisso o mobile, evidenziando come, molto spesso, il dispositivo sia «preparato» e programmato dal datore di lavoro e dai suoi tecnici e fornito al lavoratore, cui non sono lasciate possibilità di disattivazione degli strumenti di controllo o di modifiche ulteriori al dispositivo (ad esempio: per cancellare alcune tracce). Sul punto, può considerarsi quanto prospettato da E.O. Policella, *Il monitoraggio elettronico dei dipendenti per scopi difensivi*, *DI*, 2007, 1, 83 ss., che, richiamando i suggerimenti elaborati dal Gruppo dei Garanti europei nel «Documento di lavoro riguardante la vigilanza sulle comunicazioni elettroniche sul posto di lavoro» (29 maggio 2002 - WP 55), evidenzia come risulti senz'altro più opportuno assicurare l'utilizzo di dispositivi di *blocco* e non di *controllo*. Ci si riferisce, in particolare, all'utilizzo di «software che bloccano l'accesso dei siti al fine di prevenire eventuali abusi del dipendente nonché rilasciare agli utenti, in caso di richiesta di accesso a siti bloccati dall'azienda, un'avvertenza automatica». Il documento di lavoro WP

si vedrà questo rappresenta un aspetto centrale – anche relative a momenti antecedenti a quello in cui è sorta l'esigenza di effettuare il controllo, in cui il soggetto era inevitabilmente inconsapevole e non adeguatamente informato circa la vulnerabilità dei propri dati personali.

Simili circostanze pongono «un lacerante dilemma circa i confini del diritto alla riservatezza garantito ai lavoratori dal nostro ordinamento»<sup>(17)</sup>. Non a caso, nella vicenda in esame, la dipendente si era rivolta anzitutto all'Autorità Garante per la protezione dei dati personali con ricorso presentato ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. n. 196 del 2003<sup>(18)</sup>. Il Garante aveva ordinato alla Fondazione di astenersi dall'effettuare qualsiasi ulteriore trattamento dei dati acquisiti dalla cronologia dei *browser* utilizzati dalla ricorrente, eccettuata la mera conservazione degli stessi ai fini della loro eventuale acquisizione da parte giudiziaria. Così, successivamente, il Tribunale adito in sede di opposizione aveva ritenuto che la delibera del Garante *privacy* non ostava all'utilizzazione nel processo dei dati estratti dal computer aziendale e che la loro acquisizione non si era risolta in un controllo a distanza vietato dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori. I controlli, infatti, erano rivolti più che altro a bonificare il sistema

---

55/2002 è disponibile sul sito istituzionale del Garante *privacy*: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1609517>.

<sup>(17)</sup> Così A. Sitzia, *Il diritto alla privacy nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, 2013, 139.

<sup>(18)</sup> Nella direzione di assicurare la piena applicazione della disciplina a tutela dei dati personali nell'ambito dei rapporti di lavoro vanno numerosi interventi del Garante e, in particolare, le «Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati» (delib. 23 novembre 2006, n. 53, in [www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1364939](http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1364939)), nonché le «Linee guida per l'utilizzo di internet e della posta elettronica nei posti di lavoro» (delib. 1° marzo 2007, n. 13, in [www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1387522](http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1387522)).

Entrambi i provvedimenti muovono dal presupposto che le informazioni relative all'attività dei lavoratori devono essere raccolte ed eventualmente utilizzate dal datore di lavoro nel rispetto delle disposizioni previste dal d.lgs. n. 196 del 2003 e, soprattutto, che le stesse possono riguardare, non solo l'attività lavorativa, ma anche la sfera intima e privata del lavoratore o di soggetti terzi: da ciò l'esigenza di garantire che il trattamento di tali dati personali si svolga nel rispetto della riservatezza e della dignità degli interessati (art. 2, d.lgs. n. 196 del 2003). Per un'analisi sui contenuti delle linee guida del Garante si vedano I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, LLI, 2016, II, 1, 3 ss., spec. 31 ss.; M. Del Conte, *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, cit., 497 ss.; G. Finocchiaro, *Limiti posti dal Codice in materia di protezione dei dati personali al controllo del datore di lavoro*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 51 ss., spec. 56 s.; P. Tullini, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, RIDL, 2009, 3, 323 ss.

informatico dal *virus* e non a sorvegliare l'adempimento della prestazione lavorativa della dipendente.

Anche la Corte d'appello di Roma – investita del reclamo della Fondazione, avendo il Tribunale accordato alla lavoratrice la tutela reintegratoria – non si è discostata da simili valutazioni. Tuttavia, a differenza del Tribunale, aveva ritenuto la sanzione inflitta proporzionata alla condotta della dipendente, poiché i numerosi accessi ad internet di natura ludica e privata (e, quindi, per fini personali) avrebbero frammentato indebitamente la prestazione lavorativa, resa in maniera discontinua.

Sulla base delle argomentazioni contenute in tale decisione, la dipendente ha deciso di rivolgersi alla Corte di Cassazione, lamentando anzitutto l'illegittimità dell'utilizzo a fini disciplinari delle informazioni raccolte<sup>(19)</sup>. In particolare, essa ritiene che la mancanza di un'adeguata informazione sulle modalità di effettuazione dei controlli non consentirebbe al datore di lavoro di fondare la propria sanzione disciplinare su simili dati. Secondo la ricorrente, infatti, la loro inutilizzabilità si estenderebbe fino al piano della prova dell'illecito, che ne risulterebbe illegittimamente raccolta.

Come evidenziato dalla stessa Corte di Cassazione, tali aspetti risultano di «indubbio rilievo nomofilattico»<sup>(20)</sup>, proprio perché consentono l'adozione di una pronuncia sulla compatibilità dei cc.dd. “controlli difensivi” con l'attuale tessuto normativo.

## **2.1. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale dei controlli difensivi**

Come anticipato, il tema dei “controlli difensivi” si fonda sulla necessità di bilanciare adeguatamente due interessi contrapposti, ma parimenti bisognosi di riconoscimento e protezione. Da una parte vi è il diritto del datore di lavoro di tutelare il proprio patrimonio e la propria attività imprenditoriale, funzionalmente collegata, in maniera diretta, con il lavoro svolto dai propri dipendenti. Dall'altra vi è il rispetto dei valori di riservatezza e dignità di chi implica la propria persona nella prestazione lavorativa.

---

<sup>(19)</sup> Si tratta dell'unico motivo di ricorso su cui la Cassazione deciderà di concentrarsi ai fini della decisione, ritenendo assorbiti i successivi (relativi, più che altro, alla corretta applicazione della disciplina del licenziamento o ad aspetti procedurali). Per tale ragione, nel presente scritto, ci si concentrerà esclusivamente sul primo motivo di ricorso.

<sup>(20)</sup> Così Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, par. 8 delle *Ragioni della decisione*.

Non vi è dubbio che anche l'attività imprenditoriale rappresenti un interesse di importanza primaria nel nostro ordinamento, in quanto tale ampiamente tutelato dalla Costituzione. Di certo viene in rilievo, anzitutto, il riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.; ma il potere di controllo del datore di lavoro potrebbe essere diretto anche alla tutela di altri diritti fondamentali: i *devices* elettronici, come il computer, potrebbero costituire strumenti per la commissione di reati informatici, per i quali è prevista (anche) la responsabilità degli enti collettivi, con il conseguente onere del datore di lavoro di predisporre adeguati strumenti di prevenzione; o, ancora, un uso scorretto delle attrezzature informatiche da parte dei dipendenti potrebbe dar luogo a comportamenti lesivi della sfera personale e morale di altri lavoratori, come nel caso di *mobbing*, molestie o *stalking* e, anche in questo caso, si potrebbe concretizzare una responsabilità del datore di lavoro per non aver impedito il fatto.

Sono tutti esempi di quanto sia delicato e complesso contemperare le esigenze di controllo datoriale con il rispetto della *privacy* del singolo. Un bilanciamento, quest'ultimo, richiesto anzitutto dallo stesso art. 41 Cost., che, se riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata, allo stesso tempo impone che essa non si svolga in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana <sup>(21)</sup>.

Sulla base di tali premesse, il legislatore ha indicato nell'art. 4 della legge n. 300 del 1970 la direttrice regolativa della materia <sup>(22)</sup>. La sua originaria formulazione prevedeva, anzitutto, un divieto assoluto di utilizzazione di impianti audiovisivi o di altre apparecchiature per il controllo dell'attività del

---

<sup>(21)</sup> In questo modo, il Costituente ha voluto escludere che i valori inerenti alla dignità del lavoratore venissero coinvolti nell'esplicazione del rapporto di lavoro. Così, con l'approvazione della l. 300/1970, il legislatore ha dato attuazione a questo disegno costituzionale, perseguendo l'idea-madre secondo cui «l'organizzazione deve modellarsi sull'uomo e non viceversa»: così L. Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, 379 e 400, ed Id., *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in Aa. Vv. (a cura di), *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Giuffrè, 1973, 17 ss.

<sup>(22)</sup> Cfr. A. Levi, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, 2013, 11, che rileva l'acuta percezione, da parte del legislatore dello Statuto, delle enormi potenzialità lesive del controllo a distanza dell'attività lavorativa attraverso le più svariate apparecchiature, che «per sua natura è perdurante, continuativo, subdolo». Difatti, come messo in luce dall'Autore, la libertà, la dignità e la personalità morale del lavoratore risulterebbero lese mediante un controllo continuativo sull'attività lavorativa da parte dell'imprenditore, la cui iniziativa economica privata è addirittura costituzionalmente vincolata, ai sensi dell'art. 41, co. 2, Cost., al rispetto del limite della dignità umana (oltre che della libertà e della sicurezza). Tali aspetti sono stati oggetto di approfondimento già in C. Colapietro, *Digitalizzazione del lavoro e tutela della riservatezza della persona*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi di tutela*, Giappichelli, 2017, 21 ss., spec. 27 ss.

lavoratore fine a sé stesso. In questo modo si voleva limitare l'esercizio del potere organizzativo e direttivo dell'imprenditore, nella misura in cui le relative modalità potessero incidere negativamente sulla sfera intima della persona.

Il secondo comma dell'articolo 4 consentiva, tuttavia, di installare strumenti di controllo dell'attività lavorativa a due condizioni: *a)* dovevano esservi esigenze organizzative, produttive o di sicurezza sul lavoro tali da giustificare l'installazione di un meccanismo audiovisivo di monitoraggio; *b)* era necessario un accordo preventivo con le rappresentanze sindacali (o con l'Ispettorato del lavoro). In questo modo, il secondo comma rendeva possibili – circondandoli di garanzie procedurali – i cosiddetti “controlli preterintenzionali”, cioè quei controlli che il datore di lavoro esercita per esigenze organizzative e produttive o per assicurare la sicurezza del lavoro, ma dai quali può derivare, come conseguenza accidentale, la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori <sup>(23)</sup>.

Fattispecie diversa da quella in esame è, invece, quella dei controlli difensivi <sup>(24)</sup>. Come anticipato, è stata la giurisprudenza a farsi carico del corretto inquadramento di tali controlli a distanza, funzionali alla tutela del patrimonio aziendale e aventi ad oggetto comportamenti illeciti del lavoratore, ipotesi operante al di fuori del perimetro della previgente formulazione dell'art. 4 dello Statuto. Secondo tale orientamento giurisprudenziale, questo tipo di controlli era dunque escluso dalle garanzie ivi previste, in particolare dalla procedura

---

<sup>(23)</sup> Come, d'altronde, si evince dalla lettera della precedente formulazione dell'art. 4 dello Statuto, che si riferiva a impianti e strumenti richiesti da esigenze organizzative e produttive o per assicurare la sicurezza sul lavoro «dai quali derivi *anche* la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori» (corsivo aggiunto).

<sup>(24)</sup> Tale tipologia di controlli realizzati in ambito lavorativo è da tempo oggetto di attenta analisi da parte della dottrina, che si è concentrata anche sulla sorte dei controlli difensivi a seguito della modifica legislativa intervenuta nel 2015. Tra tutti, si vedano I. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, cit., 3 ss.; L. Cairo, *Controlli a distanza: passato e presente di un tema ancora controverso*, LG, 2018, 2, 147 ss.; M.T. Carinci, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D.Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, LLI, 2016, II, 1, III ss.; C. Coscia, *Le modifiche all'art. 4 Stat. lav.: dignità e riservatezza del lavoratore continuano a prevalere sulla tutela del patrimonio aziendale*, DPP, 2018, 7, 871 ss.; R. Del Punta, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, RIDL, 2016, 1, 77 ss.; A. Ingraio, *Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs Act*, RIDL, 2017, 1, 46 ss.; A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017, 1 ss.; G. Proia, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, RIDL, 2016, 4, 547 ss.; A. Sitzia, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. lav. e il consenso del lavoratore*, LLI, 2016, II, 1, 83 ss.; A. Trojsi, *Al cuore del nuovo art. 4, co. 2, St. lav.: la delimitazione della fattispecie degli «strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa»*, RIDL, 2017, 2, 317 ss.; P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, cit., *passim*.

negoziale e dalle autorizzazioni sindacali richieste dal secondo comma. Alla luce di questa interpretazione, la riservatezza del dipendente doveva essere controbilanciata e, quindi, poteva considerarsi recessiva, a fronte dell'esigenza di prevenire la commissione di illeciti <sup>(25)</sup>.

In tal senso, può considerarsi la sentenza 3 aprile 2002, n. 4746, con cui la Cassazione ha affermato che, ai fini dell'operatività del divieto di cui all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, «è necessario che il controllo riguardi (direttamente o indirettamente) l'attività lavorativa, mentre devono ritenersi certamente fuori dell'ambito di applicazione della norma sopra citata i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore (cosiddetti controlli difensivi), quali, ad esempio, [...] gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate» <sup>(26)</sup>.

Sulla base di queste circostanze, nel tempo, la giurisprudenza si è occupata di individuare ulteriori condizioni per ritenere legittimi i controlli difensivi. Anzitutto, si riteneva presupposto necessario che i controlli fossero stati disposti *ex post*, vale a dire in un momento successivo al verificarsi del comportamento illecito attribuito al dipendente, in modo da evitare che l'attività di controllo risultasse, in realtà, un mero monitoraggio sull'esecuzione della prestazione lavorativa svolta <sup>(27)</sup>. In secondo luogo, era stata individuata, quale ulteriore condizione per l'esercizio dei controlli difensivi, la circostanza secondo cui gli illeciti da accertare dovevano essere lesivi del patrimonio o dell'immagine aziendale <sup>(28)</sup>.

Proprio quest'ultimo aspetto risulta tra gli elementi centrali dell'intervento legislativo con cui il Governo – nell'ambito della più ampia

---

<sup>(25)</sup> Per il corretto inquadramento dei comportamenti rientranti o meno nell'ambito dell'art. 4, St. Lav., si veda Cass. 17 luglio 2007, n. 15892. In tale occasione, la Corte ribadisce il principio secondo cui l'esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti non possa assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore. Tale esigenza, infatti, non consente di espungere dalla fattispecie di cui all'art. 4 i casi dei cc.dd. controlli difensivi «ossia di quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori quando tali comportamenti riguardino [...] l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso ove la sorveglianza venga attuata mediante strumenti che presentano quei requisiti strutturali e quelle potenzialità lesive, la cui utilizzazione è subordinata al previo accordo con il sindacato o all'intervento dell'Ispettorato del lavoro». A ben vedere, quindi, i controlli attuati per far fronte a comportamenti illeciti del lavoratore possono prescindere dalle condizioni di cui all'art. 4 dello Statuto solo qualora gli illeciti abbiano ad oggetto «beni estranei» al rapporto di lavoro.

<sup>(26)</sup> Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, in *Mass. Giur. it.*, 2002. In tal senso, più recentemente, cfr. Cass. 28 maggio 2018, n. 13266 (ordinanza relativa ad una vicenda in cui risultava applicabile ancora la precedente formulazione dell'art. 4, St. lav.).

<sup>(27)</sup> Cfr. Cass. 5 ottobre 2016, n. 19922.

<sup>(28)</sup> Cfr. Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722.

riforma attuata tramite il *Jobs Act* – ha aggiornato la disciplina dei controlli di cui all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, con l'art. 23 del d.lgs. n. 151 del 2015 (in attuazione della legge di delega n. 183 del 2014). Nella sua attuale formulazione, l'art. 4 non contempla più espressamente il divieto assoluto di utilizzare impianti audiovisivi o altre apparecchiature elettroniche per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori <sup>(29)</sup>. Questo solo perché si afferma implicitamente la regola secondo cui il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori (fine a sé stesso) non è legittimo se non risulta sorretto dalle esigenze indicate dallo stesso art. 4 dello Statuto.

Oltre a ciò, il legislatore ha stabilito che per l'utilizzo degli strumenti che servono al lavoratore per rendere la prestazione lavorativa (come computer, *tablet* e cellulari) e per l'installazione di strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze (*badge*) non è necessaria la procedura di accordo sindacale o di autorizzazione <sup>(30)</sup>. Su questo punto, tuttavia, il Ministero del Lavoro ha subito precisato che, se i suddetti *devices* vengono modificati con apposite funzionalità

---

<sup>(29)</sup> Sul punto, si veda A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, cit., 4 ss., il quale osserva come, pur in mancanza di una disposizione analoga a quella presente nell'originaria versione dell'art. 4, co. 1, il testo attuale comunque vieti al datore di lavoro di avvalersi di strumenti tecnologici per controllare a distanza la prestazione del dipendente. Questo perché – osserva l'Autore – la norma ammette i controlli esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza sul lavoro e per tutelare il patrimonio aziendale. Dunque, per converso, i controlli devono considerarsi «vietati in ogni altro e diverso caso». Sul punto, l'Autore conclude osservando come il mantenimento del divieto in questione e, quindi, l'esclusione di un ampliamento tecnologico del potere di controllo del datore di lavoro devono essere ricondotte e motivate «con l'esigenza di bilanciamento tra l'interesse del datore di lavoro di verificare l'esatta esecuzione della prestazione lavorativa, da un parte, e, dall'altra, la condizione di subordinazione del dipendente destinata altrimenti ad accentuarsi in forme più invasive e, per di più, connotate dal permanente disvalore per i controlli tecnologici realizzati *dalla macchina sull'uomo*».

<sup>(30)</sup> Cfr. P. Tullini, *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in Id. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017, 97 ss., spec. 107 ss., che nell'analizzare le novità introdotte in tema di controlli sugli strumenti per eseguire la prestazione lavorativa, mette in luce come le incertezze che connotavano la previgente normativa si siano ora spostate, per l'appunto, «lungo il discrimine – non scritto eppure, in qualche misura, sottinteso – tra le tecnologie di controllo e quelle prestazionali». Tuttavia, secondo l'Autrice, si tratterebbe di un discrimine sottile e incontrovertibile e, in alcuni casi, inesistente, «come accade per gli strumenti informatici intrinsecamente e volutamente polifunzionali: nella migliore delle ipotesi, sarà possibile un giudizio di prevalenza o di preponderanza circa l'utilizzo per scopi lavorativi. A meno di voler ritenere – magari seguendo il consiglio dell'esperienza – che nel dubbio al datore convenga rispettare la disciplina della prima parte dell'art. 4 St. lav.».

per il controllo a distanza del lavoratore, torna ad essere necessaria la previa procedura di accordo sindacale <sup>(31)</sup>.

Il terzo e ultimo comma dell'art. 4, inoltre, prevede che tutte le informazioni raccolte dal datore di lavoro tramite questa categoria di strumenti sono utilizzabili «a tutti i fini» connessi al rapporto di lavoro, purché il lavoratore sia adeguatamente informato tanto delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e a condizione che ciò avvenga nel rispetto di quanto disposto dal Codice della *privacy* <sup>(32)</sup>. Tale richiamo – letto assieme all'utilizzabilità delle informazioni raccolte per tutti i fini connessi all'attività lavorativa, tra cui quello disciplinare – impone che, qualora «il trattamento sia rivolto alla tutela del patrimonio aziendale, il datore dovrà specificarlo nell'informativa, che dovrà anche contenere, a pena di inutilizzabilità, l'indicazione delle conseguenze disciplinari che il datore si riserva di trarre in caso di accertamento di un comportamento illecito» <sup>(33)</sup>.

Tuttavia, tra le maggior novità della riforma, vi è la nuova formulazione del primo comma dell'art. 4 dello Statuto. Si ribadisce la necessità di avviare e concludere procedure di autorizzazione sindacale per l'installazione degli strumenti di monitoraggio e si stabilisce che il controllo è ammesso, non più solo per esigenze organizzative, produttive o di sicurezza, ma anche per la tutela del patrimonio aziendale contro attività illecite del lavoratore.

Lungi dal rappresentare una soluzione circa il corretto inquadramento dei controlli difensivi, l'intervento legislativo da ultimo citato ha solamente

---

<sup>(31)</sup> Si veda il Comunicato stampa del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, «Controlli a distanza: Ministero del Lavoro, nessuna liberalizzazione; norma in linea con le indicazioni del Garante della Privacy», 18 giugno 2016 in [www.lavoro.gov.it/stampa-e-media/Comunicati/Pagine/20150618-Controlli-a-distanza.aspx](http://www.lavoro.gov.it/stampa-e-media/Comunicati/Pagine/20150618-Controlli-a-distanza.aspx).

<sup>(32)</sup> Su quest'ultimo punto, cfr. A. Ingraio, *Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs Act*, RIDL, 2017, 1, 46 ss., che evidenzia come il riferimento alla normativa in tema di *privacy*, più che «un *escamotage* per i dipendenti disonesti», debba essere inteso come il fondamento per imporre «la definizione di una misura equilibrata e graduale del controllo informatico», ispirata ai principi di correttezza, trasparenza, liceità e necessità individuati dal Garante *privacy*. A tal riguardo – come sottolinea anche l'Autore – non può non tenersi conto del contributo offerto dall'approvazione del Regolamento UE 2016/279 in materia di protezione dei dati personali (c.d. GDPR). Più in generale, sull'impatto del Regolamento nel campo delle attività lavorative, cfr. A. Donini, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, DRI, 2018, 1, 222 ss.; C. Del Federico, *Il trattamento dei dati personali dei lavoratori e il Regolamento 2016/679/UE. Implicazioni e prospettive*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 61 ss.; A. Maresca – S. Ciucciovino – I. Alvino, *Regolamento UE 2016/679 e rapporto di lavoro*, in C. Colapietro – L. Califano (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale Scientifica, 2017, 310 ss., spec. 345 ss.; C. Ogriseg, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, LLI, 2016, II, 2, 29 ss.

<sup>(33)</sup> Così ancora A. Ingraio, *op. ult. cit.*, 46 ss.

ampliato le divisioni dottrinarie e giurisprudenziali in tema di controlli difensivi. Come è stato osservato, «da un lato, c'è chi ritiene che i controlli difensivi siano stati ormai pienamente assorbiti nella nuova regolamentazione legale, con la conseguenza che gli stessi sono consentiti solo tramite impianti debitamente autorizzati, quando necessario, e comunque nel rispetto degli obblighi informativi. Dall'altro chi, invece, propone un aggiornamento del concetto di controllo a distanza al fine di sostenerne la sopravvivenza, in deroga all'art. 4 dello Statuto, in una prospettiva di ineliminabile bilanciamento dei contrapposti interessi»<sup>(34)</sup>.

È proprio nel solco di questa divisione che si colloca la sentenza n. 25732 del 2021, con cui la Cassazione ha chiarito quale sia la sorte dei controlli difensivi a seguito del citato intervento legislativo, specificando, altresì, le condizioni per poter legittimamente utilizzare a fini disciplinari i dati raccolti con l'attività di controllo.

### **3. Le condizioni di legittimità per l'utilizzo dei dati informatici del lavoratore individuate dalla Cassazione**

Per stabilire quale tipologia di controlli a distanza possa ancora collocarsi al di fuori del perimetro tracciato dal (nuovo) art. 4 dello Statuto dei lavoratori, la Cassazione propone un'ulteriore suddivisione, tra “controlli difensivi” *in senso lato* e *in senso stretto*. I primi consisterebbero nei controlli «a difesa del patrimonio aziendale che riguardano tutti i dipendenti (o gruppi di dipendenti) nello svolgimento della loro prestazione di lavoro che li pone a contatto di tale patrimonio»; data la loro natura, essi richiedono necessariamente il rispetto delle previsioni di cui all'art. 4 dello Statuto (per come novellato nel 2015). Invece, i secondi, cioè i controlli difensivi in senso stretto, sarebbero quelli «diretti ad accertare specificamente condotte illecite ascrivibili – in base a concreti indizi – a singoli dipendenti, anche se questo si verifica durante la prestazione di lavoro»<sup>(35)</sup>.

Ebbene, secondo la Suprema Corte, sono proprio questi ultimi controlli che, anche quando vengono svolti con strumenti tecnologici, «non avendo ad oggetto la normale attività del lavoratore, si [situano], anche oggi, all'esterno del perimetro applicativo dell'art. 4»<sup>(36)</sup>. Sul punto, la Corte prosegue osservando

---

<sup>(34)</sup> Così M. Marazza, *I controlli a distanza del lavoratore di natura “difensiva”*, cit., 30.

<sup>(35)</sup> Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, par. 31 delle *Ragioni della decisione*.

<sup>(36)</sup> Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, par. 32 delle *Ragioni della decisione*.

come l’istituzionalizzazione della procedura di accordo con le rappresentanze sindacali – coinvolte per consentirgli di verificare l’effettiva esigenza di installare strumenti di controllo – sembrerebbe necessaria solo per le scelte che riguardano l’intera organizzazione dell’impresa. Al contrario, avrebbe meno senso prevedere la medesima procedura rispetto ad eventi straordinari ed eccezionali, correlati alla necessità di accertare e sanzionare gravi illeciti di un singolo lavoratore.

Tale chiarimento sembrerebbe mettere un punto sull’effettiva “sopravvivenza” dei controlli difensivi, anche a seguito delle modifiche introdotte con il *Jobs Act*. Tuttavia, ciò che la Corte si premura di sottolineare è la necessità che il datore di lavoro, pur in presenza di un sospetto di attività illecita, agisca nel perseguimento di determinati principi e al verificarsi di determinate condizioni.

Tra i primi, viene annoverato, anzitutto, quello secondo cui «in nessun caso può essere giustificato un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e della riservatezza del lavoratore»<sup>(37)</sup>. A sostegno di tale conclusione, già ampiamente consolidata, la Corte richiama anche le considerazioni emerse nell’ambito giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’Uomo, in particolare quella formatasi sull’art. 8 della CEDU. Quest’ultimo, com’è noto, sancisce il «Diritto al rispetto della vita privata e familiare», un ambito che deve essere interpretato – secondo la Corte di Strasburgo – in maniera estensiva, al punto da includervi senz’altro anche la “vita professionale”<sup>(38)</sup>. Per tale ragione, pur nel riconoscimento in capo al datore di lavoro di poteri finalizzati alla protezione dei propri interessi imprenditoriali, essi devono sempre essere bilanciati con il diritto alla riservatezza dei lavoratori ed esercitati alla luce dei principi di proporzionalità e di minimizzazione del controllo<sup>(39)</sup>.

---

<sup>(37)</sup> Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, par. 37 delle *Ragioni della decisione*. Qui la Corte evidenzia come si tratti di un principio già ampiamente consolidato nella propria giurisprudenza formatasi nel vigore della precedente formulazione dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori. Vengono richiamati numerosi precedenti in tal senso, primo tra tutti la già citata sentenza n. 15892 del 2007, fino alla più recente Cass. 19 settembre 2016, n. 18302.

<sup>(38)</sup> Come evidenzia parte della dottrina, infatti, «la nozione di “vita privata” ex art. 8 CEDU è particolarmente fluida e non si presta a una definizione esaustiva: si tratta di un concetto che copre l’integrità fisica e psicologica di una persona e, in una certa misura, il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani, potendo abbracciare aspetti dell’identità fisica e sociale di un individuo»: così F. Persano, *Sull’accertamento della violazione dell’art. 8 CEDU da parte dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, RCP, 2018, 1, 126 ss.

<sup>(39)</sup> In tal senso, la Cassazione richiama la sentenza della Corte EDU del 5 settembre 2017, sul caso *Barbulescu c. Romania*, (ric. n. 61496/08), in cui si ritiene che, sebbene il controllo della posta elettronica aziendale del lavoratore da parte del datore di lavoro possa dar luogo ad una lesione dell’art. 8 della CEDU (mediante tale monitoraggio l’imprenditore era venuto a

La Cassazione prosegue, poi, individuando in maniera puntuale le condizioni che devono sussistere affinché i controlli di natura difensiva “in senso stretto” possano essere esercitati legittimamente: deve trattarsi di un controllo mirato ed attuato *ex post*, ossia solo dopo che nel datore di lavoro sia sorto il sospetto della commissione di un atto illecito da parte del lavoratore. In altri termini, può «parlarsi di controllo *ex post* solo ove, a seguito del fondato sospetto del datore circa la commissione di illeciti ad opera del lavoratore, il datore stesso provveda, *da quel momento*, alla raccolta delle informazioni» (40).

L'elemento determinante, dunque, consiste nell'arco temporale a cui i dati si riferiscono: l'attività di controllo è legittima solo se verte su informazioni riferite a fatti avvenuti a partire dal momento in cui il datore di lavoro ha motivo di dover accertare la commissione di un illecito e non su informazioni che si riferiscono ad un periodo antecedente. In quest'ultimo caso, i dati risulterebbero acquisiti in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 4 dello Statuto e sarebbero, dunque, inutilizzabili.

Se così non fosse – osserva la Corte – l'area del controllo difensivo si estenderebbe a dismisura, potendosi volgere a ritroso lungo tutto il rapporto di dipendenza del soggetto, purché, in un certo momento, sorga il sospetto della commissione di un illecito (41). In questo caso, però, il controllo non potrebbe definirsi effettivamente “*ex post*”, poiché, in realtà, è iniziato prima, con la raccolta delle informazioni: «quella che viene effettuata *ex post* è solo un'attività successiva di lettura e analisi che non ha, a tal fine, una sua autonoma rilevanza» (42).

Sul punto, la Cassazione conclude riportando tali considerazioni all'ipotesi di specie, evidenziando come, nel «classico esempio dei dati di traffico contenuti nel *browser* del pc in uso al dipendente, potrà parlarsi di controllo *ex*

---

conoscenza di notizie relative alla salute e alla vita sessuale del suo dipendente), i giudici rumeni, nel non condannare l'imprenditore, avevano effettuato un «*fair balance*» tra il diritto alla vita privata dell'impiegato e gli interessi del primo a verificare un uso corretto dei mezzi aziendali, alla luce dei principi di proporzionalità, minimizzazione dei controlli datoriali e previa informativa del lavoratore sugli stessi. Per un approfondimento su tale decisione, cfr. G. Consonni, *Il caso Barbulescu c. Romania e il potere di controllo a distanza dopo il Jobs Act: normativa europea e italiana a confronto*, DRI, 2016, 4, 1771 ss.

(40) Così Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, par. 44 delle *Ragioni della decisione*.

(41) La Corte precisa che, in questo modo, il datore di lavoro «potrebbe, in difetto di autorizzazione e/o di adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti di effettuazione dei controlli, nonché senza il rispetto della normativa sulla *privacy*, acquisire per lungo tempo ed ininterrottamente ogni tipologia di dato, provvedendo alla relativa conservazione, e, poi, invocare la natura mirata (*ex post*) del controllo incentrato sull'esame ed analisi di quei dati»: così Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, par. 42 delle *Ragioni della decisione*.

(42) Così Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, par. 43 delle *Ragioni della decisione*.

*post* solo in relazione a quelli raccolti dopo l'insorgenza del sospetto di avvenuta commissione di illeciti ad opera del dipendente, non in relazione a quelli già registrati»<sup>(43)</sup>.

#### 4. Considerazioni conclusive: un bilanciamento a favore della dignità e della riservatezza del lavoratore

La sentenza 22 settembre 2021, n. 25732, della Corte di Cassazione ha il merito di aver fatto maggiore chiarezza sui confini dei controlli datoriali, in un periodo storico in cui la riservatezza del lavoratore risulta attaccata su (almeno) due fronti, diversi ma intimamente connessi.

Il primo riguarda il mutamento dei modelli organizzativi e produttivi. Infatti, nelle società contemporanee, in cui i dati svolgono un ruolo determinante, soprattutto per l'attività d'impresa, anche la sfera personale del lavoratore risulta più vulnerabile. In particolare, a questa inedita centralità del patrimonio informativo degli individui, corrisponde, in ambito lavorativo, un cambiamento della gestione del personale. Non può non constatarsi, infatti, come i processi di identificazione, selezione, ripartizione e valutazione dei candidati e dei lavoratori si stiano orientando «verso l'abbandono dei metodi tradizionali, basati su giudizi soggettivi, per essere fondati sull'analisi (tendenzialmente automatizzata) di una enorme mole di dati, che vengono incamerati e analizzati al fine di conoscere al meglio i processi produttivi e le performance dei lavoratori, di prevedere le potenzialità di un candidato o la possibile resa di un lavoratore all'interno di un gruppo di lavoro o i comportamenti futuri»<sup>(44)</sup>.

Il secondo fronte che rende la sfera personale del lavoratore più vulnerabile è quello del progresso tecnologico. Perché, se è vero che con le nuove tecnologie si ricerca una piena – o quantomeno maggiore – realizzazione

---

<sup>(43)</sup> Così Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, par. 45 delle *Ragioni della decisione*.

<sup>(44)</sup> A. Sitzia, *Personal computer e controlli "tecnologici" del datore di lavoro nella giurisprudenza*, cit., 3, 804 ss. In tal senso, si veda anche A. Donini, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, cit., 222 ss., secondo cui «tecniche di *deep e predictive learning*, *machine reasoning*, *sentiment analysis* e altre applicazioni di *artificial intelligence* permettono ai datori di lavoro di raccogliere e trattare in maniera innovativa i dati derivanti dall'uso professionale e personale del web. Attraverso la combinazione di diverse tipologie di dati in un contenuto informativo sintetico sono fornite rappresentazioni e proiezioni del comportamento dei lavoratori e delle loro caratteristiche personali o professionali (reputazione, professionalità e anche abitudini di consumo, affidabilità creditizia, rischi per la salute)». Sul punto, cfr. anche Id., *Profilazione reputazionale e tutela del lavoratore: la parola al Garante della Privacy*, LLI, 2017, III, 1, 37 ss.

della personalità umana, esse potrebbero determinare il consolidamento di posizioni di privilegio, diseguaglianze e asimmetrie di potere all'interno della società (45). Così, proprio per scongiurare quest'ultima eventualità, l'attenzione dei giuristi si è posta soprattutto sull'esigenza di tutelare adeguatamente il patrimonio informativo degli individui. Le nuove tecnologie, infatti, tendono a frantumare la personalità umana che viene ridotta ad un'informazione parziale, non deliberatamente data e, viceversa, resa acquisibile inconsapevolmente per mezzo di strumenti elettronici. Alla frammentazione della persona umana, della sua autenticità, si accompagna una moltiplicazione delle «persone elettroniche», tante quante sono gli archivi o banche che custodiscono i diversi dati rilevanti (46). Una siffatta «deriva tecnologica» che comporta questa nostra nuova condizione di «donne e uomini di vetro» o, *rectius*, di «lavoratrici e lavoratori di vetro» (47), non può che concretizzarsi in una minaccia per i diritti fondamentali dell'individuo – e, per quanto qui interessa – del lavoratore, in particolare per la sua riservatezza, identità personale ed autodeterminazione.

Ebbene, può affermarsi – con la dovuta cautela che deve accompagnare l'adozione di una pronuncia ancora recente – che la riservatezza del lavoratore risulti rafforzata dal principio contenuto nella sentenza 22 settembre 2021, n. 25732. Vero è che la Cassazione ha chiarito come, anche dopo la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, residuino ancora degli spazi per l'esercizio dei controlli difensivi da parte del datore di lavoro; ma è altrettanto vero che i margini operativi per compiere azioni lesive della sfera personale del lavoratore risultano ben circoscritti. Da un lato, ciò è dovuto alla preventiva individuazione delle condotte del lavoratore che possono legittimare controlli a distanza al di fuori delle garanzie di cui all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, con cui la Cassazione ha consentito di superare alcune delle perplessità interpretative che caratterizzavano la riforma della disciplina dei controlli a distanza. (48). Dall'altro, perché la Suprema Corte ha indicato chiaramente quali sono i principi e le condizioni che devono caratterizzare i singoli controlli concreti.

A parere di chi scrive, è proprio quest'ultimo l'elemento di maggiore novità. La pronuncia della Cassazione, infatti, tenta di porre al riparo la sfera

---

(45) Cfr. G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, PD, 2019, 2, 199 ss.

(46) A tal riguardo, cfr. S. Rodotà, *Diritto, diritti, globalizzazione*, RGL, 2000, 1, 768, nonché R. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione*, Giuffrè, 1997.

(47) Cfr. M. Aimò, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, cit., 38.

(48) Come anticipato, deve trattarsi di condotte illecite ascrivibili – in base a concreti indizi – a singoli dipendenti. Sul punto, v. *supra*, § 3.

personale del lavoratore da quelle indebite intromissioni del datore di lavoro che i nuovi mezzi tecnologici renderebbero, oggi, facilmente realizzabili. Ciò è possibile garantendo un controllo mirato e soprattutto attuato *ex post*, cioè – come ha chiarito la Corte – incentrato esclusivamente su dati che si riferiscono ad un momento successivo rispetto all’insorgere del sospetto circa la commissione di un illecito da parte del lavoratore. In questo modo, si circoscrive l’attività di controllo solo a quei dati strettamente necessari per tutelare gli interessi aziendali e non si consente l’accesso a tutte quelle informazioni superflue e personali che il lavoratore rischia di disseminare nel tempo e che gli strumenti dell’era digitale incamerano e memorizzano durante il rapporto di dipendenza.

Da questo punto di vista, la Cassazione sembrerebbe aver individuato un equo bilanciamento tra i contrapposti interessi che vengono in rilievo nell’ambito dei controlli difensivi, assicurandosi che sia preso adeguatamente in considerazione il peso di una potenziale lesione della dignità e della riservatezza del lavoratore. D’altronde, come già acutamente osservava autorevole dottrina, i diritti fondamentali non possono subire, all’interno dell’azienda, «altre limitazioni al loro esercizio che non siano quelle strettamente indispensabili per il normale esplicamento della prestazione lavorativa», dal momento che il problema delle libertà fondamentali non riguarda solo il rapporto tra cittadino e poteri pubblici ma, soprattutto, le relazioni tra privati <sup>(49)</sup>.

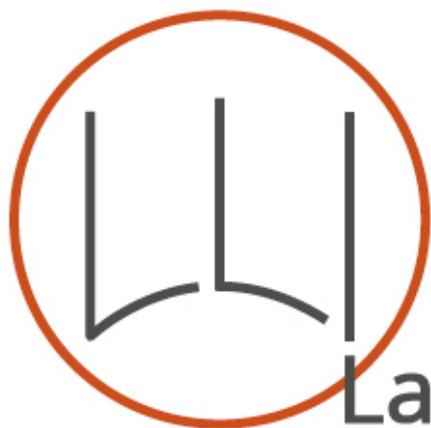
---

<sup>(49)</sup> In tal senso, V. Crisafulli, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, RGL, 1954, 1, 69.

## Bibliografia

- Aimo M., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003.
- Alvino I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, 2016, II, 1.
- Bellavista A., *Controlli a distanza e necessità del rispetto della procedura di cui al co. 2 dell'art. 4 Stat. Lav.*, in *RIDL*, 2008, 2.
- Buttarelli R., *Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione*, Giuffrè, 1997.
- Cairo L., *Controlli a distanza: passato e presente di un tema ancora controverso*, in *LG*, 2018, 2.
- Carnici M.T., *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il "Jobs Act" (art. 23 D.Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, in *LLI*, 2016, II, 1.
- Colapietro C., *Digitalizzazione del lavoro e tutela della riservatezza della persona*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi di tutela*, Giappichelli, 2017.
- Colapietro C., *Tutela della dignità e riservatezza del lavoratore nell'uso delle tecnologie digitali per finalità di lavoro*, in *GDLRI*, 2017, 155.
- Consonni G., *Il caso Barbulescu c. Romania e il potere di controllo a distanza dopo il Jobs Act: normativa europea e italiana a confronto*, in *DRI*, 2016, 4.
- Coscia C., *Le modifiche all'art. 4 Stat. lav.: dignità e riservatezza del lavoratore continuano a prevalere sulla tutela del patrimonio aziendale*, in *DPP*, 2018, 7.
- Crisafulli V., *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *RGL*, 1954, 1.
- Dagnino E., *Controlli sociali dei lavoratori: un'interessante pronuncia della Cassazione*, in *DRI*, 2015, 3
- Dagnino E., *Tecnologie e controlli a distanza*, in *DRI*, 2015, 4.
- De Luca Tamajo R., *I controlli sui lavoratori*, in G. Zilio Grandi (a cura di), *I poteri del datore di lavoro nell'impresa. Atti del Convegno di studi (Venezia, 12 aprile 2002)*, Cedam, 2002.
- Del Federico C., *Il trattamento dei dati personali dei lavoratori e il Regolamento 2016/679/UE. Implicazioni e prospettive*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017
- Del Punta R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, 2016, 1.
- Di Meo R., *Tecnologie e poteri datoriali: commento a margine del c.d. braccialetto Amazon*, in *LLI*, 2018, IV, 1.
- Donini A., *Profilaazione reputazionale e tutela del lavoratore: la parola al Garante della Privacy*, in *LLI*, 2017, III, 1.
- Donini A., *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *DRI*, 2018, 1.
- Finocchiaro G., *Limiti posti dal Codice in materia di protezione dei dati personali al controllo del datore di lavoro*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017.
- Forlivesi M., *Il controllo della vita del lavoratore attraverso i social network*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017
- Ingrao A., *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, in *DRI*, 2019, 3.
- Ingrao A., *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, in *LLI*, 2016, II, 1.
- Ingrao A., *Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs Act*, in *RIDL*, 2017, 1.
- Levi A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, 2013.
- Marazza M., *I controlli a distanza del lavoratore di natura "difensiva"*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017.

- Maresca A. – Ciucciovino S. – Alvino I., *Regolamento UE 2016/679 e rapporto di lavoro*, in C. Colapietro – L. Califano (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale Scientifica, 2017.
- Maresca A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017.
- Mengoni L., *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985.
- Mengoni L., *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in Aa. Vv. (a cura di), *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Giuffrè, 1973.
- Ogriseq C., *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, in LLI, 2016, II, 2.
- Persano F., *Sull'accertamento della violazione dell'art. 8 CEDU da parte dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in RCP, 2018, 1.
- Policella E.O., *Il monitoraggio elettronico dei dipendenti per scopi difensivi*, in DI, 2007, 1.
- Proia G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in RIDL, 2016, 4.
- Resta G., *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in PD, 2019, 2.
- Rodotà S., *Diritto, diritti, globalizzazione*, in RGL, 2000, 1
- Rodotà S., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in RCDP, 1997.
- Sartor G., *Tutela della personalità e normativa per la “protezione dei dati”. La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del Datenschutz*, in ID, 1986, XII, 3.
- Sitzia A., *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. lav. e il consenso del lavoratore*, in LLI, 2016, II, 1.
- Sitzia A., *Il diritto alla “privacy” nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, 2013.
- Sitzia A., *Personal computer e controlli “tecnologici” del datore di lavoro nella giurisprudenza*, in ADL, 2017, 3.
- Staiano R., *In tema di apparecchiature di controllo a distanza*, in DI, 2008, 1.
- Trojsi A., *Al cuore del nuovo art. 4, co. 2, St. lav.: la delimitazione della fattispecie degli «strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa»*, in RIDL, 2017, 2.
- Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017.
- Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017.
- Tullini P., *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in RIDL, 2009, 3.
- Tullini P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in Id. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017
- Tullini P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in Id. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017.
- Ziccardi G., *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in LLI, 2016, II, 1.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

**Prime osservazioni sulla proposta di direttiva  
per il miglioramento delle condizioni di lavoro  
nel lavoro con piattaforma**

**MARCO BARBIERI**  
Università di Foggia

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695



# Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma

**MARCO BARBIERI**

Università degli Studi di Foggia  
Ordinario di Diritto del lavoro  
marco.barbieri@unifg.it

---

## ABSTRACT

---

The Author presents a quick comment of the Proposal of the European Commission for a Directive of the European Parliament and of the Council, on improving working conditions in platform work - COM (2021) 762, in terms of the Commission's reconstruction of the *de facto* situation of work with platforms, the legal basis of the Proposal, which the Commission refers to Articles 153 and 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union, and the main objectives of the Proposal, which the Commission itself identifies to improve of working conditions, and in terms of the specific objectives of ensuring the correct qualification of platform work, guaranteeing transparency in the algorithmic management of work relations, and increasing the transparency and traceability of platform work (which the author traces back to the aim of increasing tax and social security revenues).

In conclusion, the study examines the main contents of the Proposal: rebuttable presumption of employment relationship, information and consultation obligations regarding algorithmic management, and transparency in labour relations with platforms.

**Keywords:** employment; digital platform; working conditions; rebuttable presumption; European Commission.

<https://doi.org/10.6092/10.6092/issn.2421-2695/14110>

---

## **Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La situazione di fatto nell’Unione europea. – 3. Le competenze dell’Unione europea e la base giuridica della proposta. – 4. Gli obiettivi della proposta. – 5. I principali contenuti della proposta. 5.1. La presunzione di subordinazione. – 5.2. La gestione algoritmica del lavoro. - 5.3. La trasparenza nel lavoro con piattaforme. – 5.4. Le norme sull’applicazione e i rimedi. - 5.5. Le disposizioni finali. – 6. Conclusione.

### **1. Premessa**

Il 9 dicembre la Commissione Europea ha presentato una Proposta di Direttiva<sup>(1)</sup> dichiaratamente volta al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma, a seguito di una intensa discussione interna alla Commissione, e ora affidata, come primo passaggio procedurale successivo, a otto settimane di consultazione delle parti.

In realtà come la stessa Proposta chiarisce (considerando 14 e 15), essa scaturisce da una doppia consultazione delle parti sociali, dapprima sulla opportunità di un intervento, e poi sui suoi possibili contenuti, che ha già evidenziato la distanza delle posizioni, emersa pure in occasione dell’emanazione della legislazione nazionale spagnola.

Come riferisce la stessa Commissione<sup>(2)</sup>, le organizzazioni sindacali hanno sostenuto l’opportunità di una Direttiva fondata su una presunzione relativa di subordinazione, con rovesciamento dell’onere della prova e definizione dei criteri qualificatori, manifestando invece contrarietà – e nessuno più di un giuslavorista italiano che conosca l’intricato dibattito su parasubordinazione e dintorni potrebbe apprezzare questa ragionevole posizione – all’idea di un terzo *status* per chi lavori con le piattaforme.

Viceversa, le organizzazioni datoriali, pur riconoscendo la necessità di affrontare questioni come le condizioni di lavoro, la qualificazione giuridica dei

---

<sup>(1)</sup> COM (2021) 762.

<sup>(2)</sup> *Ivi*, p. 10.

rapporti, o l'accesso alle informazioni, hanno espresso una preferenza per regolare le questioni a livello nazionale.

Questa divergenza di principio lascia il dubbio che l'itinerario della Proposta sarà alquanto accidentato, pur se il Parlamento europeo ha preso a larghissima maggioranza<sup>(3)</sup> una posizione piuttosto netta a favore dell'intervento legislativo comunitario, contro il riconoscimento di un terzo status speciale rispetto al lavoro subordinato e a quello autonomo, per la previsione di una presunzione relativa di subordinazione, per la necessità che la gestione algoritmica sia trasparente e soggetta al controllo umano, a sostegno della creazione di cooperative<sup>(4)</sup>.

## 2. La situazione di fatto nell'Unione europea

Come si sa, nei principali Paesi europei il tema è stato sinora affrontato non con interventi generali di disciplina del lavoro con piattaforma, ma, nei rari casi di intervento legislativo – in Italia con la legge 2 novembre 2019, n. 128, in Spagna con il ben più incisivo *Real Decreto-ley* 9/2021, approvato l'11 maggio di quest'anno<sup>(5)</sup> – attraverso interventi settoriali dedicati essenzialmente ai cicofattorini, che sono diventati la figura emblematica del conflitto sociale accesi attorno al lavoro con piattaforma. Ma la risposta più rilevante a questa naturale conflittualità è venuta dalla giurisprudenza nella maggior parte dei Paesi.

La stessa relazione (*Explanatory memorandum*) alla Proposta di Direttiva stima che circa 28 milioni di persone lavorino con piattaforme nell'Unione Europea, che si prevede crescano a 43 milioni entro il 2025<sup>(6)</sup>, che nove decimi delle piattaforme classifichino tali persone come lavoratori e lavoratrici autonomi/e<sup>(7)</sup>, che vi siano state sinora nei Paesi dell'Unione più di cento decisioni giurisdizionali e quindici amministrative che si sono occupate della qualificazione del rapporto di lavoro dei lavoratori con piattaforme<sup>(8)</sup>, che hanno optato «*predominantly in favour of reclassifying people working through platforms as workers*»<sup>(9)</sup> – la Commissione non fa riferimento al grado di giudizio, altrimenti

---

<sup>(3)</sup> 524 voti favorevoli, 39 contrari, 124 astenuti (<https://www.europarl.europa.eu/plenary/it/votes.html?tab=votes>).

<sup>(4)</sup> Vedila in [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0385\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0385_IT.html) (rispettivamente ai considerando R, S, ancora S e punto 5,Y, AA e punti 4 e 19).

<sup>(5)</sup> E dalla conseguente *Ley* 12/2021, de 28 de septiembre, che ha modificato il testo consolidato dell'*Estatuto de los Trabajadores*.

<sup>(6)</sup> COM (2021) 762, 1.

<sup>(7)</sup> *Ivi*, 2.

<sup>(8)</sup> *Ivi*, 8 ss.

<sup>(9)</sup> *Ivi*, 9.

avrebbe percepito<sup>(10)</sup> che nei maggiori Paesi, a parte le singolarità del caso italiano, l'orientamento delle Corti superiori è univocamente per la qualificazione in termini di subordinazione<sup>(11)</sup>.

Nella valutazione della Commissione, la maggioranza di questi lavoratori sono effettivamente autonomi, ma secondo una stima sino a cinque milioni e mezzo di persone potrebbero essere state vittime di una scorretta qualificazione del rapporto di lavoro, con la probabile conseguenza di condizioni di lavoro precarie e inadeguato accesso alla protezione sociale<sup>(12)</sup>.

Non è questa la sede per discutere l'attendibilità di queste stime<sup>(13)</sup> e di questi giudizi, i quali tuttavia hanno un certo rilievo, perché chiariscono quale sia la lettura che dei fatti ha dato la Commissione e dunque il quadro empirico che ne motiva l'intervento.

Non si può però evitare di notare che nel porre al centro dell'analisi che motiva la Proposta la questione della qualificazione giuridica del rapporto – si vedrà nel seguito come affrontata –, la Commissione sceglie una strada del tutto diversa da quella, che tanto seguito ha avuto nella dottrina italiana<sup>(14)</sup>, del

---

<sup>(10)</sup> Come è stato per il Parlamento Europeo, il quale ha puntualmente rilevato che «un numero cospicuo di sentenze e decisioni amministrative, *ivi compresi i pronunciamenti degli organi giurisdizionali nazionali di più alto grado e della Corte di giustizia dell'Unione europea* [corsivo mio], riguardanti il lavoro su piattaforma in loco soprattutto nei settori dei trasporti e delle consegne di cibo in alcuni Stati membri hanno confermato l'esistenza di un rapporto di lavoro tra le piattaforme e i loro lavoratori basato sulle loro attività e sul loro legame con le piattaforme, con i diritti che ne conseguono» (Considerando N, p. 8, della *Risoluzione* citata alla nt. 4).

<sup>(11)</sup> V. almeno Cour de Cassation, Chambre social, 28 novembre 2018, n. 1737, per i *riders* di Takeaway, e Cour de Cassation, Chambre sociale, 4 marzo 2020, n. 374, per i *drivers* di Uber in Francia; BundesArbeitsgericht (Bag), 1° dicembre 2020, 9 AZR 102/20, a proposito dei *crowdworkers* in Germania; Tribunal Supremo Sala de lo Social, Pleno, 25 settembre 2020, n. 805, per i *repartidores* di Glovo in Spagna.

<sup>(12)</sup> COM (2021) 762, 2.

<sup>(13)</sup> Va ricordato che il Parlamento, nella *Risoluzione* in tema approvata il 16 settembre 2021, «prende atto del fatto che i dati riguardanti il numero di lavoratori delle piattaforme e la loro distribuzione per settore sono ancora frammentati; invita la Commissione, in collaborazione con gli Stati membri, a raccogliere dati affidabili e comparabili sui lavoratori delle piattaforme, al fine di avere un'idea più precisa della portata dell'attività delle piattaforme di lavoro digitali e approfondire le conoscenze in merito alle condizioni lavorative e occupazionali dei lavoratori delle piattaforme, anche per quanto concerne la copertura previdenziale e la fascia di reddito di tali lavoratori» (P9\_TA(2021)0385, punto 35). Una accurata ricostruzione della situazione è in D. Guarascio - V. Cirillo - F. Verdecchia, *I lavoratori delle piattaforme digitali in Europa: un'analisi empirica*, SINAPPSI, 2021, n. 2, 74-95, che anch'essi giudicano «l'evidenza attualmente disponibile non conclusiva» (p. 75). Questo studio contiene molti dati interessanti, soprattutto con riferimento alle persone che lavorano con le piattaforme e ai motivi strutturali di quello che gli autori definiscono la «percezione di vulnerabilità» (*ivi*, 89).

<sup>(14)</sup> Per tutti, basti qui fare riferimento alle tesi di T. Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, LD, 2017, 367-405.

cosiddetto approccio rimediale: non è rifuggita cioè dal nodo centrale della fattispecie in relazione alla quale effettuare l'operazione qualificatoria. La scelta deve essere pienamente condivisa<sup>(15)</sup>, essendosi rivelato inidoneo l'approccio ricordato ai fini di certezza e di soddisfazione delle esigenze di tutela delle persone che lavorano con le piattaforme.

Per quanto riguarda l'*algorithmic management*, la Commissione rileva la sua inerenza al lavoro con le piattaforme, ancorché non esclusivamente a questo, e aggiunge efficacemente che «*algorithmic management also conceals the existence of subordination and control by the digital labour platform on the persons performing the work*»<sup>(16)</sup>. E nell'indicare gli effetti della conduzione tramite algoritmo, la Commissione è puntuale nel rilevare l'accesso alle successive occasioni di lavoro, o a premi, l'imposizione di sanzioni o la possibile sospensione o restrizione dell'accesso all'*account*<sup>(17)</sup>. Non vanno trascurate neppure le notazioni che si tratti di un fenomeno che riguarda sia i lavoratori subordinati sia quelli autonomi, e che vi sia un collegamento tra la mancanza di tracciabilità e trasparenza e le cattive condizioni di lavoro.

### **3. Le competenze dell'Unione europea e la base giuridica della proposta**

La base giuridica della Proposta è piuttosto semplice: i primi due paragrafi dell'art. 153 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), del quale articolo la Commissione afferma con forza<sup>(18)</sup>, citando la giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>(19)</sup> anche in tema di irrilevanza della qualificazione giuridica del rapporto derivante dalla normativa nazionale degli Stati membri ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione, l'applicabilità a coloro che siano "falsi autonomi" – tema negletto nel dibattito italiano, che

---

<sup>(15)</sup> Avevo già espresso l'opinione che non si possa sfuggire al tema qualificatorio in M. Barbieri, *Brevi note integrative: l'attesa sentenza della Cassazione sul caso dei riders di Foodora*, in *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, a cura di U. Carabelli - L. Fassina, Ediesse, 2020, 105 (reperibile a <https://www2.cgil.it/atti-del-terzo-seminario-della-consulenza-giuridica-su-la-nuova-legge-sui-riders-e-sulle-collaborazioni-etero-organizzate/>), in critica alle acrobazie interpretative di Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663.

<sup>(16)</sup> COM (2021) 762, 2 («La gestione algoritmica nasconde anche l'esistenza della subordinazione e del controllo da parte della piattaforma di lavoro digitale sulle persone che svolgono il lavoro»).

<sup>(17)</sup> *Ibidem*.

<sup>(18)</sup> *Ivi*, 8.

<sup>(19)</sup> In particolare Corte giust. 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, e Corte giust. 4 dicembre 2014, C-413/13, *Kunsten*.

ragiona sulle disposizioni di un ordinamento che conosce almeno una divisione ternaria tra lavoro subordinato, lavoro autonomo e attività di impresa.

È dunque il miglioramento delle condizioni di lavoro – evidentemente ritenute insoddisfacenti - che legittima la Commissione a intraprendere questa iniziativa.

Ma la Commissione invoca anche l'art. 16, par. 2, TFUE, ritenendo che l'*algorithmic management* ponga un problema di protezione dei dati personali delle persone che lavorano.

Per quanto attiene ai requisiti della sussidiarietà e proporzionalità dell'intervento eurounitario, sul primo profilo la Commissione afferma che il 59% delle persone che lavorano con piattaforme hanno clienti in Paesi differenti<sup>(20)</sup>, onde il fatto che gli Stati membri abbiano sinora compiuto scelte differenti cozza con il mercato unico. Si rileva infatti che gli Stati, competendo per attrarre investimenti da parte dei gestori delle piattaforme, possono non adottare regole stringenti o applicare quelle in vigore, precludendo il raggiungimento dell'obiettivo del progresso sociale: ed è notazione interessante, perché mostra una certa consapevolezza del potenziale conflitto tra gli obiettivi "sociali" e quelli di promozione della concorrenza, i quali pure tornano nell'invocazione ripetuta di un *level playing field*, sia tra gli Stati membri<sup>(21)</sup> sia tra le imprese che gestiscono le piattaforme<sup>(22)</sup>.

Per quanto riguarda la proporzionalità, invece, si ribadisce la necessità dell'intervento, aggiungendovi la formulazione della clausola di non regresso<sup>(23)</sup> per gli Stati che garantiscano una tutela superiore a quella minima prevista nella Proposta di Direttiva, che ai fini della prevenzione della scorretta qualificazione giuridica del rapporto di lavoro viene dichiarata fondata su una presunzione relativa, ma limitata nei quali la piattaforma eserciti «*a certain level of control over the performance of the work*»<sup>(24)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> COM (2021) 762, 9.

<sup>(21)</sup> *Ivi*, 9.

<sup>(22)</sup> *Ivi*, 3, 9, 12, 23 (considerando 13).

<sup>(23)</sup> Sulle clausole di non regresso nelle direttive sociali, v. per tutti M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, *DLRI*, 2002, 487-511; l'intervento di U. Carabelli e V. Leccese nel dibattito *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, *DLRI*, 2004, 536-559; L. Corazza, *Lavoro a termine e clausole di non regresso*, *DLRI*, 2008, 499-531.

<sup>(24)</sup> «Un certo livello di controllo sull'esecuzione del lavoro».

#### 4. Gli obiettivi della proposta

La Commissione ha espresso con chiarezza gli obiettivi perseguiti con la Proposta di Direttiva.

L'obiettivo generale è il miglioramento delle condizioni di lavoro e dei diritti sociali delle persone che lavorano con piattaforme (art. 1, par. 1). A questo scopo, la Proposta individua tre obiettivi specifici, che appaiono tuttavia alquanto eterogenei: 1) garantire la corretta qualificazione giuridica del rapporto di lavoro e il conseguente accesso ai diritti relativi al rapporto stesso e alla protezione sociale; 2) garantire equità, trasparenza e responsabilità nella gestione algoritmica dei rapporti di lavoro; 3) aumentare la trasparenza, la tracciabilità e la consapevolezza degli sviluppi del lavoro con le piattaforme e migliorare l'applicazione delle norme vigenti per tutte le persone che lavorano attraverso le piattaforme, comprese quelle che eseguono prestazioni transfrontaliere.

Come si vedrà meglio in seguito, quest'ultimo obiettivo non è connesso, o almeno non è connesso esclusivamente e forse neppure principalmente, al miglioramento delle condizioni di lavoro, ma piuttosto appare funzionale, come la stessa Commissione dichiara<sup>(25)</sup>, a garantire alle autorità nazionali la corretta definizione della base imponibile fiscale e contributiva, con particolare riferimento alle piattaforme che hanno operatività transfrontaliera.

E infatti, nella parte relativa all'*impact assessment*, la Commissione compie una stima – che pare anch'essa *prima facie* invero opinabile, e forse sottostimata, se la si confronta con la contemporanea stima, sui cui si tornerà, del numero di lavoratori e lavoratrici che potrebbero essere toccati dalla corretta qualificazione del rapporto – di maggior introiti fiscali e contributi sino a quattro miliardi di euro nell'insieme dell'Unione Europea<sup>(26)</sup>.

#### 5. I principali contenuti della proposta

Si può a questo punto entrare rapidamente nel dettaglio dei principali contenuti della Proposta di Direttiva, che appaiono di notevole interesse, sia sotto il profilo delle regole sostanziali sia sotto quello delle regole processuali in essa contenute<sup>(27)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> COM (2021) 762, 3.

<sup>(26)</sup> *Ivi*, 13.

<sup>(27)</sup> *Ivi*, 14.

## 5.1. La presunzione di subordinazione

Il primo blocco normativo riguarda le disposizioni con le quali la Commissione intende conseguire l'obiettivo, di cui si è detto, della corretta qualificazione giuridica del rapporto di lavoro. A tal proposito, si stimano le persone interessate tra 1,72 e 4,1 milioni di persone, di cui 2,35 esecutrici di prestazioni di lavoro in un luogo fisico, e 1,75 milioni di persone che invece eseguono la propria prestazione interamente *on line*<sup>(28)</sup>: è così chiaro, se non fosse bastata la nota sentenza del BAG in Germania<sup>(29)</sup>, che anche in questo secondo caso – che non è materialmente uguale a quelli più celebri degli autisti e dei ciclofattorini – è possibile e largamente diffusa una sottrazione illegittima allo status di lavoratore subordinato e ai vincoli legali conseguenti.

A questo proposito, la Proposta distingue la «persona che esegue un lavoro con piattaforma» dal «lavoratore della piattaforma»<sup>(30)</sup>.

Qui emerge già un elemento singolare della Proposta, che forse era politicamente inevitabile, ma che certamente porrà molte questioni applicative sia a livello dell'Unione sia a quello nazionale: che è il difficile incrocio tra la definizione di “*worker*” nel diritto eurounitario e le definizioni di lavoratore subordinato date dai legislatori e giurisprudenza di ciascuno Stato membro.

Orbene, se la Direttiva «*lays down minimum rights that apply to every person performing platform work in the Union who has, or who based on an assessment of facts may be deemed to have, an employment contract or employment relationship as defined by the law, collective agreements or practice in force in the Member States with consideration to the case-law of the Court of Justices*»<sup>(31)</sup>, qui c'è già in apertura un nodo ermeneutico di grande

---

<sup>(28)</sup> *Ivi*, p. 12: onde è chiaro che se il rapporto di lavoro fosse riqualificato come subordinato a più di quattro milioni di persone, è poco credibile, come si è già scritto, che i maggiori introiti fiscali e contributivi ammontino a soli quattro miliardi. Non mi pare precisa l'osservazione di L. Valente, *Tra subordinazione e autonomia: la direttiva sui rider*, *lavoce.info*, 15 dicembre 2021, che appunto considera la Proposta di Direttiva indirizzata solo ai primi tra i gruppi citati nel testo.

<sup>(29)</sup> BundesArbeitsgericht, 1° dicembre 2020 – 9 AZR 102/20, reperibile a [http://www.rechtsprechunginternet.de/jportal/portal/t/19ke/page/bsjrsprod.psml?pid=Documentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numeroofresults=10908&fromdoctodoc=yes&doc.id=KARE600061600&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint](http://www.rechtsprechunginternet.de/jportal/portal/t/19ke/page/bsjrsprod.psml?pid=Documentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numeroofresults=10908&fromdoctodoc=yes&doc.id=KARE600061600&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint), su cui v. in Italia il commento di E. Gramano e H. Stolzenberg, *Platform work and the notion of 'employee' under the German legal System: possible consequences at a systematic level*, *LDE*, n. 3/2021, 11.

<sup>(30)</sup> Art. 2, par. 1, rispettivamente ai nn. 3 e 4.

<sup>(31)</sup> Art. 1, par. 2 («stabilisce diritti minimi che si applicano a ogni persona che svolge lavoro su piattaforma nell'Unione che ha, o che in base a una valutazione dei fatti può essere considerata avere, un contratto o un rapporto di lavoro come definito dalla legge, dai contratti

rilievo: la giurisprudenza della Corte di Giustizia, non senza qualche oscillazione, ha enucleato, sempre con attitudine funzionalistica, una nozione di lavoratore ai fini dell'applicazione di talune disposizioni di diritto eurounitario<sup>(32)</sup>, in una classificazione binaria di fronte a una nozione di imprenditore inteso come operatore sul mercato unico, che non ha lasciato spazio a posizioni intermedie, se non recentemente e relativamente a lavoratori e lavoratrici autonomi/e limitatamente all'accesso ai sistemi nazionali di protezione sociale.

Viceversa, i sistemi legali nazionali sono assai più articolati, talvolta distinguendo anche all'interno del lavoro autonomo a seconda della dipendenza economica<sup>(33)</sup> o del coordinamento della prestazione di lavoro concordato tra le parti o esercitato unilateralmente, e fermo restando il problematico rapporto, nel nostro ordinamento, tra le figure del lavoratore autonomo e dell'imprenditore, su cui non ci si può intrattenere in questa sede.

Tuttavia, le difficoltà politiche dell'Unione emergono qui con forza: lo stesso Parlamento Europeo ha espresso una posizione per la quale «che qualsiasi normativa riguardante le piattaforme online deve rispettare il principio di sussidiarietà e i diversi approcci degli Stati membri, date le differenze esistenti tra le piattaforme digitali»<sup>(34)</sup>, e soprattutto che, se «i lavoratori delle piattaforme dovrebbero essere classificati o come lavoratori subordinati o come lavoratori realmente autonomi, a seconda della loro situazione effettiva», tuttavia anche con l'auspicata presunzione relativa, «spetterebbe al presunto datore di lavoro dimostrare l'assenza di un rapporto di lavoro *alla luce delle definizioni nazionali*<sup>(35)</sup> sancite dalla legislazione o dagli accordi collettivi del rispettivo Stato membro»<sup>(36)</sup>.

Dunque, in caso di approvazione, avremo una presunzione relativa di subordinazione, di diritto eurounitario, che però potrà essere superata in ventisette modi diversi. Che ne possa venire fuori un *level playing field* appare quanto meno dubbio, dipendendo in sostanza dall'equilibrio che si stabilirà nel

---

collettivi o dalla prassi in vigore negli Stati membri, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia». V. pure il considerando 19, alla p. 24.

<sup>(32)</sup> Ma non, come hanno osservato sia il Parlamento Europeo (considerando S della *Risoluzione* citata alla nt. 4), sia in dottrina L. Valente, *op. cit.*, una nozione o definizione di lavoratore subordinato.

<sup>(33)</sup> Come in Spagna, con la definizione della figura del TRADE (lavoratore autonomo economicamente dipendente) negli artt. 11-18 della *Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo*; o in Italia, con le collaborazioni coordinate e continuative *ex art. 409, n. 3, c.p.c.* e le collaborazioni etero-organizzate *ex art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015*.

<sup>(34)</sup> Punto 7 della *Risoluzione* citata alla nt. 4.

<sup>(35)</sup> Corsivo mio.

<sup>(36)</sup> Considerando S della *Risoluzione* citata alla nt. 4.

dialogo tra le Corti dei diversi Paesi e la Corte di Giustizia. Questo, peraltro, era stato in qualche modo già segnalato dalla Risoluzione del Parlamento Europeo quando ha evidenziato come «i lavoratori delle piattaforme che lavorano in Stati membri diversi o che associano a un impiego regolare un lavoro sulle piattaforme digitali in Stati membri diversi potrebbero essere soggetti a normative completamente diverse a fronte di uno stesso lavoro»<sup>(37)</sup>.

Orbene, la Proposta di Direttiva risulta disarmata nei confronti di questo tema, pur riconosciuto quando si illustra che le disposizioni sulla gestione algoritmica si applicheranno alle persone che eseguono un lavoro con le piattaforme ma che non hanno un rapporto di lavoro subordinato, cioè i veri lavoratori autonomi e «those with another employment status that may exist in some Member States»<sup>(38)</sup>: il che lascia uno spiraglio perché, per questa via, il quadro si complicherebbe all'infinito.

Fortunatamente, la Commissione ha disatteso la proposta del Parlamento Europeo che la invitava ad attuare meglio il divieto di clausole di esclusività<sup>(39)</sup>, che invece sarebbero perfettamente compatibili con lo status di lavoratore subordinato.

Ciò premesso, le disposizioni relative si trovano agli artt. 3-5 della Proposta di Direttiva, e, se l'art. 3, par. 1 si limita a imporre agli Stati di prevedere una procedura di qualificazione del rapporto di lavoro definito negli stessi termini dell'art. 1, par. 2, invece l'art. 3, par. 2, contiene un principio rilevante, che è la prevalenza della fase esecutiva dell'obbligazione sulla volontà cartolare, giacché la qualificazione deve avvenire «irrespective of how the relationship is classified in any contractual arrangement that may have been agreed between the parties involved»<sup>(40)</sup>. Non è acquisizione da poco, perché liquida, si spera definitivamente, i ricorrenti tentativi di una parte della dottrina<sup>(41)</sup> e della giurisprudenza di affidare il contenuto del contratto di lavoro alla dichiarazione negoziale quanto meno nei casi «in cui è proprio la conformazione fattuale del rapporto ad apparire dubbia,

---

<sup>(37)</sup> Punto 3 della *Risoluzione* citata alla nt. 4. Anche L. Valente, *op. cit.*, ha rilevato come «la direttiva non sembra in grado di risolvere tutti i problemi di classificazione dei lavoratori delle piattaforme nel rispetto del principio di sussidiarietà».

<sup>(38)</sup> COM (2021) 762, 15 («quelli con un altro status lavorativo che può esistere in alcuni Stati membri»). V. pure il considerando 19 alla p. 24.

<sup>(39)</sup> Punto 12 della *Risoluzione* citata alla nt. 4.

<sup>(40)</sup> «indipendentemente da come la relazione sia classificata in qualsiasi accordo contrattuale che possa essere stato concordato tra le parti coinvolte». Nello stesso senso il considerando 21 alla p. 24, e il punto 10 della *Risoluzione* citata a nt. 4.

<sup>(41)</sup> Per tutti, basti fare riferimento alle tesi di P. Ichino, già formulate decenni addietro a proposito dei c.d. pony express (P. Ichino, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, RIDL, 1987, II, 76-85).

non ben definita o non decisiva»<sup>(42)</sup>, anziché al voluto effettivo ricavabile dal comportamento delle parti stesse, secondo l'indicazione che in Italia ci è stata fornita già dall'art. 1362 c.c.

L'art. 4 appare invece il cuore di questa parte della Proposta di Direttiva, perché stabilisce quella presunzione relativa di subordinazione di cui si è già parlato, sulla scia dell'analogia previsione introdotta in Spagna<sup>(43)</sup>. Questo, al par. 1, vincola gli Stati membri ad adottare «*a framework of measures, in accordance with their national legal and judicial systems*»<sup>(44)</sup>: e anche qui, il rapporto tra il vincolo di diritto eurounitario, nella forma della Direttiva, e le previsioni di diritto nazionale potrebbe determinare qualche controversia. Occorre infatti tenere presente che l'applicazione di tale presunzione è universale, cioè non appare limitata alle previsioni della Direttiva ma al contrario, sempre secondo l'art 4, par. 1, «*shall apply in all relevant administrative and legal proceedings*»<sup>(45)</sup>.

Va ricordato che questa presunzione relativa non si applica però a qualunque piattaforma, ma soltanto a quelle (*digital labour platforms*) che controllino l'esecuzione del lavoro, intendendo per controllo, ai sensi dell'art. 4, par. 2, quello che comporti la presenza di almeno due degli indici seguenti: «(a) *effectively determining, or setting upper limits for the level of remuneration;*

*(b) requiring the person performing platform work to respect specific binding rules with regard to appearance, conduct towards the recipient of the service or performance of the work;*

*(c) supervising the performance of work or verifying the quality of the results of the work including by electronic means;*

*(d) effectively restricting the freedom, including through sanctions, to organise one's work, in particular the discretion to choose one's working hours or periods of absence, to accept or to refuse tasks or to use subcontractors or substitutes;*

*(e) effectively restricting the possibility to build a client base or to perform work for any third party»*<sup>(46)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Cass. 23 luglio 2004, n. 13884.

<sup>(43)</sup> *Ley 12/2021, de 28 de septiembre (artículo único, apartado Dos)*.

<sup>(44)</sup> «un quadro di misure, conformemente ai loro sistemi giuridici e giudiziari nazionali».

<sup>(45)</sup> «si applica in tutti i procedimenti amministrativi e giudiziari pertinenti». V. pure il considerando 24 alla p. 25.

<sup>(46)</sup> «a) determinando effettivamente o fissando limiti massimi per il livello di remunerazione; (b) imponendo alla persona che esegue il lavoro di piattaforma di rispettare specifiche norme vincolanti per quanto riguarda l'aspetto, il comportamento nei confronti del destinatario del servizio o l'esecuzione del lavoro; (c) controllando l'esecuzione del lavoro o verificando la qualità dei risultati del lavoro anche con mezzi elettronici; (d) limitando di fatto la libertà, anche mediante sanzioni, di organizzare il proprio lavoro, in particolare la discrezionalità di scegliere il proprio orario di lavoro o i periodi di assenza, di accettare o

Questa previsione, modellata sulle prassi sinora dominanti presso le principali piattaforme (come non vedere nelle regole circa l'aspetto le disposizioni di Uber ai suoi autisti?), rappresenta tuttavia un punto di debolezza notevole della proposta, giacché si è già avuto modo di constatare in diversi Paesi che l'organizzazione delle piattaforme evolve continuamente seguendo la disciplina legislativa e gli orientamenti giurisprudenziali<sup>(47)</sup>, sempre al fine di eluderne i vincoli e minimizzare i costi connessi alla tutela dei lavoratori; onde non è difficile immaginare che successive evoluzioni possano avere come obiettivo principale non integrare almeno due degli indici divenuti rigidi elementi strutturali dell'applicazione della presunzione di subordinazione, aiutando dunque le piattaforme a eludere quest'ultima, peraltro applicabile solo *de futuro* (art. 4, par. 4): pur se occorre tenere presente che sinora gli indici *sub a)* e *c)* sono praticamente presenti in tutte le piattaforme, a differenza di quello *sub e)*, che non lo è quasi mai.

Peraltro, in se stessa la previsione non è affatto coordinata con l'aver ribadito, come già osservato, che l'operazione qualificatoria del rapporto di lavoro con piattaforma sarà compiuta dal giudice nazionale secondo le previsioni nazionali: perché qui vi sono ben cinque indici di diritto eurounitario, che determinano – se presenti almeno in due - l'applicazione della disposizione sulla presunzione, e dunque un effetto che interferisce profondamente sui sistemi nazionali.

Dal punto di vista ripetutamente espresso da chi scrive<sup>(48)</sup>, si deve manifestare una certa soddisfazione per il fatto che si confermi con questa disposizione che l'assenza di limiti alla scelta del proprio orario di lavoro non significa affatto il passaggio all'area del lavoro autonomo, ben potendo bastare all'applicazione della presunzione la presenza di altri soli due per determinare l'applicazione della presunzione di subordinazione: pur se, contraddittoriamente, il considerando 25 afferma che «the freedom to choose working hours or periods of absence, to refuse tasks, to use subcontractors or

---

rifiutare compiti o di ricorrere a subappaltatori o sostituti; (e) limitando efficacemente la possibilità di crearsi una clientela o di eseguire lavori per terzi».

<sup>(47)</sup> In questo senso il considerando 7 alla p. 21.

<sup>(48)</sup> M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, LLI, 2019, 5, 2, I.23-I.26; Id., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, LLI, 2020, 6, 2, R.74-R.79, ove ho pure ricordato che anche A. Aloisi e V. De Stefano, nel loro pamphlet *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Laterza, 2020, 151, hanno sinteticamente affermato, proprio con riferimento alla giurisprudenza prevalente in Europa in tema di ciclofattorini: «c'è subordinazione anche senza vincolo orario».

substitutes or to work for any third party is characteristic of genuine self-employment»<sup>(49)</sup>).

Si tratta, tuttavia, di una presunzione soltanto relativa, come anche il Parlamento aveva richiesto<sup>(50)</sup>; né, invero, sarebbe stato logico il contrario. La difficoltà, semmai, è nata proprio dalla scelta dello strumento, di fatto alternativo a una definizione di lavoratore di diritto eurounitario: ma non c'è da meravigliarsene.

Comunque, l'art. 5 dispone appunto che si tratti di una presunzione relativa, ponendo di conseguenza a carico delle piattaforme l'onere della prova dell'autonomia del lavoro prestato a loro vantaggio: anche, si rammenti, nel caso di sussistenza di due, tre, quattro a addirittura tutti gli indici che *ex art.* 4 evidenziano il controllo sul lavoro da parte della piattaforma.

Può avere qualche interesse segnalare che anche nel caso di accordo tra le parti del rapporto di lavoro nel senso dell'assenza di lavoro subordinato, la presunzione resta operante, onde anziché in conflitto con la lavoratrice o il lavoratore, la piattaforma dovrà dimostrare la sussistenza dell'autonomia della prestazione fornendo alle autorità – si deve ritenere: giurisdizionali o anche amministrative – tutte le informazioni pertinenti. Il che mi pare confermi il non tanto nascosto obiettivo della Direttiva di contrastare l'evasione e l'elusione fiscale e contributiva.

## 5.2. La gestione algoritmica del lavoro

Al secondo obiettivo prospettato dalla Commissione, la disciplina della gestione algoritmica del lavoro, sono dedicati gli artt. 6-10 della Proposta di Direttiva. In Italia è ben noto il carattere altamente conflittuale del tema, che ha già dato vita a controversie, definite in sede giurisdizionale<sup>(51)</sup> o in sede sindacale<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> COM (2021) 762, considerando 25 alla p. 25 («la libertà di scegliere orari di lavoro o periodi di assenza, di rifiutare compiti, di utilizzare subappaltatori o sostituti o di lavorare per qualsiasi terzo è caratteristica del vero lavoro autonomo»).

<sup>(50)</sup> Punto 5 della *Risoluzione* cit. alla nt. 4.

<sup>(51)</sup> T. Bologna 31 dicembre 2020, ord., reperibile a <https://dirittodiinternet.it/tanto-tuono-piove-pronuncia-sullalgoritmo-detto-frank-tema-discriminazione-collettiva-dei-lavoratori-tribunale-bologna-ord-31-dicembre-2021/>, su cui v. almeno i commenti di M. Barbera, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*; S. Borelli e M. Ranieri, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*; M. Peruzzi, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, tutti nel precedente n. 1/2021 di *LLI*.

<sup>(52)</sup> [www.corrierenazionale.it/2021/12/09/just-eat-cambia-lalgoritmo-per-i-rider-di-bologna/amp/](http://www.corrierenazionale.it/2021/12/09/just-eat-cambia-lalgoritmo-per-i-rider-di-bologna/amp/).

Anche qui, il legislatore spagnolo ha aperto la strada, disponendo che il *comité de empresa* abbia diritto a «*ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles*»<sup>(53)</sup>.

Nella proposta di Direttiva, l'art. 6 prevede invece l'obbligo degli Stati membri di introdurre un diritto di informazione in capo ai singoli lavoratori sia sui sistemi di controllo delle prestazioni lavorative, sia su quelli che invece prendono decisioni sulle condizioni di lavoro, come l'accesso alle singole prestazioni di lavoro, la loro retribuzione, la sicurezza e salute sul lavoro, l'orario di lavoro, il loro orario di lavoro, e il rapporto di lavoro in genere, compresa, compresa la limitazione, la sospensione o la cessazione del loro *account* (par. 1).

Va segnalato che tra le informazioni da fornire, in forma scritta (par. 3), c'è anche il fatto che il controllo o la valutazione includano il giudizio del cliente del servizio; o i principali parametri delle decisioni prese automaticamente (par. 2), e che tali informazioni debbano essere forniti anche ai rappresentanti sindacali e alle autorità pubbliche (par. 4). Non è stata invece accolta l'idea del Parlamento Europeo di informare i lavoratori delle recensioni dei clienti<sup>(54)</sup>, il che è piuttosto grave se si pone mente ai possibili abusi.

Dal punto di vista della privacy, il par. 5, ribadito il principio di necessità del trattamento dei dati, lo interdice in ogni caso nelle ipotesi di dati psicologici o collegati alla salute, di conversazioni private tra lavoratori e lavoratrici, o i/le loro rappresentanti, e soprattutto in ogni momento in cui la prestazione di lavoro non sia in corso: il che mi pare una conferma del fatto che la qualificazione del rapporto dipenda unicamente dai momenti in cui la fase esecutiva dell'obbligazione sia in corso.

Gli artt. 7 e 8 pongono un altro importante principio, la sorveglianza e la revisione umana dei sistemi automatici basati su algoritmi. Fra l'altro, a parte ogni considerazione sulla disumanizzazione del lavoro, che pur sempre comporta invece il necessario coinvolgimento della persona (del suo corpo/mente) nell'esecuzione della prestazione, il legislatore eurounitario appare ben consapevole della situazione, vietando alle piattaforme di usare sistemi di gestione algoritmica che «*puts undue pressure on platform workers or*

---

<sup>(53)</sup> *Estatuto de los Trabajadores, artículo 64.4* («Essere informato dall'azienda dei parametri, delle regole e delle istruzioni su cui si basano gli algoritmi o i sistemi di intelligenza artificiale che influenzano il processo decisionale che può avere un impatto sulle condizioni di lavoro, l'accesso e il mantenimento dell'occupazione, compresa la profilazione»), introdotto con *Ley 12/2021, de 28 de septiembre (artículo único, apartado Uno)*.

<sup>(54)</sup> Punto 27 della *Risoluzione* citata alla nt. 4.

*otherwise puts at risk the physical and mental health of platform workers»*<sup>(55)</sup>, e anzi richiedendo per il personale addetto garanzie di indipendenza (art. 7, par. 4).

In corrispondenza al carattere anche individuale del diritto all'informazione, si dispone che la persona interessata abbia diritto di chiedere spiegazioni a una persona fisica designata dalla piattaforma stessa, e si impone la forma scritta per le decisioni maggiormente lesive (sospensione o chiusura dell'*account*, penalizzazioni retributive, ecc.) (art. 8, par. 1).

Si instaura pure un diritto di reclamo, gravando la piattaforma dell'obbligo di rispondere entro una settimana, o due se micro, piccole o medie imprese (art. 8, par. 2).

I cambiamenti sostanziali nei sistemi di gestione algoritmica del lavoro sono oggetto di un obbligo di informazione e consultazione sindacale (art. 9), che include l'accollo alle piattaforme con più di 500 dipendenti in uno Stato il costo dell'ausilio di un esperto scelto dalla rappresentanza sindacale, che in ogni caso ha diritto di servirsene: misura ragionevole, dato il carattere altamente tecnico della configurazione dell'algoritmo.

Di rilievo è la previsione dell'art. 10, per cui queste disposizioni (salvo l'art. 7, par. 2, cui si è già fatto cenno, in quanto contenente previsioni ritenute specifiche del lavoro subordinato)<sup>(56)</sup> si applichino pure ai lavoratori non subordinati.

In questa parte, non sono state accolte le proposte del Parlamento Europeo volte a considerare orario di lavoro anche il tempo di attesa e di disponibilità sulla piattaforma, e a garantire processi di verifica dell'identità per evitare la sublocazione degli *account* dei lavoratori, e in sostanza quindi il lavoro nero, secondo un modello che in Italia è già stato oggetto di notissime indagini della Procura di Milano.

### **5.3. La trasparenza nel lavoro con piattaforme**

Al terzo già ricordato obiettivo della trasparenza sono dedicati gli artt. 11 e 12 della Proposta di Direttiva. Il primo obbliga le piattaforme a condividere con le autorità pubbliche dello Stato membro in cui la prestazione di lavoro è

---

<sup>(55)</sup> Art. 7, par. 2 («eserciti una pressione indebita sui lavoratori della piattaforma o mette altrimenti a rischio la salute fisica e mentale dei lavoratori della piattaforma»). Considerazioni sulla pressione competitiva derivante dai sistemi di rating e di bonus erano state spese anche dal Parlamento Europeo (punto 14 della *Risoluzione* citata alla nt. 4).

<sup>(56)</sup> In tal senso il considerando 40 alla p. 29.

eseguita il lavoro affidato ai lavoratori delle piattaforme e ogni dato pertinente, secondo le previsioni dei diritti nazionali.

Il secondo specifica che le informazioni in questione, da rendere semestralmente sia alle autorità pubbliche vigilanti sul lavoro sia alle rappresentanze sindacali dei lavoratori e delle lavoratrici con piattaforma, attengano al numero delle persone che lavora continuativamente con la piattaforma e alla qualificazione giuridica del loro rapporto, nonché i termini e le condizioni contrattuali applicati, e possano essere oggetto di richieste di chiarimento cui le piattaforme hanno obbligo di rispondere.

#### 5.4. Le norme sull'applicazione e i rimedi

La Proposta di Direttiva dedica gli artt. 13-19 alle disposizioni rimediali e sull'applicazione. Esse prevedono sia cose invero abbastanza scontate dal punto di vista dell'ordinamento italiano, come il diritto a un meccanismo imparziale di risoluzione delle controversie e un adeguato risarcimento in caso di violazione delle previsioni della Direttiva (art. 13), sia altre più interessanti, come la legittimazione della sostituzione processuale delle organizzazioni sindacali rispetto ai lavoratori rappresentati, con il consenso di questi ultimi, nei confronti delle violazioni della Direttiva (art. 14).

Creano inoltre diritti inediti sia sul piano sostanziale, come quello di usufruire della infrastruttura della piattaforma per comunicazioni tra i lavoratori, e tra i lavoratori e i loro rappresentanti (art. 15)<sup>(57)</sup>; sia su quello processuale, come l'obbligo per gli Stati di consentire alle autorità che giudichino della corretta qualificazione del rapporto di lavoro di ordinare alle piattaforme di fornire ogni elemento di prova rilevante, anche di natura riservata<sup>(58)</sup>: con una significativa applicazione del principio di vicinanza della prova, e un notevole allargamento rispetto alle previsioni dell'art. 210 c.p.c. (art. 16).

Sono inoltre previste tutele per le persone che lavorano con piattaforme, e per i loro rappresentanti, contro rappresaglie per aver invocato l'applicazione

---

<sup>(57)</sup> Una previsione in tal senso era stata chiesta dal Parlamento europeo (punti 12 e 18 della *Risoluzione* citata alla nt. 4).

<sup>(58)</sup> Il considerando 33 alla p. 27 però prevede che «digital labour platforms should not be required to disclose the detailed functioning of their automated monitoring and decision-making systems, including algorithms, or other detailed data that contains commercial secrets or is protected by intellectual property rights» («le piattaforme di lavoro digitale non dovrebbero essere obbligate a rivelare il funzionamento dettagliato dei loro sistemi automatici di monitoraggio e decisione, compresi gli algoritmi, o altri dati dettagliati che contengono segreti commerciali o sono protetti da diritti di proprietà intellettuale»).

delle disposizioni della Direttiva (art. 17), e in particolare contro il licenziamento, tra le quali ultime vi è il passaggio dell'onere della prova in capo alla piattaforma (il che evidentemente non muterebbe la situazione italiana, già definita in tal senso dall'art. 5 della legge 604/1966) (art. 18).

Infine per questa parte, l'art. 19 richiede agli Stati membri di prevedere un sistema sanzionatorio effettivo, proporzionato e dissuasivo, oltre a indicare la responsabilità delle autorità che vigilano sull'applicazione del Regolamento (EU) 2016/679, cioè il Regolamento *privacy*, per l'imposizione di sanzioni amministrative nei casi di violazioni degli artt. 6, 7, parr. 1 e 3, 8 e 10.

### 5.5. Le disposizioni finali

Tra le disposizioni finali, mi paiono da segnalare la clausola di non regresso contenuta nell'art. 20, la facoltà concessa agli Stati membri di coinvolgere le parti sociali nell'applicazione della Direttiva, se lo richiedano (art. 21, par. 4), il termine biennale per il recepimento da parte degli stessi Stati membri (art. 21, par. 1), e la revisione entro cinque anni da parte della Commissione Europea, previa consultazione degli Stati membri, delle parti sociali a livello dell'Unione e delle principali parti interessate (la quale ultima menzione mi pare sia il riflesso della riluttanza, ben nota in Italia, delle piattaforme a farsi rappresentare dalle organizzazioni datoriali a carattere generale).

## 6. Conclusione

Nei limiti di una sintetica lettura molto a caldo, si è provato a far emergere scopi, contenuti e profili problematici della Proposta di Direttiva. Non c'è in questa sede il tempo neppure di sfiorare il tema delle conseguenze dell'ipotetica approvazione del testo qui esaminato nell'ordinamento italiano: che comunque mi paiono molteplici, a cominciare da quella dell'introduzione della presunzione di subordinazione che, pur con i limiti evidenziati, rappresenta certamente un significativo passo avanti, oltre che l'insuccesso delle posizioni *pro-business* favorevoli a un regime speciale per il lavoro con piattaforme<sup>(59)</sup>, e va

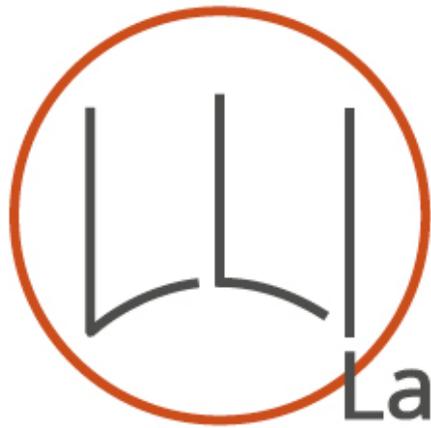
---

<sup>(59)</sup> L. Valente, *op. cit.*; P. Ichino, *NW&SL* [pietroichino.it](http://pietroichino.it), n. 556, 20 dicembre 2021 (ma è solo un cenno). Era stato già osservato in dottrina che «*ces statuts intermédiaires ont fonctionné comme des trappes à salariat*» (Groupe de recherches pour un autre Code du travail, *Proposition de Code du Travail*, Paris, Dalloz, 2017).

certamente assai al di là delle previsioni compromissorie e un tantino equivoche della legge 128/2019.

## Bibliografia

- Barbera M., *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *LLI*, 2021, 7, 1, I.1 – I.17.
- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, 2020, 6, 2, R.74-R.79.
- Barbieri M., *Brevi note integrative: l'attesa sentenza della Cassazione sul caso dei riders di Foodora*, in U. Carabelli - L. Fassina (a cura di) *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni eteroorganizzate*, Ediesse, 2020.
- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclotattorini*, in *LLI*, 2019, 5, 2, I.23-I.26.
- Borelli S. - Ranieri M., *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algorithmo Frank*, in *LLI*, 2021, 7, 1, I.18 - I.47.
- Corazza L., *Lavoro a termine e clausole di non regresso*, in *DLRI*, 2008, 499-531.
- Delfino M., *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, 2002, 487-511.
- Gramano E. - Stolzenberg H., *Platform work and the notion of 'employee' under the German legal System: possible consequences at a systematic level*, *LDE*, n. 3/2021.
- Groupe de recherches pour un autre Code du travail, *Proposition de Code du Travail*, Dalloz, 2017.
- Guarascio D. - Cirillo V. - Verdecchia F., *I lavoratori delle piattaforme digitali in Europa: un'analisi empirica*, *SINAPPSI*, 2021, n. 2, 74-95.
- Ichino P., *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in *RIDL*, 1987, II, 76-85.
- Ichino P., *NWSL* [pietroichino.it](http://pietroichino.it), n. 556, 20 dicembre 2021.
- Peruzzi M., *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *LLI*, 2021, 7, 1, I.48 - I.76.
- Treu T., *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD*, 2017, 367-405.
- Valente L., *Tra subordinazione e autonomia: la direttiva sui rider*, *lavoce.info*, 15 dicembre 2021.



**LaBoUR & Law Issues**  
Rights | Identity | Rules | Equality

## **Kenyan Vulnerable Workers' Access to Justice: a case study**

**ALEYDIS NISSEN**  
Leiden Law University

**vol. 7, no. 2, 2021**

ISSN: 2421-2695





## Kenyan Vulnerable Workers' Access to Justice: a case study

**ALEYDIS NISSEN**

Leiden Law School

Postdoctoral Researcher

a.m.h.nissen@law.leidenuniv.nl

---

### ABSTRACT

---

This article aims to study access to justice for workers in the Kenyan floriculture industry. Through a case study – including interviews with fourteen experts in the field – the following justice institutions have been identified as relevant: the national human rights institution, the labour offices of the Ministry of Labour and Social Protection and courts. While keeping in mind that capacity constraints are a product of Kenya's position within the broader international political economy, this article studies related barriers to justice on the ground. It explains that the perceived interests of political and economic elites usurp sound remediation.

**Keywords:** remedies; conflict-resolution; courts; agriculture.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14095>

---

## Kenyan Vulnerable Workers' Access to Justice: a case study

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Methodology. – 3. Naming, blaming and claiming. – 4. Intermediaries. – 5. Remedies. – 5.1. KNCHR. – 5.2. Labour Offices. – 5.3 Courts. – 6. Conclusion.

### 1. Introduction

Kenya is the number one producer of cut flowers for European consumption. A few European colonisers started flower cultivation before Kenya gained independence from the United Kingdom. Kenya's first President Jomo Kenyatta (1964-1978) further stimulated the floriculture industry when prices for coffee and tea were falling<sup>(1)</sup>. While domestic consumption of Kenyan flowers is negligible, it is estimated that Kenyan flowers contribute to one per cent of the country's Gross Domestic Product nowadays<sup>(2)</sup>. 65 per cent of Kenyan flower exports go to the Dutch auction<sup>(3)</sup>. From there, they are distributed to the other European Union Member States and Russia, Japan and the United States<sup>(4)</sup>. Approximately 32 per cent of exported flowers are sent directly from Kenya to supermarkets in the United Kingdom, Germany and France<sup>(5)</sup>. A minority of flowers is exported to Dubai. From there, they are distributed to various Middle-Eastern and Indian customers<sup>(6)</sup>. New direct flights to other countries such as China are expected to open up more business

---

\* Aleydis Nissen is a postdoctoral researcher at Leiden Law School (Institutions for Conflict Resolution research group), VUB (sponsored by FWO Postdoc grant 74910) and ULB (sponsored by F.R.S.-FNRS Chargé de Recherche Fellowship grant FC 38129).

<sup>(1)</sup> Horticultural Crops Directorate, *Welcome to Horticultural Crops Directorate*, <https://horticulture.agricultureauthority.go.ke>, accessed 20 February 2018.

<sup>(2)</sup> Kenya Flower Council, *Floriculture in Kenya*, 2018, [http://kenyaflowercouncil.org/?page\\_id=92](http://kenyaflowercouncil.org/?page_id=92).

<sup>(3)</sup> W. Mitullah - P. Kamau - J. Kivuva, *Employment Creation in Agriculture & Agro-Processing Sector in Kenya in the Context of Inclusive Growth: Political Economy & Settlement Analysis, Partnership for African Social & Governance Research Working Paper*, 2017, 20, [www.pasgr.org/wp-content/uploads/2017/08/Employment-creation-in-agriculture-and-agro-processing-sector-in-Kenya-in-the-context-of-inclusive-growth.pdf](http://www.pasgr.org/wp-content/uploads/2017/08/Employment-creation-in-agriculture-and-agro-processing-sector-in-Kenya-in-the-context-of-inclusive-growth.pdf), 25.

<sup>(4)</sup> Ibid., 22; M. Nowakowska - A. Tubis, *Reliability of the Cut Flowers' Supply Chain*, in L. Podofilini - B. Sudret - B. Stojadinovic - E. Zio - W. Kröger (eds), *Safety and Reliability of Complex Engineered Systems*, CRC Press, 2015, 1757.

<sup>(5)</sup> EEAS, *Information on the EAC-EU Partnership Agreement*, 2015, [http://eeas.europa.eu/archives/delegations/kenya/documents/press\\_corner/trade\\_between\\_the\\_eu\\_and\\_kenya\\_2105.pdf](http://eeas.europa.eu/archives/delegations/kenya/documents/press_corner/trade_between_the_eu_and_kenya_2105.pdf), 12.

<sup>(6)</sup> M. Nowakowska - A. Tubis, (n 4), 1757.

opportunities to countries such as China. Despite the coronavirus disease pandemic, the value of the floriculture sector increased by 3.3 per cent in 2020<sup>(7)</sup>.

The Kenyan floriculture industry is labour-intensive. Workers are reportedly expected to work up to sixteen hours a day<sup>(8)</sup>. It is estimated that floriculture corporations currently directly employ around 90,000 people<sup>(9)</sup>. The number of floriculture jobs has doubled over the last decade, while the number of jobs in other industries has stagnated<sup>(10)</sup>. While many of the issues that floriculture workers face exist also for other agricultural workers in Kenya, they face particular challenges. They are exposed to extreme temperatures in the greenhouses and cold rooms, and to a plethora of toxic chemicals, including those that are illegally imported<sup>(11)</sup>. Exposure to those chemicals produces cancer, neurologic diseases, birth defects and other reproductive illnesses, sometimes long after workers have left their jobs<sup>(12)</sup>.

Since the mid-1990s, the literature has extensively discussed the role of Kenyan floriculture labour in the neoliberal world order. The literature has paid attention to gender and neo-colonial power dynamics. It has been considered that developmentalist mentalities have created their own truths while failing to take into account global and local forces<sup>(13)</sup>. Notably, Alex Hughes discusses that economic growth in the Kenyan floriculture industry under President Daniel arap Moi (1978-2002) was spurred by the controversial 'Structural Adjustment Policies' insisted upon by the World Bank, the International

---

<sup>(7)</sup> *Study Reveals What Sustained Kenya's Economy in 2020*, 15 July 2021, <https://furtherafrica.com/2021/07/15/study-reveals-what-sustained-kenyas-economy-in-2020/>.

<sup>(8)</sup> Kenya National Commission on Human Rights (KNCHR), *The National Action Plan on Business and Human Rights in Kenya. Report on Stakeholder Consultations held in Nakuru*, 2017, <http://nap.knchr.org/Portals/0/Reports/Nakuru%20regional%20consultation%20report.pdf?ver=2017-09-04-174649-763>, 7.

<sup>(9)</sup> M. Styles, *Roses from Kenya: Labor, Environment, and the Global Trade in Cut Flowers*, University of Washington Press, 2019.

<sup>(10)</sup> W. Mitullah - P. Kamau - J. Kivuva, (n 3), 29.0

<sup>(11)</sup> Interview data – participant KE–O; A. Kargbo - J. Mao - C.Y. Wang, *The Progress and Issues in the Dutch, Chinese and Kenyan Floriculture Industries*, *African Journal of Biotechnology*, 2010, 9(44), 7406; P. Tsimbiri and others, *Health Impact of Pesticides on Residents and Horticultural Workers in the Lake Naivasha Region*, *Occupational Diseases and Environmental Medicine*, 2015, 3, 24-34.

<sup>(12)</sup> CEDAW, 'Concluding Observations on the Eighth Periodic Report of Kenya', 2017, UN Doc CEDAW/C/KEN/CO/8 para 36(b).

<sup>(13)</sup> Cf E. Chowdhury, *Development* in L. Disch - J. Hawkesworth (eds), *The Oxford Handbook of Feminist Theory*, OUP, 2016, 145.

Monetary Fund and the United States<sup>(14)</sup>. Flower exports were highly compatible with their agenda to diversify exports of non-traditional goods and high-value commodities. Stephanie Barrientos explains that there are considerable barriers for smallholders to understand and reach consumers in Europe<sup>(15)</sup>. In large farms, women are segregated in more precarious wage labour jobs. Most recently, Megan Styles describes the attempts by various actors to use the global flows of people, information and money generated by floriculture to solve Kenyan social and environmental governance issues in a subtle ethnographic book-length analysis<sup>(16)</sup>. In my forthcoming Milan Law Review article, I discuss that it has become increasingly difficult for NGOs active in the Kenyan floriculture industry to manoeuvre<sup>(17)</sup>. This is highly unfortunate as public shaming of norm-violating behaviour is an essential factor to ensure respect for rights<sup>(18)</sup>

This article will focus on remediation, another factor that is considered to be important to ensure that public shaming follows when corporations violate rights by the constructivist and rationalist literature<sup>(19)</sup>. This article aims to study which domestic remedies are available for workers in the Kenyan floriculture industry.

According to the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, a 'bouquet' of preventive, redressive and deterrent remedies should be available to rights holders who claim that their rights are violated by corporations<sup>(20)</sup>. While human rights and labour rights are separate categories,

---

<sup>(14)</sup> A. Hughes, *Global Commodity Networks, Ethical Trade and Governmentality: Organising Business Responsibility in the Kenyan Cut Flower Industry*, *Transactions of the Institute of British Geographers*, 2001, 394.

<sup>(15)</sup> S. Barrientos, *Gender and Work in Global Value Chains: Capturing the Gains?*, Cambridge University Press, 2019, 135-166.

<sup>(16)</sup> M. Styles (n 9).

<sup>(17)</sup> A. Nissen, *Trade with the EU, Variable Geometry and Human Rights in the EAC*, *Milan Law Review*, forthcoming.

<sup>(18)</sup> Th. Risse - K. Sikkink, *Conclusions*, in Th. Risse - S. Ropp - K. Sikkink (eds), *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance*, Cambridge University Press, 2013, 284.

<sup>(19)</sup> See e.g. Th. Risse - S. Ropp, *Introduction and Stock-taking* in Th. Risse - S. Ropp - K. Sikkink (eds), *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance*, Cambridge University Press, 2013, 17; E. Hafner-Burton, *Making Human Rights a Reality*, Princeton University Press, 2013, 11.

<sup>(20)</sup> HRC, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie, 2011, UN Doc A/HRC/17/31 Annex principles 25-31; UN General Assembly, 'Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises', 2017, UN Doc A/72/162 para 7.

labour rights complaints that are usually brought by floriculture workers are also human rights complaints. They relate to two fundamental labour rights (which are widely recognized to be human rights): the freedom of association and the elimination of discrimination in respect of employment and occupation<sup>(21)</sup>. Furthermore, most case law touches upon the right to health and safety at work, including the lack of safety gear and exposure to chemicals. This labour right is a human right included in article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)<sup>(22)</sup>. In 2019, eleven UN experts asked that the right to health and safety at work should also be recognized as a fundamental labour right<sup>(23)</sup>. This call echoes various older calls<sup>(24)</sup>.

This article is structured as follows. Part 2 describes the methodology. Part 3 briefly discusses the emergence and transformation of disputes. Part 4 explains that workers struggle to find trustworthy intermediaries. Part 5 discusses to which extent each of the relevant justice mechanisms provides remediation.

## 2. Methodology

Barriers to justice are often symptoms of broader patterns of exclusion<sup>(25)</sup>. Remediation mechanisms can also contribute to the marginalization of workers by reaffirming the expressions of power that are embedded in laws. The ICESCR and the International Covenant on Civil and Political Rights indicate that it is important to pay attention to such contextual background conditions<sup>(26)</sup>. The Preambles of these covenants set out that

---

<sup>(21)</sup> E.g. J. Bellace - B. ter Haar, *Perspectives on Labour and Human Rights*, in J. Bellace - B. ter Haar (eds), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law*, Routledge, 2019, 3.

<sup>(22)</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3.

<sup>(23)</sup> UN OHCHR, 'UN Experts Urge ILO to Back Safe and Healthy Work Conditions as a Fundamental Right', 2019, <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24695&LangID=E>.

<sup>(24)</sup> E.g. J. Takala, *Life and Health are Fundamental Rights for Workers, Health and Safety at Work: a Trade Union Priority*, ILO, 2002, 5; Ph. Alston, 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime, *European Journal of International Law*, 2004, 15, 503.

<sup>(25)</sup> A. Nissen, *Better Together: a Complementary Approach to Civil Judicial Remedies in Business and Human Rights*, *Penn State Law Review*, 2018, 122(48), 11.

<sup>(26)</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR).

*conditions* need to be created 'whereby everyone may enjoy his or her rights'<sup>(27)</sup>. Roderick MacDonald indicates that qualitative research provides the opportunity to shed a light on barriers and contextual background conditions which impede access to justice<sup>(28)</sup>.

The case study research methodology is particularly well suited to shed empirical light on contemporary phenomena within their real-world context, especially when the boundaries between the phenomena and context may be not evident<sup>(29)</sup> This mode of inquiry allows studying the influence of social, economic and political factors on laws and institutions that can impede the enjoyment of rights in complex and relational contexts<sup>(30)</sup> Evidence from the field also allows the identification, via inductive analysis, of issues and concepts that have not been considered or theorized in the literature<sup>(31)</sup>.

Semi-structured interviews with those concerned with law and policy-making form one of the most important sources for case study researchers<sup>(32)</sup>. Participants with the required expertise and experience of how remediation mechanisms deal with claims in the Kenyan floriculture industry were needed. The categories of participants were defined with the help of the 'access to justice assessment tool' of the American Bar Association<sup>(33)</sup>. It concerned lawyers, trade union and NGO representatives, labour officers, adjudicators and independent experts. A major drawback of this research is that affected right-holders could not be interviewed<sup>(34)</sup>. An Institutional Review Board indicated that interviewing them would be an ambitious endeavour because of the additional layers of protection that are necessary to protect their

---

<sup>(27)</sup> H.J. Cho, *Horizons of Human Rights*, Humanitas, 2016.

<sup>(28)</sup> R. Macdonald, *Access to Civil Justice*, in P. Cane - H. Kritzer (eds), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, 2010, 516.

<sup>(29)</sup> I have used the case study research methodology in the realist tradition. See R. Yin, *Case Study Research and Applications. Design and Methods*, Sage, 2018, 15 and 38.

<sup>(30)</sup> L. Webley, *Stumbling Blocks in Empirical Legal Research. Case Study Research, Law and Method*, 2016, 3, 12–14.

<sup>(31)</sup> D. Choudhuri, *Conducting Culturally Sensitive Qualitative Research*, in M. Constantine - Derald Sue (eds), *Strategies for Building Multicultural Competence in Mental Health and Educational Settings*, John Wiley & Sons, 2005, 277.

<sup>(32)</sup> L. Webley (n 30), 9; A. Argyrou, *Making the Case for Case Studies in Empirical Legal Research*, *Utrecht Law Review*, 2017, 13, 102.

<sup>(33)</sup> American Bar Association, *Access to Justice Assessment Tool*, 2012, [www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/roli/misc/aba\\_rol\\_access\\_to\\_justice\\_assessment\\_manual\\_2012.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/roli/misc/aba_rol_access_to_justice_assessment_manual_2012.authcheckdam.pdf), 34 and 51.

<sup>(34)</sup> Cf A/72/162 (n 20) para 22.

vulnerabilities<sup>(35)</sup>. It was not possible to provide such protection due to resource constraints. Right-holders' views were therefore only indirectly included in this research, in as much as they are reflected in secondary sources.

The participants were recruited via a combination of emails, phone calls and direct approaches. They were sampled for range and identified through non-probability methods to recruit a diverse and specialised overall sample. The literature review indicated that data collection (and analysis) needed to be sufficiently differentiated along age and gender lines. Other 'subcategories' of participants that needed to be included were identified during the fieldwork after the first data were analysed. They were constructed using both reputational and purposive sampling techniques<sup>(36)</sup>. Subcategories of participants were redefined and revised until they did not need further modification. Using snowball sampling made it possible to get in touch with people that were hard to access. The interviewed participants should benefit from the research in exchange for the time and information that they provided.

It is required to discuss the steps that have been taken to ensure the internal validity or credibility (assessment of the causal relationship between theory and evidence), external validity (assessment as to whether the case study's findings can be subject to generalisation), and reliability or dependability (assessment as to whether the applied procedures provide stable and consistent results) of the research<sup>(37)</sup>.

Three data analysis tactics helped to increase the internal validity of the research findings. First, the semi-structured nature of the conducted interviews allowed participants to clarify responses or pursue ideas whenever they felt the need to. New themes and directions could unfold inductively. It is useful to note here that Lisa Webley has stated that immersion in the field might more easily result in confirmation bias by case study researchers<sup>(38)</sup>. However, Bent Flyvbjerg has argued that case study research would not be any more prone to confirmation bias than any other qualitative research method<sup>(39)</sup>. He explains

---

<sup>(35)</sup> The research reported in this article has been approved by the Kenya National Commission for Science, Technology & Innovation (NACOSTI/P/18/59629/22158) and Cardiff University's School of Law and Politics Ethics Committee (SREC/051217/07).

<sup>(36)</sup> Cf C. Hyde, *Multicultural Organization Development in Nonprofit Human Service Agencies: Views from the Field*, *Journal of Community Practice*, 2003, 11(1), 45 referring to M. Miles - M. Huberman, *Qualitative Data Analysis*, Sage, 1994.

<sup>(37)</sup> F. Leeuw - H. Schmeets, *Empirical Legal Research*, Edward Elgar, 2016, 120–122 and 153.

<sup>(38)</sup> L. Webley (n 30), 6.

<sup>(39)</sup> B. Flyvbjerg, *Five Misunderstandings about Case-Study Research*, *Qualitative Inquiry*, 2006, 12(2), 19.

that the field itself is a powerful and unavoidable disciplinary force in case study research. Listening to participants in a context that is not part of the researcher's normal context can, in particular, sharpen the researcher's critical awareness. Second, the explanation-building process benefited from a series of iterations<sup>(40)</sup>. Data collection and data analysis were placed in a dialectical relationship. Data were colour-coded to identify emerging themes and the ways in which people talk about them<sup>(41)</sup>. To define, revise and extend theme categories, more data were added from additional participants. Theme categories were considered to be saturated when data could adequately account for the possible explanations of the identified theme<sup>(42)</sup>. The saturation point was reached after interviewing fourteen participants for (on average) 60 minutes<sup>(43)</sup>. Third, the interview data were triangulated by comparing them with data drawn from other sources. Various data analysis techniques, such as explanation building, pattern matching and cross-case analysis, were used.

Regardless of whether generalisations are derived from the desk research or uncovered at the conclusion of the case study research, they need to be supported by sufficient data and fair argumentative claims to guarantee external validity<sup>(44)</sup>. Two measures were taken to increase the external validity. First, extensive efforts were made to make a connection with research participants that were difficult to reach, in order to collect additional data. Second, the study design was augmented with 'how' and 'why' questions<sup>(45)</sup>.

Finally, accounting for the reliability of the conducted research requires demonstrating that the research approach was consistent and well documented. This is to some extent a consequence of the validity of a case study<sup>(46)</sup>. But, two specific efforts have been made to increase the reliability. First, the research protocol is discussed in detail here and the files with interview data and observations (which contain sensitive information) are stored privately<sup>(47)</sup>. Second, rather than glossing over my role in the field, I draw attention to how

---

<sup>(40)</sup> Cf R. Yin (n 29), 180.

<sup>(41)</sup> Cf C. Hyde (n 36), 48.

<sup>(42)</sup> G. Bowen, *Naturalistic Inquiry and the Saturation concept: A Research Note, Qualitative Research*, 2008, 8, 140.

<sup>(43)</sup> Interview participants KE–K and KE–L refused to be interviewed separately.

<sup>(44)</sup> R. Yin (n 29), 38–40.

<sup>(45)</sup> Furthermore, it is useful to note that I have carried out an additional case study in the South Korean semiconductor industry. Replicating findings of a first case study in a second case study makes the analytical implications more robust (ibid p 55).

<sup>(46)</sup> M. Patton, *Qualitative Evaluation and Research Methods*, Sage, 2002, 14.

<sup>(47)</sup> Cf R. Yin (n 29), 126–136.

my background, agenda and emotions have influenced my work in a reflexive account<sup>(48)</sup>.

### 3. Naming, blaming and claiming

William Felstiner and his co-authors theorized the transformation of unperceived injurious experiences into claims<sup>(49)</sup>. The three phases are naming, blaming and claiming. To begin, people identify a particular experience as injurious (naming). These named injuries can ripen into grievances (blaming). This means that the injury is attributed to the fault of a responsible actor. Third, people voice their grievance to the actor believed to be responsible and engage this actor to ask for a remedy (claiming). Attrition occurs in each phase. Gender is one of the social structural variables – alongside amongst others class, ethnicity, age – which affects such attrition<sup>(50)</sup>. People who suffer intersecting forms of oppression are particularly affected<sup>(51)</sup>.

Floriculture workers are not always aware that their rights are being violated<sup>(52)</sup>. Amongst those workers that can identify a particular experience as injurious and to attribute it to their employers, there is a reported general disbelief that complaining would change anything<sup>(53)</sup>. Like in various other contexts around the world, labour rights violations are seen as ‘God’s will’<sup>(54)</sup>. Justice institutions can only serve their purpose if the people they are intended to serve know about them, trust them and are able to use them<sup>(55)</sup>. Time, networks and money all help to get educated on rights violations and the justice institutions available. Women and other disadvantaged groups have unequal

---

<sup>(48)</sup> A. Nissen, *Case Study Research in Kenya and South Korea: Reflexivity and Ethical Dilemmas* (working paper). See P.C. Hsiung, *Teaching Reflexivity in Qualitative Interviewing, Teaching Sociology*, 2008, 36, 212.

<sup>(49)</sup> W. Felstiner - R. Abel - A. Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming, Law & Society Review*, 1980-1981, 16, 631.

<sup>(50)</sup> *Ibid.*, 636.

<sup>(51)</sup> K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist politics, The University of Chicago Legal Forum*, 1989, 140.

<sup>(52)</sup> Interview data – participants KE–B and KE–C.

<sup>(53)</sup> Interview data – participants KE–D and KE–N.

<sup>(54)</sup> Interview data – participants KE–D and KE–N; F. Afolabi - P. de Beer - J. Haafkens, *Can Occupational Safety and Health Problems Be Prevented or Not? Exploring the Perception of Informal Automobile Artisans in Nigeria, Safety Science*, 2021, 135, 2 and 7.

<sup>(55)</sup> UN General Assembly, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 2013, UN Doc A/68/279 para 43; UN Women, UNDP, UN Office on Drugs and Crime and OHCHR, *A Practitioner’s Toolkit on Women’s Access to Justice Programming*, 2018, HR/PUB/18/2, 93.

access to such resources, due to, amongst others, gender pay gaps and a disproportional share is household work that is not sufficiently valued and rewarded.

For many floriculture workers, claiming their rights in company grievance mechanisms or transforming their claims into a dispute is not affordable. Getting food on the table is the main priority for workers in a country with so much unemployment and limited social security<sup>(56)</sup>. Women and other disadvantaged workers are especially not able to afford the costs that are associated with voicing their grievances<sup>(57)</sup>. Many workers are single mothers who have migrated from non-flower growing regions to the flower farms that are close to Jomo Kenyatta International Airport in Nairobi and Eldoret Airport<sup>(58)</sup>. The potential negative effects of claiming – most importantly dismissal – are worse for them, as they risk being sent out of the company-provided facilities or having to uproot their children<sup>(59)</sup>. This state of dependence is an effective disincentive to raise concerns about any violation of their rights taking place during or outside their working hours.

The interviews indicated that whether in-company proceedings provide an efficient opportunity to complain and continue the working relationship in a constructive manner depends, in practice, solely on the goodwill of the farm management. Floriculture workers are to some extent protected against dismissal and other disciplinary penalties by section 46(h) Employment Act (2007). According to this section, no disciplinary penalties can be imposed on an employee who has brought a complaint or legal proceeding against their employer. However, this section also provides that disciplinary proceedings might be taken ‘where the complaint is shown to be irresponsible and without foundation’.

#### 4. Intermediaries

---

<sup>(56)</sup> M. Ole, *Protecting, Observing and Enforcing Human Rights for Labourers in the Cut Flower Industry in Kenya: a Critique*, 2012, [www.researchkenya.or.ke/thesis/21716/protecting,-observing-and-enforcing-human-rights-for-labourers-in-the-cut-flower-industry-in-kenya:-a-critique](http://www.researchkenya.or.ke/thesis/21716/protecting,-observing-and-enforcing-human-rights-for-labourers-in-the-cut-flower-industry-in-kenya:-a-critique), 73.

<sup>(57)</sup> OHCHR, *Survey for report on "Gender Lens to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Legal Research Consortium"*, 2018, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/2018Survey2.aspx>; C. Sachs - M. Alston, *Global Shifts, Sedimentations, and Imaginaries: An Introduction to the Special Issue on Women and Agriculture*, *Journal of Women in Culture and Society*, 2010, 35(2), 278

<sup>(58)</sup> W. Mitullah - P. Kamau - J. Kivuva (n 3), 29 and 33.

<sup>(59)</sup> Interview data – participants KE-C, KE-I and KE-N.

Intermediaries are important to empower workers to access justice institutions<sup>(60)</sup>. Floriculture workers who are aware, able and prepared to voice their grievances can, in principle, seek support from pro bono lawyers, Kenya Plantation and Agricultural Workers Union (KPAWU) branch officials and shop stewards and NGO representatives. There are, however, representation issues that might complicate floriculture workers' right to a remedy. The reported issues for the three categories of representatives are discussed in turn.

First, floriculture workers can seek support from lawyers who work on a pro bono basis. In some law firms, the interests of lawyers and workers are aligned. Bigger law firms often consider pro bono work as a 'social duty', which provides public relations opportunities<sup>(61)</sup>. One issue that has been reported is that they assign less-experienced staff to prepare such claims<sup>(62)</sup>. The interviews revealed that 'ambulance chasing' lawyers are another problem<sup>(63)</sup>. These lawyers are exclusively driven by money and often do a disservice to the workers they claim to represent. For example, such lawyers would accept a bribe from the floriculture corporation – in the form of an 'out-of-court settlement' – and leave the workers they are supposed to represent empty-handed<sup>(64)</sup>.

Second, those floriculture workers who are unionised – approximately 50 per cent – can try to seek support from KPAWU, which has a monopoly in the floriculture industry (and other agricultural industries)<sup>(65)</sup>. However, KPAWU's parent union, the Central Organization of Trade Unions Kenya (COTU-K), used law-making processes to strengthen its own position in 2007. Until a few days before Mwai Kibaki's first presidential term ended in that year, the Federation of Kenyan Employers had successfully opposed the introduction of new labour laws<sup>(66)</sup>. COTU-K changed the course of history by issuing an ultimatum to Kibaki, saying that it would mobilise its large membership base to vote against the ruling party unless the laws were passed before the election date<sup>(67)</sup>. Due to the time pressure, the laws were passed without much debate

---

<sup>(60)</sup> B. van Rooij, *The People vs. Pollution: Understanding Citizen Action against Pollution in China*, *Journal of Contemporary China*, 2010, 19(63), 70.

<sup>(61)</sup> Interview data – participant KE–J.

<sup>(62)</sup> Interview data – participant KE–O.

<sup>(63)</sup> Interview data – participants KE–C and KE–J.

<sup>(64)</sup> Interview data – participant KE–C.

<sup>(65)</sup> J. Kabiru, *Trade Unionism in the Cut Flower Industry in Kenya. 'A Case of Kenya Plantation and Agricultural Workers Union (KPAWU)*, *European Scientific Journal*, 2018, 14(13), 221.

<sup>(66)</sup> W. Maema, *Current Trends in Employment Disputes in Kenya – a Disturbing Trajectory*, 2016, [www.ikm.co.ke/export/sites/ikm/news/articles/2016/downloads/IKM-Employment-update.pdf](http://www.ikm.co.ke/export/sites/ikm/news/articles/2016/downloads/IKM-Employment-update.pdf), 4.

<sup>(67)</sup> W. Mitullah - P. Kamau - J. Kivuva (n 3), 29.

or scrutiny, almost in the same form in which they had been proposed by COTU-K. This allowed COTU-K to strengthen its monopoly position vis-à-vis other unions. It created rigid registration provisions that curb the freedom of association of workers<sup>(68)</sup> In addition, as will be discussed below the position of NGOs was weakened<sup>(69)</sup>. This has a disproportionately negative impact on women. COTU-K has a strong masculinist culture that excludes women's voices and issues. It is useful to refer to the landmark case *KPAWU v Unilever Tea (K) Ltd* (2014). In this case, KPAWU contested the dismissal of five male workers on a Kenyan Unilever tea plantation who had been dismissed on the basis of disciplinary proceedings for sexual harassment<sup>(70)</sup>. KPAWU claimed that the dismissed workers – most of them in supervising jobs including one worker who admitted that he had attacked a female co-worker in her house – should have been allowed to cross-examine the alleged victims during the disciplinary proceedings, a request that is prohibited in relation to sexual harassment under section 6(3) Employment Act (2007). Unilever aptly observed that KPAWU has 'abdicated its duty of defending ... women, who are also their members'.

In two independent studies, workers have furthermore reported that KPAWU branch officials do generally not inform them of their rights or represent them in cases of rights grievances<sup>(71)</sup> KPAWU allegedly does not pursue rights claims as long as money is coming in<sup>(72)</sup>. While there is limited transparency in the organisation of KPAWU, this observation seems to be evidenced by the following two points. First, most court cases initiated by KPAWU against floriculture corporations that are included in the National Council for Law Reporting's database concern the failure by companies to

---

<sup>(68)</sup> E.g. Section 14(1)(d)(i) Labour Relations Act (2007)

<sup>(69)</sup> KNCHR, 'Report of the Stakeholders Forum on the Development of a National Action Plan on Business and Human Rights, 2016), <http://nap.knchr.org/Portals/0/Report%20of%20the%20Stakeholders%20Forum%20on%20the%20Development%20of%20a%20NAP%20on%20BHR.pdf>, 10.

<sup>(70)</sup> *KPAWU v Unilever Tea Kenya* (2014) 13/2014, Employment and Labour Relations Court (Kericho) para 17.

<sup>(71)</sup> Interview data collected from 24 floriculture workers reported in J. Kabiru (n 65), 222; Interview data collected from 738 floriculture workers reported in Kenya Human Rights Commission, "Wilting in Bloom" *The Irony of Women Labour Rights in the Cut Flower Sector in Kenya*, 2012, [www.khrc.or.ke/publications/63-wilting-in-bloom-the-irony-of-women-s-labour-rights-in-the-cut-flower-sector-in-kenya/file.html](http://www.khrc.or.ke/publications/63-wilting-in-bloom-the-irony-of-women-s-labour-rights-in-the-cut-flower-sector-in-kenya/file.html), 31.

<sup>(72)</sup> Interview data – participant (anonymised). See also NTV, *Zena Roses Workers Demand Salaries Amounting to Ksh. 3M*, 15 October 2018, <https://ntv.nation.co.ke/news/2720124-4807564-yxiobu/index.html>.

deduct union fees, at 2 per cent of their gross wages, to KPAWU<sup>(73)</sup> Second, while the contribution to COTU-K from flower workers alone is estimated to be over KES 200 million (EUR 1.72 million at EUR 1:KES 115.75) per year, KPAWU branch officials reportedly have to work with minimal resources<sup>(74)</sup>. Shop stewards on flower farms reportedly have to do much of their work alone, while not being sufficiently trained in handling complaints.

Third, floriculture workers can try to be supported by NGO representatives. Although NGO representatives face substantial difficulties in representing claimants in a labour office or court, they try to find ways to help workers<sup>(75)</sup>. One interview participant reported, for example, that she helps workers by setting up a mobile office out of sight of the management, where workers can get advice<sup>(76)</sup>. Sometimes, NGO representatives ask a fee for providing their services. While it was alleged by an interview participant that such a fee helps workers 'to see the value of the service provided', the fee can be as high as three months' wage for a floriculture worker<sup>(77)</sup>. To alleviate such problems, the NGO Kenya Human Rights Commission has encouraged the government to work with NGOs and the Law Society of Kenya to allocate more funding to legal aid<sup>(78)</sup>. While a National Legal Aid Service was established in 2016, the stringent conditions currently make access to aid practically unavailable<sup>(79)</sup>.

## 5. Remedies

### 5.1 KNCHR

The Kenya National Commission on Human Rights (KNCHR) – which has A-level UN status under the Paris Principles – can provide those whose rights have been violated with non-binding means of redress<sup>(80)</sup>. Section 8(d) KNCHR Act (2011) provides that this Commission can receive and investigate grievances about alleged abuses of human rights, and endeavour to resolve them by conciliation, negotiation or mediation. While the UN Working Group on

---

<sup>(73)</sup> E.g. *KPAWU v Expressions Flora Limited* (2012) 11/2012, Industrial Court.

<sup>(74)</sup> Kenya Human Rights Commission (n 71), XI.

<sup>(75)</sup> Interview data – participant KE–J.

<sup>(76)</sup> Ibid.

<sup>(77)</sup> Interview data – participant (anonymised).

<sup>(78)</sup> Section 29(2) (d) Legal Aid Act 2016 (KE).

<sup>(79)</sup> Interview data – participants KE–A, KE–C and KE–J. See KNCHR, *National Baseline Assessment on Business and Human Rights*, 2017, <http://nap.knchr.org/Portals/0/Reports/Kenya%20NBA%20Final.pdf>, 49.

<sup>(80)</sup> UN General Assembly, Res 48/134 (1993) UN Doc A/48/49.

Business and Human Rights stated that it heard only positive comments about the KNCHR's investigation of grievances<sup>(81)</sup>, it was perceived by some interview participants as a 'talking shop' that sees its adjudicating role as 'optional'<sup>(82)</sup>. The KNCHR's website explains that grievances that do not touch on discrimination issues are redirected to the Ministry of Labour and Social Protection's labour offices<sup>(83)</sup>. This practice can be considered unfortunate in light of the conclusions that are drawn in part 5.2 below. An additional problem is that the KNCHR Act provides that discrimination grievances that fall under the mandate of the Gender and Equality Commission are also outside the KNCHR's jurisdiction<sup>(84)</sup>. This further limitation to the scope of grievances that can be brought before the KNCHR is unfortunate as the Gender and Equality Commission does not host a justice institution<sup>(85)</sup>.

## 5.2 Labour offices

The Ministry of Labour and Social Protection's labour officers have jurisdiction over any dispute as to the rights of workers, including the right to occupational safety and health<sup>(86)</sup>. Major advantages compared to court proceedings are that labour officers' decisions are made promptly and informally<sup>(87)</sup>. There is little cost involved and workers can be helped in Swahili.<sup>88</sup> Labour officers can consider laws, policies, codes of conduct, collective bargaining agreements and findings of ex officio investigations in their non-binding decisions<sup>(89)</sup>.

There are, however, considerable practical and legal issues that impede the proceedings before labour officers. Practical issues include limited staffing,

---

(81) UN Working Group on Business and Human Rights, *Statement at the End of Visit to Kenya*, 2018, [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23356&LangID=E](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23356&LangID=E).

(82) Interview data – participants KE–D and KE–E.

(83) KNCHR, *About us*, [www.knchr.org/Aboutus/FAQs.aspx](http://www.knchr.org/Aboutus/FAQs.aspx), accessed 28 February 2018.

(84) Section 8 (d) Kenya National Commission on Human Rights Act Nr 14 2011 (KE).

(85) CEDAW, *Concluding Observations on the Eighth Periodic Report of Kenya*, 2017, UN Doc CEDAW/C/KEN/CO/8 para 14.

(86) Section 87(1)(b) Employment Act 2007 (KE). The Ministry of Labour and Social Protection's Directorate of Occupational Health and Safety has been recognised by the court as also having the power to adjudicate work injury claims. However, this has been disputed in court (see I. Kashindi - G. Kashindi - P. Munyao, *Employment and Labour Law in Kenya*, 2018, [www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3b9fee6-9be3-488f-8984-298724a9c797](http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3b9fee6-9be3-488f-8984-298724a9c797)).

(87) Interview data – participant (anonymised).

(88) Interview data – participant (anonymised).

(89) Interview data – participants KE–D, KE–H and KE–N.

limited training and bureaucratic procurement procedures. Interviewed labour officers themselves confirmed that they were open to corruption<sup>(90)</sup>. Arguably, the legal issues are even more concerning. These issues are connected to the finding that COTU-K prioritised its own perceived interests over those of workers during the 2007 legal reforms.

Most notably, section 48 Employment Act (2007) sets out that NGO representatives or pro bono lawyers cannot represent workers in a labour office. This is a privilege of trade union representatives<sup>(91)</sup>. Normally, shop stewards will represent workers in the labour office, and they report the results of the negotiations back to the KPAWU headquarters. Even if NGO representatives try to advise workers without formally representing them, this would, reportedly, have little impact. NGO representatives alleged that labour officers do not mediate with workers who are not represented by KPAWU but 'just ask workers to sign'<sup>(92)</sup>. One interviewed labour officer seemed to confirm such practices when he explained that NGO representatives are 'annoying' and 'not representative'<sup>(93)</sup>.

Section 40 Employment Act also serves the perceived interests of COTU-K. This section regulates terminations on account of redundancy. This section is reportedly often abused to dismiss, without payment of severance pay and compensation for the leave to which they are entitled, those workers that try to obtain an in-company or state-based remedy. Labour officers can play an important role in reviewing whether employers have accounted for the seniority, skills, abilities and reliability of employees when workers' services have become 'superfluous' through no fault of their own, for example, when employers face inefficiency gains or falling demand in low seasons. But, section 40 protects trade union representatives better than both non-unionised and unionised workers. Trade union representatives have a right to be informed about 'the reasons for, and the extent of, the intended redundancy' by the employer, alongside the labour officer. Non-unionised workers also have a right to be informed about their redundancy alongside the labour officer, but they do not have a right to be informed about the reasons or the extent of the redundancy<sup>(94)</sup>. Unionised workers do not even have a right to be informed

---

<sup>(90)</sup> Interview data – participant (anonymised).

<sup>(91)</sup> Interview data – participant (anonymised).

<sup>(92)</sup> Interview data – participant (anonymised).

<sup>(93)</sup> Interview data – participant (anonymised).

<sup>(94)</sup> Section 40 (1)(b) and (f) Employment Act 2007 (KE).

directly by the employer about their redundancy<sup>(95)</sup>. This creates opportunities for bribery, as trade union representatives can wield undue influence on the labour officer without the knowledge of the worker.

### 5.3 Courts

The Kenyan judicial system is a three-instance system, which is composed of the High Courts and Employment and Labour Relations Courts as the courts of first instance, six Courts of Appeal, and the Supreme Court as the ultimate court of appeal<sup>(96)</sup>. The High Courts in the counties have powers to determine judicial proceedings and constitutional petitions. The Employment and Labour Relations Courts (or 'Industrial Courts') are of equal status to the High Courts and deal specifically with all matters relating to labour and employment. Decisions by the courts of first instance can be appealed to a Court of Appeal. Further appeals come before the Supreme Court, but only in limited circumstances.

The United Nations 2015 Universal Periodic Review indicated that the Kenyan judiciary was considered to lack independence. Interviewed participants agreed that corruption occurs in court cases<sup>(97)</sup>. Typically, files go 'missing' in such cases<sup>(98)</sup>. Nevertheless, corruption by the judiciary has decreased a lot in recent years<sup>(99)</sup>. The main reason for this improvement is the increased control over judges due to the increased computerisation of the court system<sup>(100)</sup>. Another reason is the active and activist role that the Industrial Courts have taken upon themselves<sup>(101)</sup>. Proactive judges in this court understand that they can provoke change, as much gravitas is attached to binding court proceedings in Kenyan society<sup>(102)</sup>.

Article 22 Constitution provides that every person has the right to institute court proceedings claiming that rights or fundamental freedoms in the Bill of Rights have been denied, violated, infringed or threatened<sup>(103)</sup>. Workers

---

<sup>(95)</sup> Section 40 *ibid*; *Kenya National Private Security Workers Union v G4S Kenya Limited* (2017) 2326/2017, Employment and Labour Relations Court (Nairobi).

<sup>(96)</sup> Art 48 Constitution 2010 (KE).

<sup>(97)</sup> HRC, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review*, 2015, UN Doc A/HRC/29/10 para 142.

<sup>(98)</sup> Interview data – participant KE–B.

<sup>(99)</sup> Interview data – participants KE–C and KE–E.

<sup>(100)</sup> Interview data – participants KE–B and KE–G.

<sup>(101)</sup> Interview data – participants KE–A, KE–C, KE–D, KE–E, KE–F and KE–G; Maema (n 66) p 4.

<sup>(102)</sup> Interview data – participants KE–A, KE–D, KE–F, KE–G and KE–O.

<sup>(103)</sup> Art 22(1) *ibid*.

need to file their claims within a time frame of three years from the alleged breach<sup>(104)</sup>. Bringing claims in court often requires expert knowledge of the law and legal proceedings. Flower corporations are normally represented in court by their human resource manager and an external lawyer. KPAWU officials have represented floriculture workers in court. It used to be problematic for NGOs to represent workers in court, as they have no legal standing<sup>(105)</sup>. However, they have found a way around this issue<sup>(106)</sup>. They can file 'constitutional petitions' to secure and preserve rights guaranteed by the Constitution, including the Bill of Rights, under Articles 22(2) and 258(2)(c) Constitution<sup>(107)</sup>. Class actions are allowed<sup>(108)</sup>. This allows claimants to pool resources and add visibility to their case.

The formalities relating to initiating court proceedings should be kept to a minimum<sup>(109)</sup>. Courts entertain proceedings on the basis of informal documentation. It is relatively easy to get and use video or written proof<sup>(110)</sup>. Blood tests, soil reports and medical notes can also be used as evidence<sup>(111)</sup>. Witnesses can be brought to court, but witness protection is poor<sup>(112)</sup>.

Moreover, there are considerable barriers to bringing claims to court. Such barriers exist in particular for women working in the Kenyan floriculture industry. They are five times less likely to file proceedings in court (while they are more numerous and work in worse conditions than men). Costs, the long delays in proceedings and limited access to court documents pose considerable challenges to access to justice for floriculture workers<sup>(113)</sup>. Each concern is discussed in turn. First, Article 48 Constitution stipulates that a fee to file a claim may be required. Claimants reportedly have to pay to get copies of proceedings and judgments. There are various other costs, including the costs of transport to court and the price of medical evidence. For example, in *William Wagura Maigu v Elbur Flora* (2012), the claimant paid a doctor KES 10,000 (EUR 86),

---

<sup>(104)</sup> Section 90 Labour Employment Act 2007 (KE).

<sup>(105)</sup> Interview data – participants KE–E and KE–K/KE–L.

<sup>(106)</sup> Interview data – participants KE–A and KE–F.

<sup>(107)</sup> Interview data – participant KE–G; Katiba Institute, *What we Do*, [www.katibainstitute.org/what-we-do/litigation/](http://www.katibainstitute.org/what-we-do/litigation/).

<sup>(108)</sup> Art 22(2)(b) Constitution 2010 (KE).

<sup>(109)</sup> Art 22(3)(b) *ibid.*

<sup>(110)</sup> Interview data – participant KE–B.

<sup>(111)</sup> *Bigot Flower v Julius Mwaniki Wachiri* (2016) 12/2015, Employment and Labour Relations Court (Nakuru) para 13.

<sup>(112)</sup> Interview data – participants KE–B, KE–F and KE–K/KE–L.

<sup>(113)</sup> R. Kibugi, *Development and the Balancing of Interests in Kenya*, in M. Faure - W. Du Plessis (eds), *The Balancing of Interests in Environmental Law in Africa*, Pulp, 2011, 186.

which equals approximately a month's wage, to produce a medical report that stated that he became quadriplegic after falling off a greenhouse, even though health facilities are under an obligation to keep and maintain records<sup>(114)</sup>. Costs of court proceedings follow the events unless for good reason the judge rules otherwise, either awarding no costs or directing both parties to bear their own costs<sup>(115)</sup>. Second, the long delays in proceedings are another barrier that impedes access to courts. Proceedings can take more than a decade, but some courts, such as the Industrial Courts in Nyeri and Nakuru, work relatively fast<sup>(116)</sup>. The main reason for the existing lengthy delays is that Kenyan courts have limited human and material resources to fully carry out their functions<sup>(117)</sup>. Third, claimants sometimes face barriers in accessing court documents. For example, the High Court found, in *Moses Lubakwa v Bigot Flowers* (2012), that the claimant was 'not serious and not acting diligently' as he had not tried hard enough to get copies of proceedings – despite being able to prove that such copies had been requested – during the three years that his case was pending<sup>(118)</sup>.

Judges can directly rely upon the Constitution, which has supremacy over all laws<sup>(119)</sup>. Judges can also interpret international treaties or conventions that Kenya has ratified. Article 2(5)-(6) Constitution removed the need for 'domestication' of international law. Nevertheless, the status of ratified treaties and conventions in Kenya remains unclear for two reasons<sup>(120)</sup>. First, the relation between provisions in the Constitution and international law is uncertain. Second, Article 93(5) Constitution 'preserves the people's sovereignty and power to enact laws binding unto themselves through Parliament'. This preservation of the role of Parliament extends through the Treaty Making and Ratification Act (2012), which sets out that Parliament should play a decisive role in incorporating international law into Kenya. A related challenge is the limited expertise of judges about the Constitution and international law. For

---

<sup>(114)</sup> *William Wagura Maigua v Elbur Flora* (2012) 248/2011, High Court (Nakuru).

<sup>(115)</sup> Section 27 Civil Procedure Act 2007 (KE).

<sup>(116)</sup> Interview data – participants KE–A and KE–F. See e.g. *Elgon Orchards v Doris Gerizo Agote* (2014) 25/2008, High Court (Kitale); *Esther Wavinya Mulwa v Redland Roses* (2017) 548/2009, High Court (Milimani).

<sup>(117)</sup> A/HRC/29/10 (n 97) para 142.

<sup>(118)</sup> *Moses Lubakwa v Bigot Flowers* (2012) 100/2008, High Court (Nakuru). See also *Daniel Karari v Bigot Flowers* (2012) 101/2008, High Court (Nakuru).

<sup>(119)</sup> Article 2(1) Constitution 2010 (KE).

<sup>(120)</sup> J. Ndirangu, *Do Articles 2 (5) and 2(6) of the Constitution of Kenya 2010 transform Kenya into a Monist State?*, 2014, [www.ssrn.com/abstract=2516706](http://www.ssrn.com/abstract=2516706). See also CEDAW, *List of Issues and Questions in Relation to the Eighth Periodic Report of Kenya*, 2017, UN Doc CEDAW/C/KEN/Q/8 para 1.

example, in a decision of 2020, the Supreme Court failed to call out the incompatibility of the single union requirements of section 14(1)(d)(i) Labour Relations Act (2007) with Article 24 of the Constitution and Kenya's international obligations, including article 8 ICESCR<sup>(121)</sup>.

It was explained in part 3 that grievances regarding labour rights are often only brought to court after the worker has been dismissed (or when no wages or union dues have been paid). On several occasions, the courts have set out that the employer must comply with procedural and substantive fairness when dismissing workers. This means that the reasons for dismissal must be valid and that a fair procedure must be followed. Fair procedure includes the right of the worker to be heard before being summarily dismissed. For example, in *KPAWU v Sirgoek Flowers Ltd*, the Industrial Court held that it was unfair to fire a worker for gross misconduct without sending a show-cause letter or hearing the worker<sup>(122)</sup>. The court, in determining a wrongful dismissal, may recommend to the employer to pay the wages that the worker would be entitled to or up to the equivalent of a maximum of one year's wages or salary (sections 49 and 50 Employment Act (2007))<sup>(123)</sup>. The court can also order the worker to reinstate the employee in the same or similar work in which they were employed prior to dismissal, at the same wage. Courts will, however, normally not grant the latter 'remedy' as the working relationship between employer and worker will have been damaged.

In health and safety cases, the court normally determines whether the alleged violation was caused by the corporation's negligence and/or breach of contractual duty and, if so, whether the respondent is entitled to any damages and to what extent. It is useful to give three examples. First, in *Mt. Elgon Orchards v Doris Gerizo Agote* (2014), the High Court held that the defendant had been 30 per cent responsible for chemical trauma to both eyes 'by failing to observe safety precautions'<sup>(124)</sup>. The claimant was 70 per cent responsible as the defendant should not have been asked to harvest flowers before the chemicals had dried up. Second, in *David Gaitbo Ndungu v Timafloor Ltd* (2016), the Employment and Labour Relations Court considered that the defendant had

---

<sup>(121)</sup> *KPAWU v KEFHU and the Registrar of Trade Unions* (2020) 4/2018, Supreme Court. See Nissen (n 17).

<sup>(122)</sup> *KPAWU v Sirgoek Flowers Limited* (2013) 34/2013, Industrial Court (Nakuru) interpreting section 44(4)(d) Employment Act 2007 (KE).

<sup>(123)</sup> E.g. *David Gaitbo Ndungu v Timafloor Limited* (2017) 132/2016, Employment and Labour Relations Court (Nyeri).

<sup>(124)</sup> *Elgon Orchards v Doris Gerizo Agote* (n 116). See also *Esther Wavinya Muhwa v Redland Roses* (n 116).

unfairly dismissed the claimant after he had been hospitalised for organophosphate poisoning and refused to sign a declaration that he was 'fit to work'<sup>(125)</sup>. In both cases, the court considered that the employer failed to provide protective work gear (as required under section 101(1) Occupational Health and Safety Act (2007)). In more recent cases, however, the Employment and Labour Relations Court held that injured workers were considered 50 per cent responsible *because* they had been provided with protective gear<sup>(126)</sup>. Arguably, all the applied standards of shared liability fall below the standard set out in the UN Principles on Human Rights and the Protection of Workers from Exposure to Toxic Substances (2019)<sup>(127)</sup>. Principle 13 describes that remediation mechanisms need to take into account information about occupational diseases that are known to have occurred in a particular type of work or industry.

Corporations often allege that the worker was not employed or not 'on duty' at the time of an accident or unlawful dismissal<sup>(128)</sup>. Payslips with the name of the claimant and respondent are accepted as evidence to prove that the worker was in an employment relationship<sup>(129)</sup>. Some employers are, however, reluctant to provide payslips or allege that they provide them via email, even though most workers do not have access to the Internet<sup>(130)</sup>. In response, some Employment and Labour Relations courts have held that the burden of proof for holding that workers were not 'on duty' is on the corporation<sup>(131)</sup>. According to section 74 Employment Act (2007), employers have to keep written records of all employed workers, their rest days and sick leave. In practice, most employers fail to provide these records in court. An exception is *Bigot Flowers*

---

<sup>(125)</sup> *David Gaitbo Ndungu v Timafloor Limited* (n 123).

<sup>(126)</sup> *Bigot Flowers (K) Limited v Livingstone Oramis Ekirapa* (2019) 3/2016, Employment and Labour Relations Court (Nakuru); *Bigot Flowers Limited v Zakiah Kairuthi Shaban* (2019) 61/2017, Employment and Labour Relations Court (Nakuru).

<sup>(127)</sup> HRC, *Principles on Human Rights and the Protection of Workers from Exposure to Toxic Substances. Report of the Special Rapporteur on the Implications for Human Rights of the Environmentally Sound Management and Disposal of Hazardous Substances and Wastes*, 2019, UN Doc A/HRC/42/41 para 88.

<sup>(128)</sup> E.g. *Elgon Orchards v Doris Gerizo Agote* (n 116); *Kashindi* (n 86).

<sup>(129)</sup> *Esther Wavinya Mulwa v Redland Roses* (n 116).

<sup>(130)</sup> *KPAWU v Kongoni River Farm (Star Division)* (2017) 124/2017, Employment and Labour Relations Court (Nakuru); Antony Gitonga, *Another Flower Farm Sacks 500 Workers in Naivasha*, *Standard Digital* (Nairobi, 10 April 2017), [www.standardmedia.co.ke/business/article/2001235717/another-flower-farm-sacks-500-workers-in-naivasha](http://www.standardmedia.co.ke/business/article/2001235717/another-flower-farm-sacks-500-workers-in-naivasha)).

<sup>(131)</sup> *Bigot Flower v Julius Mwaniki Wachiri* (n 111) para 20; *Elgon Orchards v Doris Gerizo Agote* (n 116).

*Limited v Peter Jakoyo Anyago* (2019)<sup>(132)</sup>. In this case, the judge decided that the defendant had not been at work because his name was not in the records.

## 6. Conclusion

This article assessed access to justice for Kenyan floriculture workers. Labour rights disputes – mostly touching on the right to health and safety at work – are often only brought in state-based justice institutions after the worker has been dismissed (or when wages or union dues have not been paid out). Floriculture workers can simply not afford to bring a remedy against their employer and risk losing their jobs. Such impacts are especially strong for women workers who face multiple forms of discrimination. Capacity constraints are in many respects a product of Kenya's position within the broader international political economy, where it is dependent on a labour-intensive export sector. Such constraints are likely to persist, as the bilateral Economic Partnership Agreement between the European Union – the most import market for the Kenyan floriculture industry – and the East African Community does not significantly alter the existing system<sup>(133)</sup>. Furthermore, the sound working of legal and institutional systems for the protection of Kenyan floriculture workers is subordinated to the perceived interests of political and economic elites. The integrity of administrative or judicial processes is sometimes undermined by the corruption of individual officials. This article has also determined that existing labour laws are functional for serving the needs of the trade union COTU-K at the expense of workers. Various deficits in the proceedings of the KNCHR and the labour offices have been identified. Some judges, especially in the Employment and Labour Relations Court are, however, oriented towards strengthening rights remediation. They have already found some ways to work around laws that favour those in power. Findings of case study research are fragmentary and cannot be transferred or generalised across contexts. Nevertheless, some of the results might be relevant to other contexts. The findings might be partly applicable in other export industries. I have, for example, been able to find similar patterns regarding fear of dismissal in an

---

<sup>(132)</sup> *Bigot Flowers Limited v Peter Jakoyo Anyago* (2019) 60/2017, Employment and Labour Relations Court (Nakuru).

<sup>(133)</sup> See A. Nissen (n 17).

additional case study on remediation for workers in the Korean semiconductor industry<sup>(134)</sup>.

---

<sup>(134)</sup> Compare the titles of my two articles in popular media on these two case studies: A. Nissen, *In Kenia is de Ene Rozenplantage de Andere Niet: 'Klagen is Ontslag Vragen'*, 24 October 2020, Knack, <https://www.knack.be/nieuws/wereld/in-kenia-is-de-ene-rozenplantage-de-andere-niet-klagen-is-ontslag-vragen/article-longread-1656597.html>, and A. Nissen, *Meer dan 200 Samsung-arbeiders Ziek of Dood door Blootstelling aan Toxische Chemicaliën. Wie Klacht Indient Verliest haar Job*, January 2021, Eos Magazine.

## Bibliography

- Afolabi F. - de Beer P. - Haafkens J., *Can Occupational Safety and Health Problems Be Prevented or Not? Exploring the Perception of Informal Automobile Artisans in Nigeria*, in *Safety Science*, 2021, 135.
- Alston Ph., 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime, in *European Journal of International Law*, 2004, 15.
- Argyrou A., *Making the Case for Case Studies in Empirical Legal Research*, in *Utrecht Law Review*, 2017, 13.
- Barrientos S., *Gender and Work in Global Value Chains: Capturing the Gains?*, Cambridge University Press, 2019.
- Bellace J. - ter Haar B., *Perspectives on Labour and Human Rights* in J. Bellace - B. ter Haar (eds), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law*, Routledge, 2019.
- Bowen G., *Naturalistic Inquiry and the Saturation concept: A Research Note*, in *Qualitative Research*, 2008, 8.
- Cho H.J., *Horizons of Human Rights*, Humanitas, 2016.
- Choudhuri D., *Conducting Culturally Sensitive Qualitative Research*, in M. Constantine - D. Sue (eds), *Strategies for Building Multicultural Competence in Mental Health and Educational Settings*, John Wiley & Sons, 2005.
- Chowdhury E., *Development*, in L. Disch - J. Hawkesworth (eds), *The Oxford Handbook of Feminist Theory*, OUP, 2016.
- Crenshaw K., *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist politics*, The University of Chicago Legal Forum, 1989.
- Felstiner W. - Abel R.- Sarat A., *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, in *Law & Society Review*, 1980-1981, 16.
- Flyvbjerg B., *Five Misunderstandings about Case-Study Research*, in *Qualitative Inquiry*, 2006, 12(2).
- Hafner-Burton E., *Making Human Rights a Reality*, Princeton University Press, 2013.
- Hsiung P.C., *Teaching Reflexivity in Qualitative Interviewing*, in *Teaching Sociology*, 2008, 36.
- Hughes A., *Global Commodity Networks, Ethical Trade and Governmentality: Organising Business Responsibility in the Kenyan Cut Flower Industry*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, 2001.
- Hyde C., *Multicultural Organization Development in Nonprofit Human Service Agencies: Views from the Field*, in *Journal of Community Practice*, 2003, 11(1).
- Kabiru J., *Trade Unionism in the Cut Flower Industry in Kenya. 'A Case of Kenya Plantation and Agricultural Workers Union (KPAWU)*, in *European Scientific Journal*, 2018, 14(13).
- Kargbo A. - Mao J. - Wang C.Y., *The Progress and Issues in the Dutch, Chinese and Kenyan Floriculture Industries*, in *African Journal of Biotechnology*, 2010, 9(44).
- Kenya Human Rights Commission, "Wilting in Bloom" *The Irony of Women Labour Rights in the Cut Flower Sector in Kenya*, 2012, [www.khrc.or.ke/publications/63-wilting-in-bloom-the-irony-of-women-s-labour-rights-in-the-cut-flower-sector-in-kenya/file.html](http://www.khrc.or.ke/publications/63-wilting-in-bloom-the-irony-of-women-s-labour-rights-in-the-cut-flower-sector-in-kenya/file.html).
- Kibugi R., *Development and the Balancing of Interests in Kenya*, in M. Faure - W. Du Plessis (eds), *The Balancing of Interests in Environmental Law in Africa*, Pulp, 2011.
- Leeuw F. – Schmeets H., *Empirical Legal Research*, Edward Elgar, 2016.

- Macdonald R., *Access to Civil Justice* in P. Cane - H. Kritzer (eds), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, 2010.
- Maema W., *Current Trends in Employment Disputes in Kenya – a Disturbing Trajectory*, 2016, [www.ikm.co.ke/export/sites/ikm/news/articles/2016/downloads/IKM-Employment-update.pdf](http://www.ikm.co.ke/export/sites/ikm/news/articles/2016/downloads/IKM-Employment-update.pdf).
- Miles M. - Huberman M., *Qualitative Data Analysis*, Sage, 1994.
- Mitullah W. - Kamau P. - Kivuva J., *Employment Creation in Agriculture & Agro-Processing Sector in Kenya in the Context of Inclusive Growth: Political Economy & Settlement Analysis*, in *Partnership for African Social & Governance Research Working Paper*, 2017, 20, [www.pasgr.org/wp-content/uploads/2017/08/Employment-creation-in-agriculture-and-agro-processing-sector-in-Kenya-in-the-context-of-inclusive-growth.pdf](http://www.pasgr.org/wp-content/uploads/2017/08/Employment-creation-in-agriculture-and-agro-processing-sector-in-Kenya-in-the-context-of-inclusive-growth.pdf).
- Ndirangu J., *Do Articles 2 (5) and 2(6) of the Constitution of Kenya 2010 transform Kenya into a Monist State?*, 2014, [www.ssrn.com/abstract=2516706](http://www.ssrn.com/abstract=2516706).
- Nissen A., *Better Together: a Complementary Approach to Civil Judicial Remedies in Business and Human Rights*, in *Penn State Law Review*, 2018, 122(48).
- Nissen A., *Case Study Research in Kenya and South Korea: Reflexivity and Ethical Dilemmas* (working paper).
- Nissen A., *In Kenia is de Ene Rozenplantage de Andere Niet: "Klagen is Ontslag Vragen"*, 24 October 2020, Knack, <https://www.knack.be/nieuws/wereld/in-kenia-is-de-ene-rozenplantage-de-andere-niet-klagen-is-ontslag-vragen/article-longread-1656597.html>.
- Nissen A., *Meer dan 200 Samsung-arbeiders Ziek of Dood door Blootstelling aan Toxische Chemicaliën. Wie Klacht Indient Verliest haar Job*, January 2021, Eos Magazine.
- Nissen A., *Trade with the EU, Variable Geometry and Human Rights in the EAC*, in *Milan Law Review*, forthcoming.
- Nowakowska M. - Tubis A., *Reliability of the Cut Flowers' Supply Chain*, in L. Podofilini - B. Sudret - B. Stojadinovic - E. Zio - W. Kröger (eds), *Safety and Reliability of Complex Engineered Systems*, CRC Press, 2015.
- Ole M., *Protecting, Observing and Enforcing Human Rights for Labourers in the Cut Flower Industry in Kenya: a Critique*, 2012, [www.researchkenya.or.ke/thesis/21716/protecting-observing-and-enforcing-human-rights-for-labourers-in-the-cut-flower-industry-in-kenya-a-critique](http://www.researchkenya.or.ke/thesis/21716/protecting-observing-and-enforcing-human-rights-for-labourers-in-the-cut-flower-industry-in-kenya-a-critique).
- Patton M., *Qualitative Evaluation and Research Methods*, Sage, 2002.
- Sachs C. - Alston M., *Global Shifts, Sedimentations, and Imaginaries: An Introduction to the Special Issue on Women and Agriculture*, *Journal of Women in Culture and Society*, 2010, 35(2).
- Styles M., *Roses from Kenya : Labor, Environment, and the Global Trade in Cut Flowers*, University of Washington Press, 2019.
- Tsimbiri P. and others, *Health Impact of Pesticides on Residents and Horticultural Workers in the Lake Naivasha Region*, in *Occupational Diseases and Environmental Medicine*, 2015, 3.
- Risse Th. - Ropp S., *Introduction and Stock-taking*, in Th. Risse, S. Ropp - K. Sikkink (eds), *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance*, Cambridge University Press, 2013.
- Risse Th. - Sikkink K., *Conclusions*, in Th. Risse - S. Ropp - K. Sikkink (eds), *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance*, Cambridge University Press, 2013.

- Takala J., *Life and Health are Fundamental Rights for Workers*, in *Health and Safety at Work: a Trade Union Priority*, ILO, 2002.
- van Rooij B., *The People vs. Pollution: Understanding Citizen Action against Pollution in China*, in *Journal of Contemporary China*, 2010, 19(63).
- Webley L., *Stumbling Blocks in Empirical Legal Research. Case Study Research*, in *Law and Method*, 2016, 3.
- Yin R., *Case Study Research and Applications. Design and Methods*, Sage, 2018.