



LaBoUR & Law Issues

Rights | Identity | Rules | Equality

Vol. 7, n. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Indice n. 1/2021

Idee

M. BARBERA, <i>Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione</i>	I. 1
S. BORELLI - M. RANIERI, <i>La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank</i>	I. 18
M. PERUZZI, <i>Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale</i>	I. 48
G. PINOTTI, <i>Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali</i>	I. 77

Saggi

G. BANDELLONI, <i>Corsi e ricorsi dell'eterodirezione</i>	1
E. GONNELLI, <i>La regolarizzazione dei lavoratori migranti come intervento straordinario per far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19</i>	32
O. RUBAGOTTI, <i>Welfare occupazionale e tendenze evolutive</i>	59

Comparative & International Overview

A. BAYLOS GRAU, <i>Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders</i>	C. 1
R. DE LACERDA CARELLI - M. CARVALHO SAMPAIO OLIVEIRA - S. GRILLO, <i>Concept and criticism of digital labour platforms</i>	C. 28
C. VALENTI, <i>The individual right to continuous training of workers: an analysis of best practices in the international framework</i>	C. 54

Reports & Comments

A. DONINI, <i>Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto</i>	R. 1
C. OGRISEG, <i>Lavoro agile emergenziale tra obblighi di tutela della persona ed esigenze dell'impresa</i>	R. 7
M. BARBIERI, <i>La ragione di un commento a un accordo aziendale importante</i>	R. 72
T. SCACCHETTI, <i>Un successo della mobilitazione</i>	R. 80
G. FALASCA, <i>I diritti e la gig economy possono convivere se funzionano le relazioni industriali</i>	R. 87
N. QUONDAMATTEO, <i>Eppur si muove. Il difficile cammino della contrattazione collettiva nel settore del food delivery</i>	R. 92
A. INGRAO, <i>Le parti e la natura dell'accordo di secondo livello che disciplina la "subordinazione adattata" dei ciclo - fattorini Just eat – Takeaway.com Express Italy</i>	R. 114
A. DI STASI, <i>Passaggio dalla società e dal rapporto precedente alla nuova società e al nuovo rapporto, tra qualificazione e trasferimento d'azienda (artt. 4 e 23)</i>	R. 123
L. TORSELLO, <i>Contratti a termine, somministrazione e lavoro intermittente (artt. 4 e 6)</i>	R. 129
V.S. LECCESE, <i>Il part-time e il lavoro intermittente nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)</i>	R. 140
V.S. LECCESE, <i>La disciplina dell'orario di lavoro nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)</i>	R. 154
A. INGRAO, <i>Il controllo a distanza sulla prestazione dei ciclo fattorini tra Scoober App e GPS</i>	R. 163
M. FORLIVESI, <i>Retribuzione e inquadramento nel contratto collettivo aziendale c.d. Just Eat</i>	R. 175
A. ROTA, <i>L'accordo integrativo aziendale Takeaway.com: il profilo prevenzionistico</i>	R. 188
R. DI MEO, <i>I diritti sindacali (art. 22)</i>	R. 205
F. MARTELLONI, <i>Quali diritti sindacali per le Unions dei riders?</i>	R. 211



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione

MARZIA BARBERA
Università di Brescia

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione

MARZIA BARBERA

Università di Brescia

Ordinaria di Diritto del Lavoro

marzia.barbera@unibs.it

ABSTRACT

The paper analyses the first Italian decision on algorithmic discrimination and discusses the structure of the judgment and the possibility of framing algorithmic discrimination as a case of direct or indirect discrimination.

Keywords: algorithmic discrimination; direct discrimination; indirect discrimination; proxy discrimination; algorithmic management.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13127>

Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione

SOMMARIO: 1. Le questioni poste dalle discriminazioni algoritmiche. - 2. Quel che sappiamo del *management* tramite algoritmi. - 3. Quel che ne sa il diritto antidiscriminatorio. Come si accerta una discriminazione. - 4. Che forma di discriminazione: indiretta o diretta?

1. Le questioni poste dalle discriminazioni algoritmiche

Il punto di partenza di questo articolo è la prima decisione giudiziale italiana, probabilmente la prima decisione europea, in tema di discriminazioni algoritmiche: l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020, con la quale è stata decisa la causa promossa dalle organizzazioni sindacali Filcams Cgil Bologna, Nidil Cgil Bologna, Filt Cgil Bologna contro la società Deliveroo. Il Tribunale ha concluso nel senso della sussistenza di una discriminazione indiretta in relazione alle condizioni di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale, condizioni basate su statistiche relative alla “partecipazione e affidabilità” dei lavoratori, e ha condannato la società convenuta a rimuovere gli effetti della condotta e al pagamento, a favore delle parti ricorrenti, del risarcimento del danno non patrimoniale, nella misura di 50.000 euro, oltre che alla rifusione delle spese di lite.

Le ragioni per occuparsi di questa decisione sono molteplici.

Anzitutto, il caso è una sorta di manuale applicato di diritto antidiscriminatorio che sottopone all'attenzione di chi legge tutte le possibili questioni che possono darsi in un giudizio di discriminazione. Sono d'accordo con Maria Vittoria Ballestrero⁽¹⁾ quando loda la capacità del giudice di padroneggiare tali questioni, di natura molto complessa. Ma a questi apprezzamenti vorrei aggiungere uno che riguarda la capacità degli attori e dei loro difensori di costruire la causa come un caso di *strategic litigation*. Se questa fosse una nota dedicata al tema della *legal mobilization*, si potrebbe andare a fondo sulle condizioni che consentono oggi di usare questa forma di mobilitazione non come un sostituto ma come un sostegno alle forme di *political mobilization* messe in atto dagli attori sociali, e leggere in questa causa la conferma di una previsione

⁽¹⁾ M. V. Ballestrero, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, *Labor*, 2021, 1, 104 ss. Poiché quel giudice è una donna, non posso non concordare con lei anche nel sottolineare il contributo che le donne giudici del lavoro stanno dando alla evoluzione della giurisprudenza in tema di tutela antidiscriminatoria.

di qualche anno fa secondo la quale il conflitto sindacale avrebbe trovato nuovi canali di espressione proprio nel diritto antidiscriminatorio⁽²⁾. Ma questa è una riflessione che dovrà essere rinviata ad un'altra occasione.

In questa occasione, la ragione di interesse della decisione è che costringe noi giuslavoristi a occuparci di un tema, le discriminazioni algoritmiche, al quale per parecchio tempo non abbiamo dedicato l'attenzione che merita (con alcune eccezioni, ovviamente, e ricordo qui, oltre ad alcuni libri recenti⁽³⁾, anche i contributi pubblicati un paio di anni fa in un libro sul lavoro nell'impresa digitale⁽⁴⁾ e altri dedicati al tema della tutela della privacy⁽⁵⁾).

Ma, in verità, essa ci costringe anche a misurarci con un tema più vasto e cioè con le potenzialità e i rischi dell'intelligenza artificiale.

«Non dobbiamo avere paura dell'intelligenza artificiale, ma della stupidità naturale». Così Roberto Cingolani, fisico, professore universitario, oggi ministro della transizione ecologica, rispose in un'intervista di qualche mese fa a chi lo interrogava sulla *dark side* dell'intelligenza artificiale, aggiungendo che l'IA, come tutte le tecnologie, non ha alcun «*side*», è solo uno strumento che può essere usato per scopi positivi o per scopi negativi e che «un utente non consapevole dei rischi collegati all'utilizzo di una tecnologia è pericoloso»⁽⁶⁾.

Di questo pericolo sembra ben avvertita anche la Commissione Europea che, nel «*Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo*, esordisce osservando come «l'intelligenza artificiale si stia sviluppando rapidamente e nel far ciò cambierà le nostre vite migliorandola, ma comporterà anche una serie di rischi potenziali, quali meccanismi decisionali opachi, discriminazioni basate sul

(2) M. Barbera - V. Protopapa, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, RGL, 2014, II, 163, a commento delle decisioni Trib. Roma 21 giugno 2012 e App. Roma 19 ottobre 2012.

(3) A. Aloisi - V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, La Terza, 2020; E. Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019.

(4) C. Alessi, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'impresa digitale*, Cacucci, 2019, 663 ss.; G. Centamore, - L. Ratti, *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, *ivi*, 683 ss.

(5) A. Donini, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, DRI, 2018, 222; A. Ingraio, *Il bracciale elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, DRI, 2019, 895 ss.; A. Aloisi - E. Gramano, *Artificial Intelligence is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, CLL&PJ, 2019, 95 ss.

(6) *Vaccini contro la tecnofobia*, Intervista a Roberto Cingolani, *Il Foglio*, 21 ottobre 2020.

genere o di altro tipo, intrusioni nelle nostre vite private o utilizzi per scopi criminali» (7).

Una delle questioni principali che solleva l'ordinanza del Tribunale di Bologna è proprio questa: se l'utilizzo di un algoritmo che produce discriminazione da parte di una delle maggiori piattaforme digitali sia frutto di un uso non consapevole di quella tecnologia (o meglio degli effetti di quella tecnologia), oppure di un uso consapevole. La seconda questione sollevata dall'ordinanza è se questo comportamento sia da considerarsi "socialmente pericoloso" in egual misura o se, invece, il grado di giustificazione ammessa per il suo uso (e dunque il grado di responsabilità) cambi. Vedremo nelle prossime pagine come queste questioni trovino espressione nel "gergo" del diritto antidiscriminatorio e vengano alla luce e affrontate nelle diverse fasi in cui si articola il giudizio di discriminazione.

Prima vorrei soffermarmi ancora sulle riflessioni di Roberto Cingolani sul sapere che dovrebbe governare l'uso delle macchine algoritmiche, perché anche queste ci dicono qualcosa sull'importanza della decisione bolognese: «Etica, diritto e filosofia sono le tre grandi materie che ci proiettano in un futuro in cui sempre di più le competenze del giurista e del *computer scientist* si intrecceranno per risolvere i quesiti giuridici legati all'innovazione tecnologica. Abbiamo bisogno di un sapere "cross-fertilizzato", altrimenti resteremo imprigionati in un paradosso: sviluppiamo strumenti via via più potenti sul piano tecnico in un modo che ci trova incredibilmente disarmati sul piano culturale».

Roberto Cingolani parla da scienziato. In realtà l'etica, la filosofia, il diritto sono da tempo entrati in campo(8).

(7) Commissione Europea, *Il Libro Bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* Bruxelles, 19.2.2020 COM(2020) 65 final. Al Libro Bianco e a una vasta consultazione pubblica ha fatto seguito la presentazione, il 21 aprile 2021, della Proposta di regolamento sull'approccio europeo all'Intelligenza Artificiale (COM(2021) 206 final, che propone il primo quadro giuridico europeo sull'IA. La Proposta valuta i rischi dell'Intelligenza Artificiale, con la finalità di salvaguardare i valori e i diritti fondamentali dell'UE e la sicurezza degli utenti, prevedendo regole di trasparenza armonizzate applicabili a tutti i sistemi di IA, mentre sono previste specifiche disposizioni per i sistemi di IA classificati "ad alto rischio", per i quali viene introdotta una specifica definizione, affinché rispettino determinati requisiti obbligatori relativi alla loro affidabilità. Per una prima analisi critica della Proposta si v. il seminario *AI for Fundamental Rights at Work: Is the EC's Proposal on a European Approach to AI Up to It?*, reperibile su <https://www.labourlawcommunity.org/news-eventi/ai-for-fundamental-rights-at-work-is-the-ecs-proposal-on-a-european-approach-to-ai-up-to-it-2/>.

(8) V. in proposito il Codice etico dell'aprile del 2019, steso per l'Unione europea da un gruppo di 52 esperti, fra cui, oltre a informatici, ingegneri industriali, matematici, anche giuristi, filosofi e studiosi di etica.

I filosofi si sono mostrati molto più inquieti rispetto al potere umano enormemente accresciuto di produrre elementi e artefatti mai creati in natura. Pensiamo a quello che già Hanna Arendt scriveva nell'ultimo capitolo della *Vita Activa* e al suo timore che una scienza in continuo progresso potesse portarci lontano dalla natura, solo punto fisso di riferimento per la vita umana⁽⁹⁾.

Quanto ai giuristi, diritto del lavoro e tecnica sono da sempre compagni di strada e tutti gli studi recenti dei giuslavoristi sulla tecnica partono (e non potrebbero non farlo) dalle pagine che Gaetano Vardaro scrisse 35 anni fa sulla dipendenza dalla tecnica come discrimine tra il lavoro che domina la tecnica e il lavoro che ne è dominato. In una fase in cui l'automazione era ancora agli inizi, egli avvertiva come la razionalizzazione dei processi produttivi e la loro accresciuta complessità tendesse a trasformarsi «da strategia di controllo sul funzionamento del processo produttivo in strategia di controllo delle informazioni relative al funzionamento (il più possibile automatico) di quest'ultimo»⁽¹⁰⁾. Vardaro riteneva, per questo, che il diritto del lavoro fosse a un bivio, fra il limitarsi a proseguire e rilanciare la sua funzione razionalizzatrice, diventando quasi un ramo del diritto d'impresa, o il redistribuire più equamente il complesso di tutele e garanzie da esso predisposte⁽¹¹⁾.

Vi era forse un eccesso di pessimismo nel pensiero di Vardaro circa la possibilità di governare la tecnica, anche se il suo saggio si chiudeva su un verso di Hölderlin già citato da Heidegger: «Solo dove cresce il pericolo, cresce anche la possibilità di salvezza». Il diritto, già da qualche tempo, ha cominciato ad «armarsi» culturalmente contro i rischi connessi all'intelligenza artificiale. Per dirla in poche parole, anche «la tecnologia e le sue conseguenze sono fenomeni umani e dipendono strettamente dal tessuto sociale e regolamentare su cui si riverberano»⁽¹²⁾.

2. Quel che sappiamo del *management* tramite algoritmi

Quello che ancora non è chiaro è quali siano gli strumenti più adatti a governare il *management* tramite algoritmi. Non ne sappiamo ancora abbastanza, tanto per cominciare, non solo perché i giuristi non sfuggono a quel *deficit* di cultura scientifica che costituisce una delle debolezze della formazione impartita

⁽⁹⁾ H. Arendt, *Vita activa*, Bompiani, 2004.

⁽¹⁰⁾ G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, ora in L. Gaeta - A.R. Marchitello - P. Pascucci (a cura di), *Itinerari*, Franco Angeli, 1989, 231 ss., qui 291.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, 308.

⁽¹²⁾ A. Aloisi - V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo* cit., XVII.

nel nostro paese (e forse, in generale, una delle debolezze della nostra cultura nazionale) ma anche perché questi sistemi sono spesso così complessi da risultare comprensibili solo a chi li ha costruiti.

E dunque partiamo da qui, da cosa è un algoritmo. E poi chiediamoci quali rischi del tipo prima descritto comporta e quale “tessuto regolamentare” lo può governare.

L'algoritmo, ci dice *Wikipedia*, l'enciclopedia dell'era dell'IA, «serve per risolvere un problema ed è costituito da una sequenza finita di operazioni (dette anche istruzioni) che consente di risolvere tutti i quesiti di una stessa classe». Esso deve essere: finito, cioè costituito da un numero finito di istruzioni e indirizzato a una fine; deterministico, cioè partendo dai dati di *input*, si devono poter ottenere i medesimi risultati; non ambiguo, cioè le operazioni devono poter essere interpretate nello stesso modo da tutti, anche se l'esecutore è differente; generale, cioè la soluzione deve essere uguale per tutti i problemi della medesima classe.

Se, dopo aver letto questa descrizione, le caratteristiche che vi vengono in mente è “neutralità” e “obiettività”, non c'è da stupirsi. E, se davvero il *management* attraverso algoritmi assicurasse obiettività e neutralità ai processi decisionali che si svolgono dentro le organizzazioni lavorative, lo si potrebbe considerare un'alternativa preferibile alla discrezionalità che connota larga parte di tali processi.

Viceversa, gli algoritmi rimettono in questione proprio i concetti di obiettività e neutralità. Il problema, infatti, è che anche gli algoritmi sono “artefatti” e, come tutti gli artefatti realizzati dagli umani risentono del sistema di significati, concetti, idee, giudizi, precomprensioni che noi apprendiamo dalla nascita, a cominciare dall'apprendimento stesso del linguaggio. Gli studi di semantica dimostrano che possiamo intenderci l'un l'altro non solo attraverso la logica o le argomentazioni ma già solo attraverso il modo in cui parliamo, le parole che usiamo, perché alle parole sono annesse già dei significati.

Ne deriva che spesso «nel mercato del lavoro digitale si riproducono esattamente gli atteggiamenti discriminatori che si riscontrano nei lavori “tradizionali”, con riguardo a tutti i fattori di discriminazione»⁽¹³⁾, poiché le menti che programmano gli algoritmi non sono diverse da quelle che, normalmente, scelgono chi assumere, promuovere, remunerare di più, licenziare e così via.

(13) C. Alessi, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, cit., 685.

Rendersene conto non è semplice, perché, come si è detto, il linguaggio stesso degli algoritmi non ci è chiaro: il primo degli ostacoli nei quali i ricorrenti e i difensori del caso di cui si discute qui si sono imbattuti è stato proprio la mancanza di trasparenza dell'algoritmo⁽¹⁴⁾.

Ma quel che più colpisce è che, dopo un'istruttoria condotta in modo accurato e approfondito, dopo l'escussione di testi, l'esame di documenti, l'interrogatorio delle parti, la decisione del Tribunale conclude che «la mancata allegazione e prova, da parte della società resistente, del concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo che elabora le statistiche dei *rider* preclude in radice una più approfondita disamina della questione. Ed invero, in corso di causa la società.....non ha mai chiarito quali specifici criteri di calcolo vengano adottati per determinare le statistiche di ciascun *rider*, né tali specifici criteri vengano pubblicizzati sulla piattaforma, laddove si rinviene unicamente un generico riferimento agli ormai noti parametri della affidabilità e partecipazione».

Questo è il primo problema posto dal *management* algoritmico: la mancanza di trasparenza. Il che solleva la questione di quanta *accountability* abbiano sistemi decisionali basati su processi la cui conoscenza sia preclusa ai più.

3. Quel che ne sa il diritto antidiscriminatorio. Come si accerta una discriminazione algoritmica strutturale

Ma allora se, fino alla fine della causa, l'algoritmo che decide delle occasioni di lavoro in *Deliveroo* è rimasto un oggetto fondamentale sconosciuto, come ha fatto la magistrata che ha deciso la causa a concludere nel senso dell'illegittimità del suo uso?

La risposta per i cultori del diritto antidiscriminatorio è nota da tempo. Il diritto antidiscriminatorio agisce *sulle conseguenze degli atti*, quando l'esistenza di un nesso causale fra quegli atti e lo svantaggio prodotto sugli appartenenti a una

⁽¹⁴⁾ Sulla mancanza di trasparenza dei processi automatizzati v. F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Controls Money and Information*, Harvard University Press, 2016. Le istituzioni europee attribuiscono un ruolo rilevante agli obblighi di trasparenza nel controllo dell'IA, come dimostra anche la già citata Proposta di regolamento. Sui limiti di un controllo *ex post*, che miri a informare la creazione dell'algoritmo ai principi di trasparenza e di responsabilità e sulla preferibilità di un controllo *ex ante* che classifichi e analizzi questi sistemi automatici per comprendere la tipologia di danno che possono comportare in modo da prevenire possibili esiti discriminatori v., a partire da un'analisi dell'esperienza nordamericana, G. Capuzzo, *Do Algorithms dream about Electric Sheep?. Percorsi di studio in tema di discriminazione e processi decisori algoritmici tra le due sponde dell'Atlantico*, *Medialaws*, 2020, 3, 89 ss.

suspect class fa presumere l'esistenza di una discriminazione. Nella formazione di questa presunzione, come la Corte di Giustizia ha chiarito da *Danfoss*⁽¹⁵⁾ in poi, la mancanza di trasparenza dei meccanismi decisionali assume essa stessa rilevanza probatoria (anche se non decisiva), giacché, come affermato in *Meister*, nell'assolvimento dell'onere della prova gravante su chi allega una discriminazione, deve essere garantito che il diniego di fornire informazioni da parte del convenuto non rischi di compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti dal diritto dell'Unione (in quel caso, la direttiva 2000/43)⁽¹⁶⁾.

Nel caso in questione, quel che il giudice ha accertato è che i lavoratori che scioperavano in virtù delle loro convinzioni sindacali perdevano occasioni di lavoro, subivano, cioè, uno svantaggio fondato su uno dei fattori ricompresi in quelli protetti dal d.lgs.216/93 (come sostenuto da tempo in dottrina⁽¹⁷⁾ e autorevolmente ribadito dalla sentenza n. 1/2020 della Corte di Cassazione)⁽¹⁸⁾. Quel che ne è seguito è la dichiarazione di illegittimità della condotta del datore di lavoro in quanto condotta discriminatoria.

In questo consiste uno dei vantaggi del diritto antidiscriminatorio rispetto alle tecniche protettive tradizionali di carattere sostanziale: esso è in grado di colpire condotte *atipiche*, di tipo *strutturale* o *sistemico*, quali quelle che tradizionalmente connotano l'esercizio del potere datoriale, come Tiziano Treu ci ha segnalato fin dal suo studio pionieristico dei primi anni 70 sugli atti discriminatori nel rapporto di lavoro⁽¹⁹⁾. Questa è una delle ragioni per cui, come è stato osservato, «l'ottica antidiscriminatoria fornisce al giudice la chiave per aprire una finestra sul modello di organizzazione del lavoro mediante

(15) Corte giust. 17 ottobre 1989, C-109/88, *Danfoss*, ECLI:EU:C:1989:383.

(16) Corte giust. 19 aprile 2012, C-415/10, *Meister*, EU:C:2012:217, punti 36 e 40. Sull'idoneità, più in generale, della disciplina dell'onere della prova nel diritto del lavoro e dei poteri istruttori attribuiti al giudice dall'art. 421 c.p.c. a ridurre i rischi sottesi all'opacità decisionale degli strumenti di *algorithmic management*, v. G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, LLI, 2020, vol. 6, 2, 21 ss.

(17) V. S. Borelli - A. Guariso - L. Lazzeroni, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. Barbera - A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, 256 ss.

(18) Cass. 2 gennaio 2020, n. 1, che ha statuito che «nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali, caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica estesa alla sfera dei rapporti sociali, può essere ricompresa...anche la discriminazione per motivi sindacali». Per un commento a questa importante decisione cfr. V. Protopapa, *Comportamento antisindacale, discriminazione e onere della prova*, RGL, 2020, I, 654 ss.

(19) T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, 1974.

piattaforma, valutando se e come questo modello comporti la violazione dei diritti fondamentali dei lavoratori coinvolti⁽²⁰⁾.

Viceversa, una disposizione quale quella dell'art. 47-quinquies, l. 128/2019, che vieta l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione, colpisce uno specifico comportamento, di tipo normalmente ritorsivo⁽²¹⁾, ma si rivela inidonea a colpire un intero e complesso processo organizzativo-gestionale, quale quello messo in atto dall'algoritmo "Frank". Questo, come si è detto, "profilava" i lavoratori in maniera continuativa, sulla base di un meccanismo di carattere predittivo, che stabiliva una correlazione, basata su un calcolo di probabilità, fra mancata partecipazione a una sessione di lavoro, presentazione tardiva o cancellazione (o comunque cancellazione tardiva, uno dei pochi fatti di causa rimasti oggetto di contestazione) e due indici: affidabilità e partecipazione, costruendo poi su questa correlazione il profilo "reputazionale" dei lavoratori, funzionale, a sua volta, alla minore o maggiore possibilità di accedere agli slot e, dunque, alle occasioni di lavoro⁽²²⁾.

L'algoritmo Frank che costruiva questa correlazione sarebbe stato un algoritmo "incosciente" e "cieco". Si limitava ad assegnare ai lavoratori gli slot, non tendeva ad escluderli, afferma la difesa del datore di lavoro.

La cecità alle differenze è un'immagine evocativa per chi discute di problemi di discriminazione. La risposta del Tribunale, dopo un'istruttoria

⁽²⁰⁾ M. V. Ballestrero, *op. cit.*, 111.

⁽²¹⁾ Tale espresso divieto di legge, la cui assenza nella controversia in questione è segnalata da Adalberto Perulli (cfr. A. Perulli, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'ordinanza del Tribunale di Bologna*, LDE, 2020, 1, 7), avrebbe potuto risultare applicabile solo ad alcune delle situazioni di fatto prese in considerazione nel giudizio ma non alla condotta datoriale complessivamente considerata.

⁽²²⁾ Secondo quanto risulta dall'istruttoria compiuta dal Tribunale, il contratto di assunzione stabiliva che la prenotazione tramite lo strumento SSB fosse interamente opzionale ma, ove usata e confermata dal *rider*, gli garantisse le proposte di servizio nelle sessioni prenotate. La disponibilità durante le sessioni prenotate, se non cancellate in anticipo dal *rider*, e l'attività svolta durante momenti di particolare traffico, erano poi elementi di preferenza per la prenotazione di sessioni successive. La possibilità per il *rider* di accedere al sistema di prenotazione SSB in uno o nell'altro orario dipendeva da due "indici" di prenotazione: l'indice di affidabilità e quello di partecipazione. I valori dei due indici erano, rispettivamente, determinati: dal numero delle occasioni in cui il *rider*, pur avendo prenotato una sessione, non vi aveva partecipato, dove «partecipare» significava loggarsi entro i primi 15 minuti dall'inizio della sessione (indice di affidabilità); dal numero di volte in cui ci si rendeva disponibili per gli orari più rilevanti per il consumo di cibo a domicilio (indice di partecipazione nei picchi). I valori dei due indici di cui sopra determinavano le "statistiche" di ogni *rider*, ossia una sorta di "punteggio" (funzionale alla possibilità di accedere al sistema di prenotazione SSB collocandosi in una delle tre diverse fasce di accesso alle prenotazioni). In sostanza, come dichiarato da uno dei testi «se fai parte di un gruppo prioritario, avrai una possibilità maggiore di ottenere una

interamente dedicata a testare quest'immagine, è che «è proprio in questa “incoscienza” (come definita da Deliveroo) e “cecità” (come definita dalle parti ricorrenti) del programma di elaborazione delle statistiche di ciascun rider che alberga la potenzialità discriminatoria dello stesso».

In particolare, prosegue il Tribunale, quello che può presumersi è l'esistenza di «una discriminazione indiretta, dando applicazione ad una disposizione apparentemente neutra (la normativa contrattuale sulla cancellazione anticipata delle sessioni prenotate) che però mette una determinata categoria di lavoratori (quelli partecipanti ad iniziative sindacali di astensione dal lavoro) in una posizione di potenziale particolare svantaggio».

Seguendo la struttura del giudizio di non discriminazione, il Tribunale passa poi a esaminare la giustificazione avanzata dal datore di lavoro, articolando la sua analisi nell'esame distinto della legittimità delle finalità perseguite e della proporzionalità dei mezzi adottati. Rispetto alle prime, il Tribunale conclude, a mio avviso correttamente, che allegare quale giustificazione la natura autonoma del rapporto (come fa la difesa della convenuta) è inconferente, perché questa circostanza attiene al piano dell'ambito di applicazione soggettivo della normativa antidiscriminatoria (che, in ogni caso, è applicabile anche ai *rider*) e non al piano della giustificazione. Anche dal punto di vista logico il ragionamento non tiene: un conto è discutere di quali soggetti sono tutelati dai divieti di discriminazione, un altro è stabilire se la discriminazione si sia effettivamente verificata.

Quanto alla proporzionalità dei mezzi impiegati, anche in questo caso il Tribunale conduce un esame approfondito, fondato su risultanze istruttorie che vanno al di là delle allegazioni della società, la quale si era limitata ad affermare che i mezzi erano appropriati perché «come ribadito più volte, tracciano il dato della cancellazione senza impatto sulle statistiche dei rider e senza in alcun modo tenerne in considerazione i motivi, coerentemente con la natura del rapporto e degli interessi in gioco».

Ora, per quante volte lo si voglia ribadire, allegare in tema di proporzionalità dei mezzi circostanze che attengono, invece, all'accertamento dell'impatto dei criteri in considerazione comporta, ancora una volta, uno stravolgimento della struttura del giudizio di discriminazione. I due momenti si situano, infatti, in un momento diverso dell'esercizio di bilanciamento effettuato dal giudice. E guardando, poi, al merito di tali affermazioni, asserire che un

conferma sulle tue richieste settimanali» e «se fai parte di un gruppo prioritario, avrai una possibilità maggiore di ricevere una notifica prima degli altri *rider*?».

criterio apparentemente neutro non è discriminatorio perché “non (tiene) in considerazione i motivi” suona vagamente tautologico. È come dire che un criterio apparentemente neutro non può essere discriminatorio perché è apparentemente neutro.

Più correttamente, il giudice prende in considerazione quelle che avrebbero potuto essere qualificate dalla società resistente come “business necessity”, e cioè la necessità per la società di adottare un sistema che incentivasse la partecipazione e premiasse l’affidabilità dei lavoratori, per osservare al riguardo che «non si discute della legittimità del sistema in sé, né del fatto che sia incentivata la cancellazione preventiva delle sessioni prenotate che non si intendono più utilizzare, ma solo il fatto che l’eventuale cancellazione tardiva o la mancata partecipazione alla sessione non cancellata non possa essere giustificata dal rider sulla base di comprovate ragioni dotate di rilievo giuridico (prima fra tutte, ma non sola, l’esercizio del diritto di sciopero costituzionalmente garantito)».

Il giudice compie qui il consueto bilanciamento fra esigenze dell’impresa e diritti delle persone che lavorano, arrivando alla conclusione che l’impiego dei mezzi in questione comporta il sacrificio completo dei diritti di questi ultimi a vantaggio degli interessi economici della prima.

4. Che tipo di discriminazione: indiretta o diretta?

Mi fermo qui nell’analisi del ragionamento del Tribunale, che potrebbe in verità essere sviluppata ulteriormente, perché vorrei richiamare l’attenzione di chi legge sulla fattispecie di discriminazione nella quale il giudice inquadra il comportamento datoriale.

Si tratta, sostiene l’ordinanza, di una discriminazione indiretta:

«il considerare irrilevanti i motivi della mancata partecipazione alla sessione prenotata o della cancellazione tardiva della stessa...implica necessariamente riservare lo stesso trattamento a situazioni diverse, ed è in questo che consiste tipicamente la discriminazione indiretta».

La decisione sembra dar ragione a quella posizione dottrinale secondo la quale, proprio perché gli algoritmi sono una scatola nera difficile da decifrare, può risultare altrettanto difficile dimostrare una discriminazione diretta, vale a dire un trattamento meno favorevole da parte dell’algoritmo di un singolo o di un gruppo, basato sui fattori vietati. Questo problema si ritiene possa essere superato ricorrendo alla nozione di discriminazione indiretta, che consente di colpire criteri o pratiche apparentemente neutri idonei a mettere i membri di

una categoria protetta in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone⁽²³⁾ (il che lascia però spazio alla giustificazione, cosa che non accade nel caso delle discriminazioni dirette) ⁽²⁴⁾.

In effetti gli algoritmi, se pur resi “ciechi” ai fattori protetti, sono in grado di identificare dei “proxy” di tali fattori, vale a dire caratteristiche che valgono come indicatori, come misura di un fattore vietato⁽²⁵⁾. Il problema che si pone è se tale identificazione sia frutto o meno di una decisione consapevole da parte di chi usa l'algoritmo. In questo caso, i confini fra discriminazione diretta e indiretta diventano labili.

Vi è un passaggio della sentenza che fa, in effetti, pensare che si sarebbe potuta prospettare una diversa ipotesi di discriminazione anche nel caso che stiamo esaminando. Si legge a un certo punto della decisione:

«Ebbene, la circostanza che la società resistente riservi un trattamento “particolare” alle uniche due ipotesi (quella dell’infortunio su turni consecutivi e quella del malfunzionamento del sistema) in cui evidentemente ritiene meritevole di tutela la ragione della mancata partecipazione alla sessione prenotata dimostra plasticamente come non solo sia materialmente possibile, ma sia anche concretamente attuato, un intervento correttivo sul programma che elabora le statistiche dei rider, e che la mancata adozione, in tutti gli altri casi, di tale intervento correttivo è il frutto di una scelta consapevole dell’azienda. In sostanza, quando vuole, la piattaforma può togliersi la benda che la rende “cieca” o “incosciente” rispetto ai motivi della mancata prestazione lavorativa da parte del rider e, se non lo fa, è perché ha *deliberatamente* (c.m.) scelto di porre sullo stesso piano tutte le motivazioni – a prescindere dal fatto che siano o meno tutelate dall’ordinamento – diverse dall’infortunio sul lavoro

⁽²³⁾ J. Gerards - R. Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU equality law*, 2020, reperibile su <https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmic-discrimination-in-europe-challenges-and-opportunities-for-eu-equality-law/>

⁽²⁴⁾ R. Xenidis, *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Law Journal of European and Comparative Law*, 2020, vol. 27, 736 ss., nella quale l'autrice sostiene la necessità di rimediare ai limiti dell'attuale quadro giuridico antidiscriminatorio valorizzando il concetto di discriminazione multipla e impiegando la nozione di *proxy discrimination*, che sarebbe distinta da quella di discriminazione indiretta in ragione del fatto che la prima si basa su un nesso di “correlazione” probabilistica, la seconda su un “nesso di causalità”, 747. La distinzione non appare convincente, in ragione del fatto anche il nesso di causalità può basarsi su una correlazione probabilistica, e non su una necessaria certezza, in virtù del carattere induttivo che può assumere la prova del nesso di causalità stesso.

⁽²⁵⁾ Cfr. A.E.R. Prince - D. Schwarcz, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, *Iowa Law Review*, vol. 105, 2020, 1257 ss.

e dalla causa imputabile ad essa datrice di lavoro (quale evidentemente è il malfunzionamento della app, che impedisce il log-in)».

Se è così, però, volendo trarre le conseguenze logiche del ragionamento, si potrebbe ipotizzare l'esistenza di una diversa fattispecie di discriminazione, vale a dire una discriminazione diretta, in cui un trattamento sfavorevole o un determinato svantaggio a danno di un gruppo rispetto ad altre persone che si trovano in una situazione analoga (in questo caso i sottoinsiemi sono costituiti dai lavoratori che si assentano per aderire a scioperi e lavoratori che non lo fanno) si realizzano attraverso una condotta apparentemente neutra ma posta in essere proprio in considerazione di un determinato fattore di discriminazione.

Come la Corte di giustizia ha affermato in *Chez*, in relazione a una discriminazione basata sull'origine etnica, «perché si abbia discriminazione è sufficiente che tale origine etnica abbia *determinato* (c.m.) la decisione di porre in essere detto trattamento»⁽²⁶⁾. Diversamente da quanto si legge nel passo dell'ordinanza prima citato, non sembrerebbe neppure necessario che si tratti di una discriminazione occulta ma intenzionale (l'ordinanza ipotizza un comportamento “deliberatamente scelto”).

In buona sostanza, mentre, seguendo la logica del ragionamento del Tribunale di Bologna l'intento, pacificamente estraneo alla fattispecie di discriminazione diretta e indiretta, potrebbe tornare a giocare un ruolo “di disvelamento” di una discriminazione diretta - quale è fuori di dubbio una discriminazione apparentemente indiretta ma posta in essere intenzionalmente -, in *Chez* la Corte di giustizia non pare necessariamente far dipendere da tale elemento la sussistenza di una simile forma di discriminazione.

Quel che il giudice nazionale è chiamato ad accertare sono una serie di circostanze di carattere oggettivo o il fatto che la prassi controversa si fondi su «stereotipi o pregiudizi di ordine etnico, con i motivi razziali che si combinano con motivi di altra natura». L'accertamento di stereotipi e pregiudizi non richiede *necessariamente* l'accertamento di un consapevole intento discriminatorio, proprio per la natura inconsapevole degli uni e degli altri.

Quanto sia sottile il discrimine fra le due ipotesi lo dimostra il fatto che la Corte di giustizia stessa prenda in considerazione anche l'eventuale sussistenza di una discriminazione indiretta e affidi al giudice nazionale, sulla base di una accurata indagine del fatto, l'accertamento in concreto del verificarsi dell'una o dell'altra ipotesi.

Nel caso di Bologna, il comportamento stesso del convenuto, il fatto che

⁽²⁶⁾ Corte giust. 16 luglio 2015, C-83/14, *CHEZ*, ECLI:EU:C:2015:480.

l'algoritmo Frank sia stato rapidamente sostituito da un altro, di cui continuiamo per altro a ignorare il funzionamento, e il fatto che, come afferma il giudice, «quando vuole la piattaforma può togliersi la benda che la rende “cieca” o “incosciente”», avrebbero potuto far prendere in considerazione la dottrina *Chez* e far propendere per una diversa conclusione e cioè per la sussistenza di una discriminazione diretta. Il che, come è noto, chiude la partita che si gioca nel giudizio di discriminazione, perché non vi è più spazio per alcuna giustificazione.

Bibliografia

- Alessi C., *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'impresa digitale*, Cacucci, 2019, 663 ss.
- Aloisi A. - De Stefano V., *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, La Terza, 2020.
- Aloisi A. - Gramano E., *Artificial Intelligence is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, in *CLL&PJ*, 2019, 95 ss.
- Arendt H., *Vita activa*, Bompiani, 2004.
- Ballestrero M. V., *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 2021, 1, 104 ss.
- Barbera M. - Protopapa V., *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *RGL*, 2014, 163 ss.
- Borelli S. - Guariso A. - Lazzeroni L., *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. Barbera - A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, 165 ss.
- Capuzzo G., *Do Algorithms dream about Electric Sheep?. Percorsi di studio in tema di discriminazione e processi decisori algoritmici tra le due sponde dell'Atlantico*, in *Medialaws*, 2020, 2, 89 ss.
- Centamore G. - Ratti L., *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'impresa digitale*, Cacucci, 2019, 663 ss.
- Cingolani R., *Vaccini contro la tecnofobia*, Intervista a *Il Foglio*, 21 ottobre 2020.
- Commissione Europea, *Il Libro Bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* Bruxelles, 19.2.2020 COM (2020) 65.
- Dagnino E., *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019.
- Donini A., *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *DRI*, 2018, 1, 222 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, vol. 6, 2, 21 ss.
- Gerards J. - Xenidis R., *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU equality law*, 2020, <https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmic-discrimination-in-europe-challenges-and-opportunities-for-eu-equality-law/>
- Ingrao A., *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, in *DRI*, 2019, 895 ss.
- Pasquale F., *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Controls Money and Information*, Harvard University Press, 2016.
- Perulli A., *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 2020, 1, 7 ss.
- Prince A.E.R., Schwarcz D., *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, vol. 105, 2020, 1257 ss.
- Protopapa V., *Comportamento antisindacale, discriminazione e onere della prova*, in *RGL*, 2020, I, 654 ss.

Treu T., *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, 1974.

Vardaro G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, ora in L. Gaeta, A.R. Marchitello, P. Pascucci (a cura di), *Itinerari*, Franco Angeli, 1989, 291 ss.

Xenidis R., *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Law Journal of European and Comparative Law*, 2020, vol. 27, 736 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**La discriminazione nel lavoro autonomo.
Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank**

SILVIA BORELLI

Università di Ferrara

MAURA RANIERI

Università *Magna Græcia* di Catanzaro

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695



La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall’algoritmo Frank

SILVIA BORELLI

Università di Ferrara
Associata di diritto del Lavoro
silvia.borelli@unife.it

MAURA RANIERI

Università *Magna Græcia* di Catanzaro
Associata di Diritto del Lavoro
ranieri@unicz.it

ABSTRACT

Starting from the analysis of the order of the Tribunal of Bologna that has applied the prohibition of anti-union discrimination to Deliveroo’s riders, the Authors examine if and to what extent self-employed people enter in the scope of antidiscrimination law. In order to decipher the fragmented and incomplete legal framework, they suggest a systematic interpretation of the national legislation, taking into account both EU law, the ECHR and the ILO sources. In the final part, the application of antidiscrimination law to self-employed is further motivated by the examination of the recent proposals implementing the European Digital Strategy.

Keywords: antidiscrimination law; self-employment; trade union rights; algorithmic discrimination.

La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algorithmo Frank

SOMMARIO: 1. Lavoro autonomo e diritto antidiscriminatorio: da frammenti... - 2. ... ad un puzzle di difficile composizione. - 3. L'interpretazione sistematica del diritto antidiscriminatorio: l'ordinamento dell'Unione europea. - 3.1. Le fonti sovranazionali del diritto antidiscriminatorio. - 3.1.1. Il rapporto tra diritti sindacali e diritto a non subire discriminazioni in ragione delle convinzioni sindacali. - 4. Le discriminazioni algoritmiche: un nuovo campo di applicazione per il diritto antidiscriminatorio?

1. Lavoro autonomo e diritto antidiscriminatorio: da frammenti....

Le riflessioni seguenti⁽¹⁾ traggono spunto da una questione specifica, vale a dire l'applicabilità ai *riders* della tutela antidiscriminatoria, per poi focalizzarsi su una tematica generale, snodandosi lungo un terreno più impervio, e meno battuto, ovvero le tutele che il diritto antidiscriminatorio, quale «sottosistema normativo avente caratteri distintivi»⁽²⁾, garantisce e assicura anche oltre gli steccati, sempre meno saldi, del lavoro subordinato⁽³⁾.

Nell'ordinanza con cui il Tribunale di Bologna ha dichiarato la discriminatorietà dell'algorithmo Frank, utilizzato da Deliveroo per assegnare ai *riders* le sessioni di lavoro, la giudice bolognese risolve il problema

(1) Il presente articolo è frutto di una riflessione comune delle autrici. Tuttavia, a Silvia Borelli sono da ricondurre i paragrafi 3.1, 3.1.1., 4 e a Maura Ranieri i paragrafi 1, 2, 3.

Le riflessioni sono maturate a seguito dell'adozione della ordinanza del Tribunale di Bologna, 31 dicembre 2020 su cui, oltre a quanto pubblicato su questo numero, si vedano per i primi commenti: M.V. Ballestrero, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma, Labor*, 19 gennaio 2021; C. de Marchis Gómez, *Frank è "cieco"...ma solo quando vuole lui, D&LFlash*, 2021, 4 ss.; A. Perulli, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna, LDE*, 2021, 1 ss.

(2) Aa.vv., *Introduzione*, in M. Barbera - A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, 1.

(3) Qualunque rinvio sul tema rischia di peccare di lacunosità; ciò nonostante, recente prova del dibattito in corso è reperibile sul n. 2/2020 di questa Rivista per cui si veda l'editoriale di Marco Novella, *La subordinazione in prospettiva. Opinioni a confronto*, e i successivi interventi di: M.V. Ballestrero, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*; J. Cruz Villalon, *L'adattamento o il superamento della subordinazione come elemento di riferimento del diritto del lavoro di fronte alle nuove forme di occupazione. Un dibattito globale dal punto di vista spagnolo*; G. Ferraro, *Il diritto del lavoro ha ancora bisogno della subordinazione? Rispondendo a LLI*; L. Gaeta, *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*; M. Pallini, *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione*; A. Perulli, *Il diritto del lavoro e il "problema" della subordinazione*; O. Razzolini, *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*; F. Rosa, *Il criterio della subordinazione alla prova del lavoro su piattaforma: alcune considerazioni sul contesto francese*.

dell'applicabilità della normativa antidiscriminatoria in maniera agevole e rapida attraverso il richiamo, in prima battuta, dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 e della sentenza della Cassazione 24 gennaio 2020, n. 1663⁽⁴⁾. La disposizione richiamata estende la disciplina del lavoro subordinato ai «rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente», anche quando quest'ultimo si avvale di piattaforme digitali (art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015 come modificato dal d. l. n. 101/2019, conv. in

(⁴) Tra i commenti alla pronuncia si vedano: P. Albi, *Fra qualificazione del rapporto di lavoro e disciplina applicabile: l'ordine normativo che non c'è*, MGL, 2020, 11 ss.; E. Ales, *In favore dell'etero-organizzazione come 'concetto' autonomo: timeo danos et remedia ferentes*, MGL, 2020, 19 ss.; G.M. Ballistreri, *Nuove frontiere tra subordinazione e autonomia come indicato dalla Cassazione con la sentenza n. 1663/2020*, MGL, 2020, 25 ss.; P. Bellocchi, *Chi governa le collaborazioni organizzate dal committente*, MGL, 2020, 35 ss.; M.N. Bettini - G.I. Vigliotti, *La Cassazione sul lavoro dei riders: una 'terra di mezzo' in cerca di maggiori tutele*, MGL, 2020, 45 ss.; 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.; M. Cinelli - P. Parisella, *'Cicofattorini' e previdenza sociale dopo la legge n. 128/2019: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza*, MGL, 2020, 57 ss.; S. Ciucciiovino - L. Monterossi, *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della Suprema Corte*, MGL, 2020, 65 ss.; M. Faioli, *Situazione italiana delle tutele del lavoro nella gig-economy. I ciclo-fattorini (riders) tra giurisprudenza del 2020 e legge del 2019*, RGL, 2020, II, 252 ss.; V. Ferrante, *Alienità dell'organizzazione produttiva e lavoro subordinato. A margine della questione dei ciclo-fattorini*, MGL, 2020, 77 ss.; L. Fiorillo, *Le collaborazioni organizzate dal committente: la Corte di Cassazione mette un punto (quasi) fermo*, MGL, 2020, 95 ss.; E. Gragnoli, *L'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 e gli indicatori della subordinazione non codificati*, MGL, 2020, 95 ss.; A. Lassandari, *La Corte di Cassazione sui riders e l'art. 2, d. lgs. n. 81/2015*, MGL, 2020, 123 ss.; A. Maresca, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, DRI, 2020, 146 ss. e, dello stesso Autore, *Coordinazione, organizzazione e disciplina delle collaborazioni continuative*, MGL, 2020, 133 ss.; M. Mocella, *Riders e lavoro in piattaforma: un problema (ir)risolto?*, MGL, 2020, 143 ss.; P. Passalacqua, *Spunti dalla sentenza della Cassazione sui cicofattorini di Foodora*, MGL, 2020, 151 ss.; A. Perulli, *La Cassazione sul caso Foodora*, MGL, 2020, 161 ss.; R. Pessi - A.D. Zumbo, *Collaborazioni organizzate e tipi contrattuali: tra conferme ricostruttive e nuove problematiche interpretative*, MGL, 2020, 173 ss.; C. Pisani, *Le leggi 'mal fatte' sulle collaborazioni e la Cassazione: aumenta l'incertezza sull'ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato*, MGL, 2020, 187 ss.; E. Puccetti, *L'etero-organizzazione dei riders oltre la frammentazione e la destrutturazione spazio-temporale dell'attività lavorativa*, ADL, 2020, II, 397 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. e, ID., *Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione n. 1663/2020*, MGL, 2020, 203 ss.; R. Santucci, *Notazioni metodologiche sulla qualificazione giuridica del lavoro con le 'piattaforme digitali'*, MGL, 2020, 219 ss.; G. Sigillò Massara, *Lavoratori 'etero-diretti dalle piattaforme': la pragmatica a-qualificazione della Cassazione*, MGL, 2020, 225 ss.; A. Topo, *Il ruolo dell'auto-organizzazione del lavoratore nel programma negoziale e la qualificazione del rapporto di lavoro: riflessioni per la verifica di un paradigma alternativo ai fini della qualificazione del rapporto*, MGL, 2020, 247 ss.; A. Vallebona, *Collaborazioni organizzate dal committente*, MGL, 2020, 255 ss.; L. Venditti, *L'etero-organizzazione dei riders secondo la Corte di Cassazione: una prima presa di posizione*, MGL, 2020, 257 ss.; L. Zoppoli, *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, MGL, 2020, 265 ss.

l. n. 128/2019). La Suprema Corte, in fase applicativa, ha precisato che il legislatore ha inteso selezionare alcuni «elementi ritenuti sintomatici ed idonei a svelare possibili fenomeni elusivi delle tutele previste per i lavoratori», per poi concludere che ove l'etero-organizzazione, congiuntamente alla personalità e alla 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», insistendo peraltro sull'opzione di politica legislativa, confermata nell'intervento correttivo del 2019, volta a rendere più semplice l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato.

Dettato normativo e approdo giurisprudenziale sono impiegati nell'ordinanza della giudice bolognese per fugare ogni dubbio circa la necessità di estendere ai *riders* la tutela riservata ai lavoratori subordinati «e, in particolare, per quanto qui interessa, la disciplina a tutela del lavoratore da ogni forma di discriminazione nell'accesso al lavoro», e ciò a prescindere dalla stessa qualificazione data al contratto dalle parti⁽⁵⁾.

Tale conclusione, come anticipato, è corroborata, in seconda battuta, dal riferimento ad altre disposizioni che, nella prospettiva adottata dall'organo giudicante, ne irrobustiscono le fondamenta. Innanzitutto, si richiama l'art. 47 *quinquies* d. lgs. n. 81/2015 che estende l'applicazione della tutela antidiscriminatoria disposta per i lavoratori subordinati ai lavoratori *ex* art. 47 *bis* ovvero ai «lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore [...] attraverso piattaforme anche digitali». In secondo luogo, e contestualmente, la giudice rammenta che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) del d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216, e in conformità all'art. 3, comma 1 lett. a) della direttiva del 27 novembre 2000, n. 78 di cui il decreto costituisce attuazione, il principio di parità di trattamento per i fattori ivi presi in considerazione trova applicazione nei riguardi dei soggetti del settore pubblico e del settore privato nell'ambito, tra l'altro, dell'«accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione».

A ben vedere, dunque, l'argomentazione imbastita sul punto appare ineccepibile e, per vero, obbligata; ciò nonostante, la vicenda può essere assunta

⁽⁵⁾ In senso analogo, v. l'ordinanza del Tribunale di Palermo del 12 aprile 2021 che applica il principio di non discriminazione in ragione delle convinzioni sindacali ai fattorini di Social Food s.r.l., qualificati come collaboratori etero-organizzati, e dichiara la nullità del recesso intimato dalla società, al fine di riassumere i collaboratori con contratto di lavoro autonomo regolato dal CCNL firmato da Assodelivery e UGL Rider.

a pretesto per affrontare un'esigenza più consistente ed urgente, vale a dire riflettere in ordine all'applicabilità o meno della tutela antidiscriminatoria ai lavoratori autonomi.

Tale scelta, ad avviso di chi scrive, si rinsalda alla luce di una duplice considerazione. Da un lato, è palese come l'estensione della normativa antidiscriminatoria al di là della cornice protetta del lavoro subordinato è affidata a frammenti legislativi che, in quanto tali, indeboliscono l'efficacia della tutela medesima, non foss'altro per i limiti insiti in ogni operazione di tal tipo. Valga come esempio proprio quanto realizzato dal combinato disposto degli artt. 47 *bis* e 47 *quinquies*, d. lgs. n. 81/2015 che contiene l'estensione della tutela della disciplina antidiscriminatoria sotto il profilo soggettivo non ricomprendendo tutti i lavoratori delle piattaforme né, tantomeno, tutti i lavoratori autonomi.

Dall'altro lato, e contestualmente, assume oggi rilievo centrale la consapevolezza che «non sempre l'assenza di subordinazione in senso tecnico è sinonimo di redditi elevati e di scarso bisogno di protezione sociale»⁽⁶⁾; anzi, proprio al di là del lavoro subordinato è dato riscontrare povertà, disagio sociale e condotte discriminatorie simili, negli effetti anche se non nelle modalità, a quelle che subiscono i lavoratori tradizionali, e a volte forse anche più brutali. Peraltro, è noto che là dove si contraggono gli spazi disciplinati con norma inderogabile (come appunto avviene per il lavoro autonomo), cresce l'importanza del diritto antidiscriminatorio quale tecnica di regolazione dell'esercizio del potere⁽⁷⁾.

2...ad un *puzzle* di difficile composizione

I passaggi dell'ordinanza relativi all'applicabilità del diritto antidiscriminatorio danno conto, come evidenziato, di uno scenario normativo tutt'altro che compiuto e generale. In sostanza, l'assetto regolativo attuale consente di ospitare sotto l'ombrello protettivo della tutela antidiscriminatoria i *riders*, attraverso l'impiego dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 e delle disposizioni contenute nel Capo V *bis* del decreto sulla tutela del lavoro mediante piattaforme digitali; ma, quelle stesse norme, per l'appunto, accogliendo esplicitamente questi lavoratori ne parrebbero escludere tacitamente altri o, comunque,

⁽⁶⁾ C. Alessi, *Lavoro tramite piattaforme e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, 684.

⁽⁷⁾ Sia consentito il rinvio a S. Borelli, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli, 2007, 88.

sembrerebbero introdurre distinzioni regolative all'interno della categoria dei lavoratori autonomi.

Peraltro, e arrendendosi sempre alla formulazione letterale della norma, anche l'art. 3, d. lgs. n. 216/2003, richiamato nel provvedimento, estende l'applicazione delle norme di tutela ai lavoratori autonomi con riguardo, però, all'accesso al lavoro.

Al di là, dunque, della tutela che le disposizioni esistenti accordano ai lavoratori che nel caso di specie hanno subito una condotta discriminatoria e volgendo lo sguardo, quindi, oltre l'aula di giustizia in cui quelle disposizioni hanno avuto puntuale applicazione da parte dell'autorità giudiziaria, è dato riscontrare un quadro legislativo frammentato, composto da tasselli normativi di vario contenuto.

A riprova, ancora, di tale frammentarietà e complessità basti pensare che, in una fase antecedente alla manifestazione nell'ordinamento giuridico interno degli effetti derivanti dall'inaugurazione di una nuova stagione del diritto antidiscriminatorio a livello europeo⁽⁸⁾, il *modus operandi* del legislatore non era difforme. Si pensi, ad esempio, all'art. 2, l. n. 142/2001 che estende ai soci lavoratori di cooperativa non subordinati, e quindi autonomi, l'applicazione degli artt. 1, 8, 14 e 15 St. lav. ovvero delle norme che, sino all'attuazione delle c.d. direttive di seconda generazione, concorrevano in maniera dirimente, non senza criticità per vero, a comporre il diritto antidiscriminatorio di origine nazionale.

La situazione normativa non assume contorni più nitidi se si abbandona la dimensione regolativa nazionale per spostarsi su quella europea; una conclusione tutt'altro che sorprendente ove si rifletta sul fatto che la prima è fortemente plasmata dalla seconda e che l'intervento dell'Unione è sempre fortemente condizionato dal problema della competenza.

Invero, l'art. 157 TFUE accorda la parità retributiva in relazione al fattore genere ai lavoratori ritenendosi tali, ai sensi della giurisprudenza europea e pur in assenza di una nozione codificata e unitaria, coloro che, per un certo tempo e a fronte di una retribuzione, svolgono prestazioni di lavoro in favore di un altro soggetto e sotto la sua direzione⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, DLRI, 2003, 399 ss.

⁽⁹⁾ Per una ricostruzione sul punto si vedano di recente E. Gramano, *Ancora sulla nozione di 'lavoratore' nel diritto dell'Unione europea: il caso Yodel*, ADL, 2020, II, 1459 ss.; M. Vincieri, *Libera circolazione dei lavoratori e nozione eurounitaria di subordinazione*, MGL, 2020, 195 ss.; G. Pacella, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea*, LLI, 2020, spec. 23 ss.

Il dato non è irrisorio poiché, per quanto tale disposizione sia nata guardando «più all'*uguaglianza* degli interessi economici degli Stati membri che all'*uguaglianza* delle persone»⁽¹⁰⁾, è notorio il suo impiego da parte della Corte di giustizia quale vero e proprio grimaldello attraverso cui ampliare gli ambiti applicativi e la stessa efficacia del principio di uguaglianza. Di modo che, non è dunque irrilevante la conclusione, pressoché diffusa, secondo cui l'art. 157 TFUE non trova di per sé attuazione nei riguardi dei lavoratori autonomi⁽¹¹⁾.

Similmente talune disposizioni delle direttive antidiscriminatorie non sembrano riguardare i lavoratori autonomi; si pensi, ad esempio, agli artt. 3 lett. c), dir. 2000/43/CE e dir. 2000/78/CE e all'art. 14, co. 1, lett. c), dir. 2006/54/CE che individuano il campo di applicazione oggettivo con riguardo, tra l'altro, «all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione».

Al contempo, e in direzione opposta, l'ordinamento giuridico europeo reca norme che espressamente e in alcune fasi estendono ai lavoratori autonomi la protezione del diritto antidiscriminatorio o, ancora, atti normativi volti ad assicurare tale protezione.

Tra le prime, valgano come esempio gli artt. 3 lett. a), dir. 2000/43/CE e dir. 2000/78/CE e l'art. 14, co. 1, lett. a), dir. 2006/54/CE che dispongono l'applicazione delle norme alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro. Con riguardo ai secondi, invece, è sufficiente richiamare la dir. 2010/41/UE volta ad affermare il principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne che svolgono attività autonoma⁽¹²⁾.

A ben vedere, dunque, la frammentazione regolativa e la formulazione letterale delle disposizioni non consentono di accertare l'esistenza di una tutela antidiscriminatoria generalizzata in favore dei lavoratori autonomi; dovendosi piuttosto riscontrarne un'applicazione residuale.

Tuttavia, una lettura di tal tipo sembra peccare di irrazionalità, oltre a mostrarsi scarsamente rispettosa, come si vedrà, del ruolo assunto dal principio

⁽¹⁰⁾ G. Arrigo, *Uguaglianza, parità e non discriminazione nel diritto dell'Unione europea (parte I)*, RGL, 2016, I, 464.

⁽¹¹⁾ Per tutti cfr. S. Borelli - A. Guariso - L. Lazzeroni, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. Barbera - A. Guariso, *op. cit.*, 167.

⁽¹²⁾ In generale, per una ricostruzione della normativa in materia si vedano: C. Alessi, *op. cit.*, 686 ss.; S. Borelli - A. Guariso - L. Lazzeroni, *op. cit.*, 167 ss.

di non discriminazione nel diritto dell'UE quale principio generale dotato di una «operatività (*che*) taglia trasversalmente tutto l'ordinamento comunitario»⁽¹³⁾.

Si pensi, ad esempio, proprio alle disposizioni delle direttive, testé menzionate, che accordano tutela anche ai lavoratori autonomi per ciò che concerne l'accesso all'occupazione e al lavoro. Ebbene, apparirebbe quanto meno irragionevole riconoscere tutela a fronte dell'impiego di un criterio discriminatorio nell'accesso al lavoro e, all'opposto, non accordare protezione ove quello stesso criterio, a seguito della stipulazione del contratto, venga utilizzato, ad esempio, per recedere dallo stesso⁽¹⁴⁾. Senza considerare che quand'anche si proponesse un'interpretazione estensiva della locuzione «condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro» – volta a ricomprendere, quindi, non solo il momento della stipulazione del contratto di lavoro autonomo, ma anche l'accesso alle singole prestazioni di lavoro (nel caso di contratti di durata a esecuzione periodica) – non si coprirebbero tutti le ipotesi di discriminazione che un lavoratore autonomo può subire, ad esempio in relazione al corrispettivo (si pensi alle ipotesi in cui, a causa delle assenze per sciopero o per la cura dei figli, non riesca a ottenere un corrispettivo premiale⁽¹⁵⁾) o al recesso dal contratto (si pensi al caso in cui, a seguito della partecipazione a uno sciopero, l'*account* del lavoratore venga bloccato).

Proprio, allora, su queste incongruenze (e non solo) si innesta la necessità di non arrestarsi ai meri dati testuali, bensì di leggere le singole disposizioni, così come gli specifici atti normativi servendosi di un'interpretazione sistematica alla luce, dapprima, del diritto dell'Unione europea e, successivamente, di altre fonti sovranazionali; un'interpretazione, si badi, che non trova ostacoli nelle norme vigenti, posto che in alcuna disposizione è espressamente preclusa l'applicazione della tutela antidiscriminatoria ai lavoratori autonomi.

3. L'interpretazione sistematica del diritto antidiscriminatorio: l'ordinamento dell'Unione europea

La possibilità di estendere la protezione accordata dal diritto antidiscriminatorio ai lavoratori autonomi in assenza di indicazioni esplicite generali può radicarsi in una lettura delle norme esistenti (e delle previsioni

⁽¹³⁾ M. Barbera, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, XLII.

⁽¹⁴⁾ Cfr. S. Borelli - A. Guariso - L. Lazzeroni, *op. cit.*, 168.

⁽¹⁵⁾ Si v. ad esempio quanto previsto dall'art. 13 CCNL Ugl – Assodelivery.

mancanti) insieme agli atti normativi in cui quelle disposizioni sono collocate (o non inserite), nonché ad alcune norme fondamentali dell'Unione.

Prima di sviluppare tale prospettiva teorica, però, è opportuno rammentare che lo scenario europeo più recente è segnato anche da significative battute d'arresto lungo il percorso di affermazione dei divieti di discriminazione e del principio di uguaglianza.

Da un lato, invero, il cammino intrapreso con le direttive antidiscriminatorie di seconda generazione è stato bruscamente interrotto dal naufragio dell'approvazione della proposta di direttiva c.d. orizzontale volta ad estendere l'operatività dei divieti di discriminazione in relazione a diversi fattori oltre l'ambito lavorativo⁽¹⁶⁾. Dall'altro lato, e da una più ampia angolazione, la «crisi esistenziale»⁽¹⁷⁾, prima ancora che economica, che attanaglia l'Unione europea non pare vicina a dissolversi, e anzi rischia di acuirsi a seguito dello scoppio dell'emergenza epidemiologica da Covid-19; né, tantomeno, sufficiente conforto pare possa trarsi dal rafforzamento delle politiche a tutela della *Rule of Law*⁽¹⁸⁾ in cui, per vero, l'attenzione sembra posta più sul principio di uguaglianza dinnanzi alla legge che sul principio di uguaglianza *tout court*.

Ciò nonostante, come premesso, l'ordinamento giuridico europeo offre spazi interpretativi in ordine all'estensione ai lavoratori autonomi della tutela antidiscriminatoria.

In primo luogo, nella descrizione del campo di applicazione delle direttive si fa riferimento alle «persone» e dunque agli individui in quanto tali, al di là della tipologia contrattuale di cui sono parte. Così è, per intenderci, negli artt. 3, comma 1, Dir. 2000/43/CE e Dir. 2000/78/CE e, del pari, con riferimento specifico a «uomini e donne», nell'art. 1, Dir. 2006/54/CE.

⁽¹⁶⁾ Il riferimento è alla proposta di Direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale SEC(2008) 2180, 2 luglio 2008. All'inizio del 2021, la presidenza portoghese del Consiglio ha deciso di riattivare l'iter legislativo di tale proposta (Presidenza, *Proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale - Relazione sullo stato dei lavori*, 4 giugno 2021, 9109/21). Data però la base giuridica (art. 19 Tfu) che richiede l'unanimità, sarà ben difficile che la direttiva sia approvata in tempi brevi.

⁽¹⁷⁾ E. Balibar, *Crisi e fine dell'Europa?*, Bollati Boringhieri, 2016, 33.

⁽¹⁸⁾ Si veda da ultimo la Comunicazione della Commissione, *Relazione sullo Stato di diritto 2020. La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea*, COM(2020) 580 final, 30 settembre 2020.

In sostanza, quindi, già questi testi normativi paiono contenere «un'aspirazione universalistica»⁽¹⁹⁾ di protezione che guarda alla persona fisica, oltre che alla (o prima ancora della) persona che lavora, e che si innesta, peraltro, in una più ampia tendenza evolutiva che, giust'appunto, ha traslato l'attenzione dal lavoratore alla persona, con l'inevitabile conseguenza di ampliare lo spettro e la tipologia di istanze e pretese⁽²⁰⁾.

Una tendenza che, per di più, deve essere letta in riferimento alla giurisprudenza europea tutt'altro che lineare, giacché, a fronte del ruolo creativo svolto dalla Corte di giustizia nella edificazione del diritto antidiscriminatorio e delle spinte da essa fornite anche in ordine al riconoscimento del principio di uguaglianza come principio generale e della sua efficacia⁽²¹⁾, non sono mancate pericolose pietre di inciampo soprattutto allorquando i giudici europei si sono trovati a districarsi tra divieti di discriminazione e libertà di mercato⁽²²⁾.

Al di là, comunque, della complessità di un percorso evolutivo di cui in questa sede non si può dar debito conto, appare opportuno porre in rilievo l'acclarata intenzione della Corte di «allargare l'ombrello della tutela garantita dal diritto dell'UE anche verso i lavoratori non subordinati»⁽²³⁾ che, peraltro, trova

⁽¹⁹⁾ G. Centamore - L. Ratti, *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone, *op. cit.*, 674.

⁽²⁰⁾ Si veda sul punto D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, 2008.

⁽²¹⁾ Si consenta per una ricostruzione della giurisprudenza europea in materia a M. Ranieri, *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, Wolters Kluwer – Cedam, 2017, spec. 302 ss.

⁽²²⁾ Si pensi, ad esempio, a Corte giust. 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, in Racc. dig., 2017. Sulla vicenda in generale si vedano: L. Guaglianone, *Il caso Abercrombie: contratto intermittente e discriminazione per età*, RGL, 2014, II, 613 ss.; G. Bonanomi, *I requisiti soggettivi nel contratto di lavoro intermittente. Disparità di trattamento o discriminazione per età?*, DRI, 2015, 467 ss.; L. Calafà, *Lavoro intermittente e discriminazione diretta in base all'età: prove di disapplicazione*, RIDL, 2015, II, 541 ss., EAD., *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di giustizia*, RIDL, 2016, II, 692 ss.; M.D. Ferrara, *La tutela e il giudizio multilevel in crisi di identità: discriminazione per età e lavoro intermittente*, ADL, 2016, II, 928 ss.; E. Gragnoli, *Il contratto di lavoro intermittente e la possibile discriminazione per età*, DRI, 2016, 1111 ss.; S. Zitti, *Lavoro intermittente e principio di non discriminazione in base all'età*, RGL, 2016, II, 351 ss.; O. Bonardi, *Il divieto di discriminazione per età alla deriva: note sul caso Abercrombie*, RGL, 2017, II, 545 ss.; C. Inversi, *Forme di lavoro flessibili per i lavoratori più giovani e principio di non discriminazione in base all'età nel caso Abercrombie & Fitch Italia Srl c. Antonino Bordonaro*, DRI, 2017, 1241 ss.; R. Nunin, *Where do we go from here? Lavoro intermittente e discriminazione in base all'età nella sentenza della Corte di Giustizia sul caso Abercrombie & Fitch*, ADL, 2017, II, 1491 ss.; M. Donato, *La Cassazione sul caso Abercrombie dopo la pronuncia della Corte di Giustizia: «Non poteva che attenersi?»*, RGL, 2018, II, 316 ss.; M. Peruzzi, *Giovani, carini e innocenti: il caso Abercrombie alle battute finali. Oppure no?*, RIDL, 2018, II, 431 ss.

⁽²³⁾ C. Alessi, *op. cit.*, 689.

corrispondenza nell'impulso reso in ordine all'operatività del principio di non discriminazione nei riguardi dei lavoratori flessibili⁽²⁴⁾.

Del resto, e in secondo luogo, le direttive di seconda generazione hanno la loro base giuridica nell'art. 19 TFUE (*ex art. 13 TCE*) che, al comma 1, attribuisce al Consiglio il potere di adottare «i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». Non vi è, quindi, nella disposizione posta a fondamento delle ultime direttive, alcun elemento da cui far discendere, direttamente o indirettamente, una limitazione nell'operatività del principio di uguaglianza e dei divieti di discriminazione nei riguardi di specifiche categorie di lavoratori ovvero una preclusione all'applicazione di entrambi nei confronti dei lavoratori autonomi.

Da ultimo, un altro appiglio sistematico può rinvenirsi in talune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e, più in generale, nel ruolo assunto dal principio di uguaglianza all'interno dell'ordinamento giuridico europeo.

Per quanto concerne la Carta, e al di là del passaggio tutt'altro che simbolico rappresentato dall'inserimento per la prima volta (anche) dell'uguaglianza tra i diritti fondamentali del sistema giuridico europeo, particolare rilievo assumono gli artt. 21 e 23.

Il primo, come risaputo, vieta ogni forma di discriminazione in relazione ad una pletora di fattori, più ampia rispetto all'elenco *ex art. 19 TFUE*⁽²⁵⁾; mentre il secondo afferma il principio di parità tra uomini e donne⁽²⁶⁾. La

⁽²⁴⁾ M. Barbera, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. Barbera - A. Guariso, *op. cit.*, spec. 31 secondo cui il principio di non discriminazione è «diventato l'ombrello protettivo destinato a offrire una tutela indiretta alla stabilità e a garantire dai rischi di emarginazione sociale dei lavoratori flessibili».

⁽²⁵⁾ Ai sensi dell'art. 21, difatti, è posto il divieto di «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale» e, nel secondo comma, si specifica che «nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità». Per un commento alla disposizione, cfr. tra i tanti, C. Favilli, *Sub art. 21. I. Quadro generale*, e F. Guarriello, *Sub art. 21. II. Il principio di non discriminazione nel lavoro* in R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, 412 ss. e 425 ss.

⁽²⁶⁾ L'art. 23 sancisce il principio di parità tra donne e uomini «in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione» precisando altresì che tale principio «non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato»; si veda per un commento F. Spitaleri, *Sub art. 23. I. La*

formulazione di entrambe le disposizioni sembra chiaramente improntata ad assicurare una tutela estesa e non vincolata a chi è coperto e protetto dalla veste giuridica della subordinazione. In particolare, l'art. 21 afferma il divieto di discriminazione agganciandolo ad un elenco esemplificativo di motivi senza riferimento alcuno ad ambiti di applicazione e limitazioni di tutela; l'art. 23 è ancora più esplicito nell'attribuzione di una proiezione universale del principio di parità di genere riferito, per l'appunto, a «tutti i campi» risultando la successiva parte della disposizione –«compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione» – una specificazione, peraltro estesa, di una tutela universale e generale.

Si tratta di riferimenti normativi destinati ad assumere maggiore importanza e a conquistare maggiore spazio a seguito della codificazione dell'obbligatorietà della Carta – malgrado le luci e le ombre che continuano ad accompagnare il processo di integrazione europea⁽²⁷⁾ –, dell'impulso recente dato dall'Unione alla sua applicazione⁽²⁸⁾ e, finanche, viene da aggiungere, dell'uso che la Corte costituzionale ha mostrato di poterne fare⁽²⁹⁾.

La Carta, quindi, iscrive in maniera esplicita il principio di uguaglianza nel diritto primario dell'Unione e, al contempo, «qualifica i divieti di discriminazione come diritti fondamentali»⁽³⁰⁾.

E ciò, si è anticipato, nell'ambito di uno scenario più articolato in cui il principio di uguaglianza e i principi di non discriminazione hanno acquisito il riconoscimento di principi generali del diritto dell'Unione non solo in forza dell'evoluzione compiuta nel sistema delle fonti ma, altresì, per l'impulso fornito in tal senso dalla giurisprudenza europea.

In ogni caso e più in generale, vi è da chiedersi se anche su questo versante – ovvero l'operatività della protezione antidiscriminatoria oltre «le colonne d'Ercole della subordinazione»⁽³¹⁾ – si possa sperimentare un altro

parità tra donne e uomini nel diritto dell'Unione europea, e M.L. Vallauri, *Sub art. 23. II. Le misure promozionali delle pari opportunità* in R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *op. cit.*, 450 ss. e 462 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. G. Bronzini, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, RGL, 2012, I, 53 ss.; A. Lo Faro, *L'Europa sociale senza la Carta. L'Europa sociale oltre la Carta*, DLRI, 2018, 761 ss.

⁽²⁸⁾ Di particolare interesse è la Comunicazione della Commissione, *Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2020) 711 final, 2 dicembre 2020.

⁽²⁹⁾ Sul tema, in particolare, G. Bronzini, *La Corte costituzionale mette sotto tutela i giudici ordinari nell'applicazione diretta dei diritti della Carta di Nizza*, RGL, 2018, I, 383 ss.

⁽³⁰⁾ C. Favilli, *op. cit.*, 415.

⁽³¹⁾ A. Perulli, *Il diritto del lavoro*, cit., I.125.

lascito del « mitico caso » Brown e, dunque, agire «un uso strategico del diritto in funzione del cambiamento sociale»⁽³²⁾.

3.1. Le fonti sovranazionali del diritto antidiscriminatorio

L'applicazione dei divieti di discriminazione ai lavoratori autonomi può essere argomentata anche mediante l'interpretazione sistematica del diritto nazionale alla luce di altre fonti sovranazionali.

In primo luogo, va ricordato che numerosi Trattati ratificati dal nostro paese vietano discriminazioni al di là del solo lavoro subordinato. In particolare, l'art. 26 della *International Covenant on Civil and Political Rights* garantisce «a tutte le persone una protezione uguale ed effettiva contro la discriminazione per qualsiasi motivo, come razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di altro tipo, origine nazionale o sociale, proprietà, nascita o altra condizione» (enfasi aggiunta; traduzione nostra).

Occorre poi prendere in considerazione la legislazione specifica relativa ai singoli fattori protetti. Non potendo qui trattare l'insieme dei fattori, si è scelto di soffermarsi su due tra i più problematici in relazione all'applicazione ai lavoratori autonomi: la religione e le convinzioni sindacali⁽³³⁾.

Quanto al divieto di discriminazione in ragione della religione, si deve fare riferimento agli artt. 9 e 14 della CEDU. Dalla lettura delle guide che la Corte EDU aggiorna periodicamente, ove sono presentate, in maniera organica e ordinata, tutte le decisioni della Corte relative alle singole disposizioni della Convenzione⁽³⁴⁾, si apprende che «affinché l'articolo 14 sia applicabile è necessario, ma anche sufficiente, che i fatti del caso rientrino nell'ambito di uno o più articoli della Convenzione» (traduzione nostra). Nel sistema convenzionale, infatti, i principi di non discriminazione hanno natura "ancillare", nel senso che garantiscono a ciascuna persona la possibilità di fruire dei diritti e delle libertà protette dalla CEDU, senza subire discriminazioni⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ M. Barbera, *Principio di eguaglianza*, cit., 80.

⁽³³⁾ Sull'applicazione dei divieti di discriminazione in ragione della nazionalità e del sesso ai lavoratori autonomi si rinvia a S. Borelli - A. Guariso - L. Lazzeroni, *op. cit.*, 248.

⁽³⁴⁾ *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention Prohibition of discrimination*, 2020, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf; *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights*, 2020, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf.

⁽³⁵⁾ Sul punto v. diffusamente P. van Dijk - F. van Hoof - A. van Rijn, L. Zwaak, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2018, 997-1128; D. Harris - M. O'Boyle - E. Bates - C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, OUP, 2018,

Nel corso del tempo, la Corte EDU ha tentato di mitigare questa peculiarità, affermando, a più riprese, che, per l'applicazione dell'art. 14, non è necessaria la violazione di altra disposizione della Convenzione, ma è sufficiente che la fattispecie rientri nell'ambito di applicazione di una tale disposizione⁽³⁶⁾. Rimane, tuttavia, che, per la violazione del diritto a non subire discriminazioni in ragione della religione, occorre che la fattispecie rientri all'interno dell'art. 9 CEDU sul «diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione».

Come noto, l'ambito di applicazione dell'art. 9 CEDU non è limitato al solo lavoro subordinato, ma ricomprende tutti i settori in cui la libertà religiosa può manifestarsi. L'art. 9 (talora in combinato disposto con l'art. 14) è stato dunque applicato a insegnanti, giudici, membri di associazioni religiose, avvocati, ecc.

D'altro canto, la Corte di Strasburgo ha anche precisato che l'art. 14 ha efficacia orizzontale, può cioè applicarsi anche in «purely private situations»⁽³⁷⁾. Ne consegue perciò che, nel sistema convenzionale, il diritto antidiscriminatorio rafforza la tutela della libertà religiosa in ogni ambito in cui quest'ultimo può manifestarsi. E certamente il lavoro autonomo ricade tra i settori in cui viene protetta la libertà religiosa.

Analogamente, l'art. 43, d. lgs. n. 286/1998 vieta le discriminazioni fondate (anche) sulle «pratiche religiose» che abbiano lo scopo o l'effetto «di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali *in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica*» (enfasi aggiunta). Come noto, nel momento in cui è stata recepita la dir. 2000/43/CE, non si è tenuto conto della disposizione contenuta nel testo unico sull'immigrazione. Per evitare lo spezzettamento delle tutele, e tenuto conto degli artt. 8 e 14 CEDU, è

501 ss. Va peraltro ricordato che gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno tentato di superare il carattere ancillare del diritto di non discriminazione di cui all'art. 14 CEDU mediante il Protocollo n. 12 il quale ne estende l'ambito di protezione al «godimento di ogni diritto previsto dalla legge» (art. 1). Il Protocollo introduce dunque un «free-standing right» a non subire discriminazioni. Tuttavia, il Protocollo non modifica l'interpretazione del diritto antidiscriminatorio sposata dalla Convenzione che ne limita la funzione al godimento di «altri» diritti. Non viene cioè adottata la tesi, ormai dominante in dottrina (e da noi prediletta), secondo cui il diritto antidiscriminatorio è una tecnica di regolamentazione del potere, pubblico o privato, e dunque qualsiasi atto, patto, condotta o comportamento può essere vagliato mediante lo stesso (M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1991, 51).

⁽³⁶⁾ Corte EDU, Grand Chambre, *Carson e altri c. Regno unito*, n. 42184/05, 16 marzo 2010, § 63.

⁽³⁷⁾ Corte EDU, *Danilenkov e altri c. Russia*, n. 67336/01, 10 dicembre 2009.

dunque opportuno applicare le disposizioni di cui al d. lgs. n. 216/03 a tutte le condizioni di lavoro autonomo.

Passando ora al divieto di discriminazione sindacale, occorre, in primo luogo, considerare le Convenzioni OIL n. 87 e 98. Entrambe fanno parte dell'elenco delle c.d. *core conventions*, ossia delle otto Convenzioni che, in base alla Dichiarazione OIL sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro del 1998, tutti gli Stati membri devono «rispettare, promuovere e realizzare», per via della loro appartenenza all'Organizzazione, anche qualora le non abbiano ratificate⁽³⁸⁾.

La Convenzione n. 87 garantisce a tutti i lavoratori il diritto di costituire o di divenire membri di organizzazioni sindacali (art. 2). La Convenzione assicura altresì a tutti i sindacati (ossia a tutte le organizzazioni che abbiano «lo scopo di promuovere e di difendere gli interessi dei lavoratori»; art. 10) il diritto di svolgere la propria attività. La Convenzione impegna infine gli Stati membri «ad adottare tutte le misure necessarie ed appropriate al fine di garantire ai lavoratori ed ai datori di lavoro il libero esercizio del diritto sindacale» (art. 12).

Diversamente, la Convenzione n. 98 prevede un esplicito divieto di discriminazioni per ragioni sindacali. In particolare, l'art. 1 riconosce ai lavoratori «un'adeguata protezione contro tutti gli atti di discriminazione tendenti a compromettere la libertà sindacale in materia di impiego».

La quasi-giurisprudenza dei Comitati OIL ha sempre fornito un'interpretazione estensiva delle disposizioni sopra ricordate, riconoscendo a tutti i lavoratori la possibilità di esercitare i diritti sindacali⁽³⁹⁾. Il Comitato OIL per la libertà sindacale ha, ad esempio, affermato che tutti i lavoratori, senza alcuna distinzione, hanno il diritto di creare organizzazioni sindacali e ha vietato ogni interferenza, da parte dello Stato, alla creazione di sindacati di lavoratori autonomi (Caso n. 2868 (Panama), par. 1005)⁽⁴⁰⁾. Nel caso n. 2888 (Polonia) (par. 1084), il Comitato per la libertà sindacale ha precisato che il criterio per determinare chi è titolare del diritto di costituire o divenire membro di un sindacato «non si basa sull'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, che spesso è inesistente, ad esempio nel caso dei lavoratori agricoli, dei lavoratori autonomi in generale o delle persone che esercitano le professioni liberali, i quali

⁽³⁸⁾ Sulle Convenzioni OIL n. 87 e 98 v. da ultimo S. Hayter - J. Visser, *Collective Agreements: Extending Labour Protection*, International Labour Organization, 2018; J. Vogt - J. Bellace - L. Compa - K. D. Ewing - J. Hendy QC - K. Lörcher - T. Novitz, *The Right to Strike in International Law*, Hart, 2020.

⁽³⁹⁾ Sul punto v. De Stefano, *L'ambito di applicazione soggettivo degli International Labour Standards dell'OIL*, LD, 2019, 439.

⁽⁴⁰⁾ Tutte le decisioni del Comitato OIL per la libertà sindacale sono disponibili sul sito <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:20060:0::NO::>

dovrebbero comunque godere del diritto di organizzarsi [in sindacato]» (traduzione nostra).

Analogamente, il Comitato OIL ha riconosciuto che «i lavoratori autonomi possono pienamente beneficiare dei diritti sindacali garantiti dalle Convenzioni n. 87 e 98 al fine di promuovere e difendere i loro interessi, anche per mezzo della contrattazione collettiva» (caso n. 2602(Corea), par. 467; in senso analogo v. i casi n. 2013(Mexico) e n. 2786(Repubblica dominicana)). Difatti, come ben chiarito in tante occasioni⁽⁴¹⁾, all'interno dell'ordinamento dell'OIL, i diritti sindacali sono tutelati sia in quanto diritti fondamentali, sia quali *enabling rights* (i.e. diritti funzionali alla tutela degli interessi e di altri diritti dei lavoratori). Di conseguenza, l'ambito di applicazione della libertà sindacale viene interpretato in modo estensivo perché quanto più diffusamente è assicurata tale libertà, tanto più sono effettivi gli altri diritti garantiti dalla normativa OIL.

Come abbiamo detto, la libertà sindacale si manifesta nel diritto di costituire un sindacato o di farvi parte, nel diritto a stipulare contratti collettivi e nel diritto di sciopero⁽⁴²⁾. E a ben vedere, il perimetro coperto dalle Convenzioni n. 87 e 98 viene tracciato non tanto in relazione alla definizione di lavoratore, quando sulla base delle nozioni di contrattazione collettiva e di sciopero⁽⁴³⁾; una volta appurata l'esistenza di tali fattispecie, i Comitati OIL riconoscono infatti il relativo diritto ai lavoratori coinvolti. Detto in altri termini, l'esercizio stesso della contrattazione collettiva o di uno sciopero dimostra l'esigenza di una disparità di potere tra le parti che richiede il riconoscimento, ai lavoratori coinvolti, di diritti sindacali.

Di conseguenza, anche il diritto a un'adeguata protezione contro tutti gli atti di discriminazione sindacale è garantito a tutti i lavoratori (caso n. 2888(Polonia), par. 1084). Nella *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association* viene poi specificato che «la protezione contro gli atti di discriminazione antisindacale dovrebbe coprire non solo l'assunzione e il licenziamento, ma anche tutte le misure discriminatorie durante l'impiego, in

⁽⁴¹⁾ Si v. ad esempio il Rapporto I(B) presentato alla 97^o sessione della conferenza internazionale del lavoro, *Freedom of association in practice: Lessons learned* (2008), par. 82.

⁽⁴²⁾ Il riconoscimento del diritto di sciopero quale espressione della libertà sindacale è stato oggetto di una lunga ed estenuante controversia i cui strascichi riaffiorano tuttora nei dibattiti sulla normativa internazionale del lavoro. Sul punto v. ampiamente J. Vogt - J. Bellace, L. Compa - K. D. Ewing - J. Hendy QC - K. Lörcher - T. Novitz, *The Right to Strike in International Law*, cit.

⁽⁴³⁾ Sulla definizione di sciopero e di contrattazione collettiva v. la *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, rispettivamente capitoli 10 e 15, <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:70001:0:NO::>

particolare i trasferimenti, il demansionamento e altri atti che sono pregiudizievoli per il lavoratore» (traduzione nostra).

In estrema sintesi, possiamo perciò concludere che, nell'ordinamento dell'OIL, il diritto a non subire discriminazioni sindacali rafforza la tutela della libertà sindacale, la quale è riconosciuta a tutti i lavoratori, senza alcuna distinzione. Di conseguenza, l'ambito di applicazione del d. lgs n. 216/03 dovrebbe essere interpretato in modo da garantire, a tutti i lavoratori, la tutela contro le condotte discriminatorie per ragioni sindacali. In caso contrario, infatti, i lavoratori autonomi beneficerebbero di due procedure in caso di discriminazione sindacale: quella di cui al d. lgs. n. 216/03 nell'accesso all'impiego; e quella di cui all'art. 1 Conv. OIL n. 98 nelle altre fasi di lavoro.

3.1.1. Il rapporto tra diritti sindacali e diritto a non subire discriminazioni in ragione delle convinzioni sindacali

Dalla breve ricostruzione operata emerge che, sia nella CEDU che nella normativa OIL, l'applicazione ai lavoratori autonomi dei diritti a non subire discriminazioni – in ragione della religione o delle convinzioni sindacali – si giustifica per l'esigenza di garantire loro la libertà religiosa e la libertà sindacale. Come si è già avuto modo di osservare, questa concezione dei principi di non discriminazione ne circoscrive la funzione e non riflette quella che, a nostro parere, è la corretta rappresentazione del diritto antidiscriminatorio: una tecnica di regolazione dell'esercizio del potere.

Per questo, riteniamo opportuno dedicare qualche parola a un problema tutt'altro che secondario: cosa accade nelle fattispecie in cui viene negata la libertà religiosa o la libertà sindacale?⁽⁴⁴⁾ Cosa accadrebbe, ad esempio, se il diritto nazionale negasse il diritto di sciopero ai lavoratori autonomi delle piattaforme? L'applicazione dei diritti di non discriminazione potrebbe giungere al riconoscimento del diritto di sciopero, laddove lo stesso è negato?

Il problema deve essere affrontato da diversi punti di vista. Nell'Unione europea, ove gli spazi per il riconoscimento del diritto di sciopero sono (finora) angusti, il diritto antidiscriminatorio potrebbe consentire di ribaltare il modo in cui la Corte di giustizia ha approcciato il caso *Laval*⁽⁴⁵⁾. La Corte non sarebbe

⁽⁴⁴⁾ Le riflessioni in questo paragrafo sono frutto del confronto con Giovanni Orlandini che si ringrazia. Naturalmente, la responsabilità di quando scritto è da imputare solo alle autrici.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto v. S. Borelli - A. Guariso - L. Lazzeroni, *op. cit.*, 260.

infatti chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con le libertà economiche dello sciopero diretto a indurre il prestatore di servizi transnazionale a stipulare un contratto collettivo, ma a valutare se le conseguenze svantaggiose subite dai lavoratori e dalle organizzazioni sindacali che hanno partecipato allo sciopero siano o meno discriminatorie. La dimostrazione della legittimità delle misure anti-sciopero passerebbe dunque per le strette maglie del sindacato antidiscriminatorio. Premessa indispensabile di questo ragionamento è che le convinzioni sindacali rientrino all'interno delle convinzioni personali, circostanza che, nel nostro ordinamento, è ormai assodata, ma che non è ancora stata chiarita né dalla Corte di giustizia, né dalla Commissione europea.

Rimanendo nell'ambito del diritto dell'Unione, ci si potrebbe altresì domandare se il diritto a non subire discriminazioni sindacali imponga agli Stati membri di riconoscere la legittimità dello sciopero, almeno in certi casi. Detto in altri termini, il diritto antidiscriminatorio potrebbe assicurare un *nucleo minimo* di attività sindacali che devono ritenersi legittime?

In questo ordinamento, il problema si pone in termini un po' diversi rispetto a quanto avviene nella normativa OIL. Là infatti la libertà sindacale è garantita come diritto fondamentale di tutti i lavoratori, e viene tutelata mediante i divieti di discriminazione che, di conseguenza, devono applicarsi a tutti i lavoratori. Nel diritto dell'Unione europea, i diritti sindacali sono annoverati tra i diritti fondamentali dalla Carta di Nizza (artt. 12, 27 e 28), ma non è possibile un intervento diretto su queste materie, perché esulano dalle competenze dell'Unione (art. 153 par. 5 Tfu), e gli interventi indiretti finora hanno risposto prevalentemente (solo) alla logica delle libertà economiche. Il diritto a non subire discriminazioni per ragioni sindacali potrebbe aiutarci a garantire l'effettività del diritto di sciopero di cui all'art. 28 CDFUE?

Per rispondere a tale domanda si può, in primo luogo, osservare che, come avviene per la normativa OIL, anche nel diritto dell'Unione, nessuno può essere discriminato in ragione dell'esercizio dei diritti sindacali ivi riconosciuti⁽⁴⁶⁾.

In secondo luogo, occorre ribadire che, secondo l'interpretazione da noi sostenuta, il diritto a non subire discriminazioni per ragioni sindacali di cui alla dir. 2000/78 si applica anche ai lavoratori autonomi. Di conseguenza, anche ai lavoratori autonomi deve essere riconosciuta la possibilità di svolgere attività sindacali, senza subire, per questo, alcuno svantaggio. E fra queste attività sindacali rientrano senz'altro – ma non solo - quelle previste dalla Carta dei diritti

⁽⁴⁶⁾ V. ad esempio l'art. 17, dir. 2019/1152.

fondamentali dell'Unione europea (il diritto di fondare sindacati e di aderirvi, il diritto all'informazione e alla consultazione, il diritto alla contrattazione collettiva, il diritto all'azione collettiva).

Certo, si potrebbe dire che i diritti sindacali previsti in tale Carta sono riconosciuti solo ai lavoratori subordinati. Tuttavia, dato che il diritto a non subire discriminazioni sindacali è garantito anche ai lavoratori autonomi, il divieto, per questi ultimi, di svolgere talune attività sindacali dovrebbe essere giustificato da una ragione oggettiva e legittima, e dovrebbe inoltre essere adeguato, necessario e proporzionato, non dovrebbe cioè andare oltre a quanto strettamente necessario per conseguire tale obiettivo.

Analogamente, l'attività sindacale da parte dei lavoratori – autonomi o subordinati – potrebbe ledere altri diritti o interessi legittimi, e potrebbe essere dunque necessaria l'introduzione di regola diretta a limitarne le modalità di esercizio. Come detto, però, nella prospettiva del diritto antidiscriminatorio, tale regola limitativa, oltre a essere giustificata da una ragione oggettiva e legittima, deve essere adeguata, necessaria e proporzionata.

Il diritto a non subire discriminazioni sindacali ci obbliga cioè a interrogarci sui motivi per cui certi lavoratori non possono svolgere attività sindacale. Ci obbliga, di conseguenza, a cercare un'adeguata motivazione per ogni divieto posto all'attività sindacale. Una prospettiva senz'altro inedita in un ordinamento, quello dell'Unione, che continua a leggere i diritti sindacali quali ostacoli alle libertà economiche e alla libera concorrenza⁽⁴⁷⁾.

4. Le discriminazioni algoritmiche: un nuovo campo di applicazione per il diritto antidiscriminatorio?

In chiusura, devono ricordarsi le recenti risoluzioni e raccomandazioni del Consiglio d'Europa sulle discriminazioni algoritmiche in cui si invitano gli Stati membri a «elaborare una legislazione, norme e procedure nazionali chiare per garantire che i sistemi basati sull'intelligenza artificiale (IA) rispettino i diritti all'uguaglianza e alla non discriminazione», e si invitano «tutte le entità, sia pubbliche che private, che lavorano su e con sistemi basati sull'IA, a garantire che il rispetto dell'uguaglianza e della non discriminazione sia integrato fin dall'inizio nella progettazione di tali sistemi, e adeguatamente testato prima della

⁽⁴⁷⁾ Si v. da ultimo l'*Inception Impact Assessments* della Commissione europea sull'ambito di applicazione del diritto Ue della concorrenza e i contratti collettivi per i lavoratori autonomi, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=PI_COM%3AAres%282021%29102652

loro diffusione, in ogni caso in cui questi sistemi possano avere un impatto sull'esercizio o sull'accesso ai diritti fondamentali» (traduzione nostra)⁽⁴⁸⁾.

Il Consiglio d'Europa intende dunque garantire il rispetto dei diritti fondamentali, tra cui figurano i diritti a non subire discriminazioni, in ogni ambito in cui operano sistemi di IA. A parere del Consiglio d'Europa, tali sistemi devono dunque rientrare nel campo di applicazione dei principi di non discriminazione che, di conseguenza, dovrebbe essere opportunamente interpretato⁽⁴⁹⁾.

In maniera analoga, l'Unione europea ha sottolineato l'importanza di garantire il rispetto dei diritti fondamentali nella trasformazione digitale⁽⁵⁰⁾. I principi di non discriminazione sono pertanto espressamente menzionati all'interno del documento con cui la Commissione ha aperto la prima fase di consultazione delle parti sociali sulle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme⁽⁵¹⁾. Analogamente, il Parlamento europeo ritiene che tutte le

⁽⁴⁸⁾ Risoluzione 2343 (2020)1 dell'Assemblea su *Preventing discrimination caused by the use of artificial intelligence*, in senso analogo v. la Raccomandazione del Comitato dei Ministri Rec/CM(2020)1 su *Human rights impact of algorithmic systems* e la Raccomandazione del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa su *Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights*'.

⁽⁴⁹⁾ Sui possibili effetti discriminatori connessi all'utilizzo di sistemi di IA v. J. Gerards - R. Xenidis, *Algorithmic Discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU Gender Equality and Non-Discrimination Law*, Publication Office of the European Union, 2021; P. Hacker, *Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, *CMLR*, 2018, 55(4), 1143-1185; J. Kleinberg - J. Ludwig - S. Mullainathan - C. R. Sunstein, *Discrimination in the age of algorithms*, *Journal of Legal Analysis*, 2018, 10, 113-174; M. Kullmann, *Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law*, *IJCLLR*, 2018, 34(1), 1-21; M. Kullmann, *Discriminating job applicants through algorithmic decision-making*, 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3373533; A.E.R. Prince - D. Schwarcz, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, *Iowa Law Review*, 2020, 105, 1257-1318; R. Santagata De Castro, *Anti-discrimination Law in the Italian Courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, *WP CSDLE*, It., n. 440/2021; R. Xenidis, *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, vol. 27(6), 736-758; R. Xenidis - L. Senden, *EU Non-discrimination Law in the Era of Artificial Intelligence: Mapping the Challenges of Algorithmic Discrimination*, in U. Bernitz - X. Groussot - J. Paju - S. A. de Vries (a cura di), *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Wolters Kluwer, 2019, 151 ss.; F.J. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Council of Europe, Directorate General of Democracy, 2018; F.J. Zuiderveen Borgesius, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, *The International Journal of Human Rights*, 2020, 1572-1593.

⁽⁵⁰⁾ *Communication: Shaping Europe's digital future*, 2020, https://ec.europa.eu/info/publications/communication-shaping-europes-digital-future_en; *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65.

⁽⁵¹⁾ Consultation document, *First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work* (C(2021)1127). Il documento sottolinea che gli algoritmi «spesso non hanno una supervisione

piattaforme debbano garantire il pieno rispetto del diritto antidiscriminatorio e che «i lavoratori delle piattaforme debbano avere diritto ad algoritmi trasparenti, non discriminatori ed etici»; pertanto «dovrebbe sempre essere fornita una spiegazione intelligibile del funzionamento dell'algoritmo sulle modalità di attribuzione dei compiti e di assegnazione dei rating, procedura di disattivazione e determinazione dei prezzi, nonché informazioni chiare e aggiornate su eventuali modifiche significative dell'algoritmo»⁽⁵²⁾.

I divieti di discriminazione si ritrovano poi sparsi qua e là all'interno delle tante iniziative legislative promosse dalla Commissione nell'ambito della Strategia digitale dell'Unione⁽⁵³⁾. Non è ovviamente possibile, in questa sede, dare conto, in maniera dettagliata, dei contenuti di tali iniziative. Ci preme, tuttavia, menzionare la Proposta di Regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali) (COM(2020)842), in cui si riconosce il diritto degli utenti commerciali (tra cui figurano anche i lavoratori autonomi)⁽⁵⁴⁾ di sollevare presso le competenti autorità pubbliche questioni relative al comportamento sleale dei gatekeeper⁽⁵⁵⁾, fra cui rientrano le condotte discriminatorie (considerando n. 39).

La Proposta di Regolamento relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) (COM(2020)825) obbliga invece le piattaforme online di dimensioni molto grandi a individuare, analizzare e valutare eventuali rischi sistemici significativi derivanti dal funzionamento e dall'uso dei loro servizi, fra cui figurano anche gli effetti negativi per l'esercizio del diritto alla non discriminazione (art. 26). Varie norme riguardano poi il monitoraggio e la

umana, [e] possono portare a decisioni irresponsabili e potenzialmente discriminatorie» (p. 16). Per questo, la Commissione intende promuovere «l'intervento umano nei processi decisionali automatizzati riguardanti i rapporti di lavoro e la loro supervisione» (p. 28). Il rischio che gli algoritmi riproducano, amplifichino o contribuiscano a pregiudizi di genere è sottolineato anche nella Comunicazione della Commissione, *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025*, COM(2020)152, p. 6.

⁽⁵²⁾ Parlamento europeo, *Progetto di relazione su condizioni di lavoro eque, diritti e protezione sociale per i lavoratori delle piattaforme - Nuove forme di occupazione legate allo sviluppo digitale* (2019/2186(INI)), § 14 e 15.

⁽⁵³⁾ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_it

⁽⁵⁴⁾ Sono utenti commerciali le persone fisiche o giuridiche che, nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali, utilizzano i servizi di piattaforma ai fini della fornitura di beni o servizi agli utenti finali o nello svolgimento di tale attività (art. 1).

⁽⁵⁵⁾ Sono *gatekeeper* coloro che gestiscono un servizio di piattaforma che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali, detengono una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività (o è prevedibile che acquisiscano siffatta posizione nel prossimo futuro), e hanno un impatto significativo nel mercato interno (art. 3).

rimozione dei contenuti illegali, fra cui rientrano i contenuti discriminatori (considerando n. 12; artt. 13, 14 e 15).

Nella Proposta di Regolamento che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'Intelligenza artificiale) (COM(2021)206), gli effetti discriminatori che possono derivare dall'uso di sistemi di IA rilevano ai fini dell'individuazione dei sistemi vietati (considerando n. 15)⁽⁵⁶⁾ e dei sistemi ad alto rischio (considerando n. 28)⁽⁵⁷⁾. Fra questi ultimi figurano i sistemi di IA utilizzati per il reclutamento o la selezione di persone fisiche e quelli «utilizzati per prendere decisioni sulla promozione e la cessazione di rapporti contrattuali di lavoro, per l'assegnazione di mansioni e per monitorare e valutare le prestazioni e il comportamento delle persone in tali rapporti» (Allegato III, n. 4; considerando n. 36). In entrambi i casi, si precisa che rilevano i sistemi di IA sia per i lavoratori subordinati, che per i lavoratori autonomi.

I sistemi di IA ad alto rischio possono essere utilizzati solo se vengono rispettati taluni requisiti procedurali. In particolare, si richiede di sottoporre tali sistemi a un processo di *risk management* diretto a individuare, valutare, eliminare o mitigare i rischi connessi al loro impiego (art. 9)⁽⁵⁸⁾; devono poi essere fornite informazioni agli utenti, così da garantire la trasparenza dei sistemi di AI (art. 13; considerando n. 47)⁽⁵⁹⁾; tali sistemi devono poi essere sorvegliati da persone fisiche, al fine di prevenire o ridurre i rischi di violazione dei diritti fondamentali (art. 14). Si precisa poi che, per proteggere i principi di non discriminazione, alcuni dati personali dovrebbero essere trattati «come questione di interesse pubblico sostanziale, al fine di garantire il monitoraggio, l'individuazione e la

⁽⁵⁶⁾ La proposta di regolamento vieta, ad esempio, i sistemi di AI che valutano o classificano l'affidabilità delle persone fisiche in base al loro comportamento sociale o a caratteristiche personali, in quanto possono portare a risultati discriminatori e all'esclusione di alcuni gruppi (considerando n. 17).

⁽⁵⁷⁾ Fra i sistemi di IA ad alto rischio sono annoverati: i sistemi di identificazione biometrica a distanza (considerando n. 33); i sistemi di IA utilizzati per determinare l'accesso agli istituti d'istruzione e di formazione professionale o per esaminare in tali sedi le persone (considerando n. 35); i sistemi di IA utilizzati per valutare il punteggio di credito o l'affidabilità creditizia delle persone fisiche (considerando n. 37); i sistemi di IA utilizzati per determinare se le prestazioni assistenziali o i servizi debbano essere negati, ridotti o revocati (considerando n. 37); i sistemi di IA usati dalle autorità che devono fare applicare la legge (considerando n. 38); i sistemi di IA utilizzati nella gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere (considerando n. 39).

⁽⁵⁸⁾ L'adozione di procedure di *risk management* è raccomandata da F. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, cit., 29.

⁽⁵⁹⁾ Sul c.d. *transparent-oriented approach* v. A.E.R. Prince - D. Schwarcz, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, cit., 1311.

correzione dei pregiudizi in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio» (considerando n. 44).

Come segnalato in dottrina, la proposta di regolamento disciplina i sistemi di IA utilizzati sul lavoro, senza tuttavia vietarne l'impiego⁽⁶⁰⁾. Viene poi del tutto ignorato il ruolo delle parti sociali, sia nell'ambito del processo di *risk management*, sia con riferimento agli obblighi di informazione e consultazione in relazione all'introduzione e all'impiego di sistemi di IA⁽⁶¹⁾.

Ai limitati fini delle riflessioni qui proposte, preme sottolineare che, nel testo del regolamento, non figura attualmente alcuna disposizione diretta a dichiarare, esplicitamente, che il diritto antidiscriminatorio deve essere rispettato in ogni fase di utilizzo dei sistemi di IA. Una tale specificazione sarebbe senz'altro molto utile perché eliminerebbe ogni dubbio circa la possibilità di impiegare la tecnica antidiscriminatoria al fine di disciplinare l'esercizio del potere, quando questo si manifesta mediante sistemi di IA. Affinché il diritto antidiscriminatorio possa svolgere pienamente la propria funzione normativa, ha infatti tuttora bisogno di quei frammenti normativi che ne consolidano l'applicazione in ogni ambito in cui la persona può essere soggetta all'esercizio di un potere, pubblico o privato.

Il diritto dell'Unione è letteralmente costellato di tali frammenti e, vista la rilevanza del problema, non può certo perdersi l'occasione di cementare, anche nei sistemi di IA, l'impiego del diritto antidiscriminatorio.

⁽⁶⁰⁾ A. Aloisi - V. De Stefano, *Il nuovo regolamento Ue sull'intelligenza artificiale e i lavoratori*, 2021, <https://www.rivistailmulino.it/a/regolamento-ue-sull-intelligenza-artificiale-una-minaccia-alla-protezione-dei-lavoratori>

⁽⁶¹⁾ Il ruolo delle parti sociali nella disciplina dei sistemi di IA è sottolineato dal Trades Union Congress, *Dignity at work and the AI revolution. A TUC Manifesto*, 2021, [https://www.tuc.org.uk/sites/default/files/2021-03/The AI Revolution 2021 Manifesto AW.pdf](https://www.tuc.org.uk/sites/default/files/2021-03/The%20AI%20Revolution%202021%20Manifesto%20AW.pdf).

Bibliografia

- Aa.vv., *Introduzione*, in M. Barbera - A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, 1-3.
- Albi P., *Fra qualificazione del rapporto di lavoro e disciplina applicabile: l'ordine normativo che non c'è*, in *MGL*, 2020, 11-18.
- Ales E., *In favore dell'etero-organizzazione come 'concetto' autonomo: timeo danos et remedia ferentes*, in *MGL*, 2020, 19-24.
- Alessi C., *Lavoro tramite piattaforme e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, 683-698.
- Aloisi A. - De Stefano V., *Il nuovo regolamento Ue sull'intelligenza artificiale e i lavoratori*, 2021, <https://www.rivistailmulino.it/a/regolamento-ue-sull-intelligenza-artificiale-una-minaccia-alla-protezione-dei-lavoratori>
- Arrigo G., *Uguaglianza, parità e non discriminazione nel diritto dell'Unione europea (parte I)*, in *RGL*, 2016, I, 457-486.
- Balibar E., *Crisi e fine dell'Europa?*, Bollati Boringhieri, 2016, 11-334.
- Ballestrero M.V., *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in *LLI*, 2020, 2, I.1-15.
- Ballestrero M.V., *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 19 gennaio 2021, 1-11.
- Ballistreri G.M., *Nuove frontiere tra subordinazione e autonomia come indicato dalla Cassazione con la sentenza n. 1663/2020*, in *MGL*, 25-34.
- Barbera M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1991.
- Barbera M., *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, 399-422.
- Barbera M., *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, XIX-XLVI.
- Barbera M., *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. Barbera - A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, 5-84.
- Bellocchi P., *Chi governa le collaborazioni organizzate dal committente*, in *MGL*, 2020, 35-44.
- Bettini M.N.- Vigliotti G.I., *La Cassazione sul lavoro dei riders: una 'terra di mezzo' in cerca di maggiori tutele*, in *MGL*, 2020, 45-56.
- Bonanomi G., *I requisiti soggettivi nel contratto di lavoro intermittente. Disparità di trattamento o discriminazione per età?*, in *DRI*, 2015, 467-475.
- Bonardi O., *Il divieto di discriminazione per età alla deriva: note sul caso Abercrombie*, in *RGL*, 2017, II, 545-559.
- Borelli S., *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli, 2007, 1-290.
- Borelli S. - Guariso A. - Lazzeroni L., *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. Barbera - A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, 165-270.
- Bronzini G., *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in *RGL*, 2012, I, 53-79.

- Bronzini G., *La Corte costituzionale mette sotto tutela i giudici ordinari nell'applicazione diretta dei diritti della Carta di Nizza*, in RGL, 2018, I, 383-400.
- Calafà L., *Lavoro intermittente e discriminazione diretta in base all'età: prove di disapplicazione*, in RIDL, 2015, II, 541-549.
- Calafà L., *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di giustizia*, in RIDL, 2016, II, 692 ss.
- 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.
- Centamore G. - Ratti L., *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, 663-682.
- Cinelli M. - Parisella P., *'Cicofattorini' e previdenza sociale dopo la legge n. 128/2019: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza*, in MGL, 2020, 57-64.
- Ciucciovino S. - Monterossi L., *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della Suprema Corte*, in MGL, 2020, 65-76.
- Cruz Villalon J., *L'adattamento o il superamento della subordinazione come elemento di riferimento del diritto del lavoro di fronte alle nuove forme di occupazione. Un dibattito globale dal punto di vista spagnolo*, in LLI, 2020, 2, I.16-47.
- de Marchis Gómez C., *Frank è "cieco"...ma solo quando vuole lui*, in D&LFlash, 2021, 4-6.
- De Stefano, *L'ambito di applicazione soggettivo degli International Labour Standards dell'OIL*, in LD, 2019, 429-446.
- Donato M., *La Cassazione sul caso Abercrombie dopo la pronuncia della Corte di Giustizia: «Non poteva che atteneversi?»*, in RGL, 2018, II, 316-329.
- Faioli M., *Situazione italiana delle tutele del lavoro nella gig-economy. I ciclo-fattorini (riders) tra giurisprudenza del 2020 e legge del 2019*, in RGL, 2020, II, 252-265.
- Favilli C., *Sub art. 21. I. Quadro generale*, in R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffré, 2017, 412-425.
- Ferrante V., *Alienità dell'organizzazione produttiva e lavoro subordinato. A margine della questione dei ciclo-fattorini*, in MGL, 2020, 77-94.
- Ferrara M.D., *La tutela e il giudizio multilevel in crisi di identità: discriminazione per età e lavoro intermittente*, in ADL, 2016, II, 928-948.
- Ferraro G., *Il diritto del lavoro ha ancora bisogno della subordinazione? Rispondendo a LLI*, in LLI, 2020, 2, I.49-57.
- Fiorillo L., *Le collaborazioni organizzate dal committente: la Corte di Cassazione mette un punto (quasi) fermo*, in MGL, 2020, 95-112.
- Gaeta L., *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*, in LLI, 2020, 2, I.58-76.
- Gerards J. - Xenidis R., *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Publications Office of the European Union, 2021.
- Gragnoles E., *Il contratto di lavoro intermittente e la possibile discriminazione per età*, in DRI, 2016, 1111-1118.
- Gragnoles E., *L'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 e gli indicatori della subordinazione non codificati*, in MGL, 2020, 113-122.
- Gramano E., *Ancora sulla nozione di 'lavoratore' nel diritto dell'Unione europea: il caso Yodel*, in ADL, 2020, II, 1459-1468.

- Guaglianone L., *Il caso Abercrombie: contratto intermittente e discriminazione per età*, in RGL, 2014, II, 613-623.
- Guarriello F., *Sub art. 21. II. Il principio di non discriminazione nel lavoro*, in R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, 425-436.
- Hacker P., *Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, CMLR, 2018, 55(4), 1143-1185.
- Harris D. - O'Boyle M. - Bates E. - Buckley C., *Law of the European Convention on Human Rights*, OUP, 2018, 501 - 570.
- Hayter S. - Visser J., *Collective Agreements: Extending Labour Protection*, International Labour Organization, 2018.
- Inversi C., *Forme di lavoro flessibili per i lavoratori più giovani e principio di non discriminazione in base all'età nel caso Abercrombie & Fitch Italia Srl c. Antonino Bordonaro*, in DRI, 2017, 1241-1248.
- Kleinberg J. - Ludwig J. - Mullainathan S. - Sunstein C. R., *Discrimination in the age of algorithms*, *Journal of Legal Analysis*, 2018, 10, 113-174.
- Kullmann M., *Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law*, in *IJCLLR*, 2018, 34(1), 1-21;
- Kullmann M., *Discriminating job applicants through algorithmic decision-making*, 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3373533;
- La Rocca D., *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, 2008, 1-222.
- Lo Faro A., *L'Europa sociale senza la Carta. L'Europa sociale oltre la Carta*, in *DLRI*, 2018, 761-782.
- Lassandari A., *La Corte di Cassazione sui riders e l'art. 2, d. lgs. n. 81/2015*, in *MGL*, 2020, 123-132.
- Maresca A., *Coordinaazione, organizzazione e disciplina delle collaborazioni continuative*, in *MGL*, 2020, 133-142.
- Maresca A., *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in *DRI*, 2020, 146-152.
- Mocella M., *Riders e lavoro in piattaforma: un problema (ir)risolto?*, in *MGL*, 2020, 143-150.
- Novella M., *La subordinazione in prospettiva. Opinioni a confronto*, in *LLI*, 2020, 2, I-IX.
- Nunin R., *Where do we go from here? Lavoro intermittente e discriminazione in base all'età nella sentenza della Corte di Giustizia sul caso Abercrombie & Fitch*, in *ADL*, II, 1491-1500.
- Pacella G., *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea*, in *LLI*, 2020, 1, 18-32.
- Pallini M., *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione*, in *LLI*, 2020, 2, I.77-91.
- Passalacqua P., *Spunti dalla sentenza della Cassazione sui ciclofattorini di Foodora*, in *MGL*, 2020, 151-160.
- Perulli A., *Il diritto del lavoro e il "problema" della subordinazione*, in *LLI*, 2020, 2, I.92-132.
- Perulli A., *La Cassazione sul caso Foodora*, in *MGL*, 2020, 161-172.
- Perulli, A., *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 2021, 1-7.
- Peruzzi M., *Giovani, carini e innocenti: il caso Abercrombie alle battute finali. Oppure no?*, in *RIDL*, 2018, II, 431-439.

- Pessi R. - Zumbo A.D., *Collaborazioni organizzate e tipi contrattuali: tra conferme ricostruttive e nuove problematiche interpretative*, in *MGL*, 2020, 173-186.
- Pisani C., *Le leggi 'mal fatte' sulle collaborazioni e la Cassazione: aumenta l'incertezza sull'ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato*, in *MGL*, 2020, 187-202.
- Prince A.E.R. - Schwarcz D., *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, 2020, 105, 1257-1318.
- Puccetti E., *L'etero-organizzazione dei riders oltre la frammentazione e la destrutturazione spazio-temporale dell'attività lavorativa*, in *ADL*, 2020, II, 397-410.
- Ranieri M., *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, Wolters Kluwer - Cedam, 2017, 1-388.
- Razzolini O., *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*, in *LLI*, 2020, 2, I.133-145.
- Rosa F., *Il criterio della subordinazione alla prova del lavoro su piattaforma: alcune considerazioni sul contesto francese*, in *LLI*, 2020, 2, I.146-157.
- Santagata De Castro R., *Anti-discrimination Law in the Italian Courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, *WP CSDLE*, It., n. 440/2021.
- Santoro-Passarelli G., *Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione n. 1663/2020*, in *MGL*, 2020, 203-218.
- 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.
- Santucci R., *Notazioni metodologiche sulla qualificazione giuridica del lavoro con le 'piattaforme digitali'*, in *MGL*, 2020, 219-224.
- Sigillò Massara G., *Lavoratori 'etero-diretti dalle piattaforme': la pragmatica a-qualificazione della Cassazione*, in *MGL*, 2020, 225-236.
- Spitaleri F., *Sub art. 23. I. La parità tra donne e uomini nel diritto dell'Unione europea*, in R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, 450-462.
- Topo A., *Il ruolo dell'auto-organizzazione del lavoratore nel programma negoziale e la qualificazione del rapporto di lavoro: riflessioni per la verifica di un paradigma alternativo ai fini della qualificazione del rapporto*, in *MGL*, 2020, 247-254.
- Vallauri M.L., *Sub art. 23. II. Le misure promozionali delle pari opportunità*, in R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, 462-475.
- Vallebona A., *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *MGL*, 2020, 255-256.
- van Dijk P., van Hoof F., van Rijn A., Zwaak L., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2018.
- Venditti L., *L'etero-organizzazione dei riders secondo la Corte di Cassazione: una prima presa di posizione*, in *MGL*, 2020, 257-264.
- Vincieri M., *Libera circolazione dei lavoratori e nozione eurounitaria di subordinazione*, in *MGL*, 2020, 195-215.
- Vogt J., Bellace J., Compa L., Ewing K. D., Hendy J. QC, Lörcher K., Novitz T., *The Right to Strike in International Law*, Hart, 2020.
- Xenidis R., *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, vol. 27(6), 736-758.

- Xenidis R. - Senden L., *EU Non-discrimination Law in the Era of Artificial Intelligence: Mapping the Challenges of Algorithmic Discrimination*, in U. Bernitz - X. Groussot - J. Paju - S. A. de Vries (a cura di), *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, Wolters Kluwer, 2019, 151 -182.
- Zitti S., *Lavoro intermittente e principio di non discriminazione in base all'età*, in *RGL*, 2016, II, 351-365.
- Zoppoli L., *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *MGL*, 2020, 265-287.
- Zuiderveen Borgesius F.J., *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Council of Europe, Directorate General of Democracy, 2018.
- Zuiderveen Borgesius F.J., *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, *The International Journal of Human Rights*, 2020, 1572-1593.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale

MARCO PERUZZI
Università di Verona

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695



Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale

MARCO PERUZZI

Università di Verona

Associato di Diritto del Lavoro

marco.peruzzi@univr.it

ABSTRACT

Moving from the analysis of the case concerning the algorithm Frank, as adjudicated by the Tribunal of Bologna, the essay points out the complex challenges that the application of antidiscrimination law faces when the systems of Artificial Intelligence are based on machine-learning approaches. In particular, the problems arising as a consequence of algorithmic opacity, namely the so called «black box» effect, are highlighted. First, the topic of transparency is examined as it is addressed by multiple regulatory fields, with regard to Data, Computer Programs and Trade Secrets Protection. Then, the investigation focuses on the reconstruction of possible solutions aimed at straightening and ensuring the antidiscrimination protection. The reflection builds on the assessment of the measures contained in the proposal for a Regulation on Artificial Intelligence and of the techniques than could be borrowed from the proposal of Directive on pay transparency in the context of gender equality, both presented by the European Commission in 2021.

Keywords: artificial intelligence; machine learning; algorithms; black box; antidiscrimination law; transparency; burden of proof.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13117>

Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale

SOMMARIO: 1. 1. Gli anticorpi del diritto antidiscriminatorio rispondono alla sfida dell’algoritmo Frank. – 2. Il diritto antidiscriminatorio di fronte alle sfide del *machine learning*. – 3. Trasparenza, decisioni automatizzate e discriminazioni nella rete dei livelli normativi. – 4. Ragionando di possibili prospettive di tutela, a partire dalla proposta di Regolamento sull’IA e dalla proposta di direttiva su trasparenza e parità retributiva di genere.

1. Gli anticorpi del diritto antidiscriminatorio rispondono alla sfida dell’algoritmo Frank

Il caso deciso dal Tribunale di Bologna con l’ordinanza del 31 dicembre 2020, relativo all’utilizzo dell’algoritmo Frank da parte di Deliveroo, si inserisce nel dibattito sull’applicabilità, adeguatezza ed efficacia delle categorie e degli strumenti del diritto antidiscriminatorio di matrice europea di fronte alle sfide poste dai processi decisionali digitalizzati e automatizzati⁽¹⁾.

La vicenda, in sintesi, verteva sull’uso di un «algoritmo di assegnazione», che partendo dallo storico delle sessioni di lavoro prenotate e non cancellate dal rider nel termine previsto dal contratto, attribuiva al lavoratore un punteggio, che condizionava poi le sue chance di inserire nel sistema ulteriori prenotazioni,

⁽¹⁾ Cfr. B. Caruso - L. Zappalà, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, WP CSDLE, It. n. 439/2021; P. Tullini, *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig-economy*, *costituzionalismo.it*, 2020, 1, 39 ss.; J. Adams-Prassl, *What If Your Boss Was an Algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work*, *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 123 ss.; L. Giacomelli, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell’intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, *BioLaw Journal*, 2019, 269 ss.; G. Centamore - L. Ratti, *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, in C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale*, Cacucci, 2019, 663 ss.; M. Kullman, *Platform Work, Algorithm Decision-Making, and EU Gender Equality Law*, *IJLLIR*, 2018, 34, 11 ss.; P. Hacker, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against discrimination under EU law*, *CMLR*, 2018, 1143 ss.; V. Maio, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, *ADL*, 2018, 6, 1414 ss. Per un’analisi dell’ordinanza si rinvia ai contributi in questo numero della rivista nonché, *ex multis*, a R. Santagata De Castro, *Anti-discrimination Law in the Italian Courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, WP CSDLE, It. n. 440/2021; M. V. Ballestrero, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, *Labor*, 2021, 1, 104 ss.; A. Perulli, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell’Ordinanza del Tribunale di Bologna*, *LDE*, 2021, n. 1; M. Faioli, *Discriminazioni digitali e tutela giudiziaria su iniziativa delle organizzazioni sindacali*, *DRI*, 2021, 204 ss.

determinando così una possibile riduzione delle sue occasioni di accesso al lavoro.

L'ordinanza rileva il carattere discriminatorio della condotta datoriale: da un lato, il sistema adottato dava «applicazione ad una disposizione apparentemente neutra (la normativa contrattuale sulla cancellazione anticipata delle sessioni prenotate)» idonea a mettere «una determinata categoria di lavoratori (quelli partecipanti ad iniziative sindacali di astensione del lavoro) in una posizione di potenziale particolare svantaggio»; dall'altro, la società convenuta non ha adeguatamente assolto l'onere probatorio relativo ai fatti impeditivi della fattispecie, ossia alla giustificazione del trattamento, non dimostrando la sussistenza di una finalità legittima e il carattere di appropriatezza e necessità dei mezzi impiegati per conseguirla, ai sensi dell'art. 3, co. 6, d.lgs. n. 216/03.

Nel caso *de quo*, le fonti del diritto antidiscriminatorio si dimostrano idonee a consentire l'accertamento della fattispecie illecita in un contesto organizzativo caratterizzato dall'uso di algoritmi. Le ragioni sono plurime.

Anzitutto, sono fonti applicabili a prescindere dalla soluzione data a una tipica questione connessa alla digitalizzazione, soprattutto nel contesto delle piattaforme di *delivery*: quella della qualificazione giuridica del rapporto. Non soltanto, infatti, l'ambito di tutte le direttive europee in materia include l'accesso al lavoro autonomo⁽²⁾ e, pur solo con riguardo al genere, la dir. 2010/41/UE estende il principio di parità a soggetti che esercitano un'attività autonoma⁽³⁾. L'art. 47-quinquies, d.lgs. n. 81/2015 dispone, inoltre, che – anche laddove non operi l'estensione dello statuto protettivo del lavoro subordinato *ex art. 2, co. 1* – ai lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore, attraverso piattaforme anche digitali, «si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella

(2) Cfr. art. 14, par. 1, lett. a), dir. 2006/54/CE; art. 3, par. 1, lett. a), dir. 2000/43/CE; art. 3, par. 1, lett. a), dir. 2000/78/CE. Cfr. B. Caruso - L. Zappalà, *op. cit.* Sull'estensione della nozione di lavoratore dipendente nel diritto UE cfr. *ex multis* G. Pacella, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di giustizia europea*, LLI, 2020, 1, R.17.

(3) Come evidenzia C. Alessi (*Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, *op. cit.*, 695), gli artt. 3 e 4 della dir. 2010/41/UE «contengono, rispettivamente, le definizioni di discriminazione diretta e indiretta e di molestie, nonché l'affermazione del principio di parità di trattamento “ad esempio per quanto riguarda la creazione, la fornitura di attrezzature o l'ampliamento di un'impresa o l'avvio o l'ampliamento di ogni forma di attività autonoma”»; «si tratta di una previsione molto ampia, che senza dubbio si può considerare applicabile anche alle prestazioni di lavoro (genuinamente) autonome svolte dai lavoratori tramite piattaforma».

a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma»⁽⁴⁾.

In secondo luogo, la traduzione della regola in una ricetta digitalizzata e della decisione in un processo automatizzato così come l'«incoscienza» e «cecità» del programma informatico sono dati che non incidono sulla costruzione della fattispecie normativa della discriminazione.

Non rileva il tipo di condotta, ma la sua riconducibilità al datore di lavoro⁽⁵⁾, oltre che la sua attinenza, in termini non meramente ipotetici⁽⁶⁾, all'ambito di applicazione della normativa, nel caso *de quo* le «condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo» (art. 3, par. 1, dir. 2000/78/CE).

Non rileva parimenti l'apparente neutralità delle istruzioni eseguite dal sistema digitale, ma l'impatto differenziato che provocano. Soprattutto, è l'effetto prodotto, nella sua oggettività, a consentire il perfezionamento della fattispecie e non l'intenzionalità del soggetto agente⁽⁷⁾.

Si segnala, infine, come la vicenda consenta di valorizzare due ulteriori elementi del quadro normativo antidiscriminatorio che è utile ricordare in vista del ragionamento che sarà sviluppato nel prosieguo della trattazione.

(4) La medesima disposizione, al secondo comma, prevede inoltre che «l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate».

(5) Come osserva A. Rota (*Rapporto di lavoro e big data analytics: profili critici e risposte possibili*, LLI, 2017, I.42), «nella disciplina anti-discriminatoria [...] non si configurano aree d'impunità per [il datore di lavoro] al verificarsi di comportamenti ad esempio posti in essere dai suoi sottoposti o [...] da macchine intelligenti. Tale logica pare non troppo dissimile da quella già accolta da alcune norme del codice civile», quali l'art. 2049 c.c. o l'art. 2050 c.c.

(6) Sul punto, cfr. Corte giust. 23 aprile 2020, C-507/18, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*.

(7) La faticosa acquisizione della nozione oggettiva di discriminazione da parte della giurisprudenza italiana, nonostante la sua affermazione a livello europeo già nella sentenza *Dekker* della Corte di giustizia (8 novembre 1990, C-177/88) e a livello normativo interno già nell'art. 4 della l. 125/91, si spiega a fronte del persistente utilizzo del modello civilistico della nullità per motivo illecito *ex* art. 1345 c.c. nell'interpretazione della fattispecie del licenziamento discriminatorio, al fine di estendere le tutele normativamente previste per quest'ultimo anche al licenziamento ritorsivo. Come spiega M. V. Ballestrero (*Sul licenziamento discriminatorio*, GDLRI, 2016, 248), «animata dalla buona intenzione di allargare la protezione antidiscriminatoria, questa giurisprudenza finisce per restringerla, facendo gravare per intero sul lavoratore l'onere di provare l'intento discriminatorio». Ha contribuito al superamento di questa lettura la formulazione dell'art. 18 St. Lav. derivante dagli interventi di modifica della cd. riforma Fornero. Non è un caso che sia successiva, del 2016, la pronuncia con cui la Cassazione ha definitivamente chiarito la natura oggettiva della discriminazione, prendendo le distanze dall'inquadramento di matrice civilistica (Cass. 5 aprile 2016, n. 6575).

Per quanto, nel caso in esame, l'identificazione di singoli lavoratori svantaggiati (ossia che erano stati o potevano essere penalizzati dall'esercizio dello sciopero) fosse possibile⁽⁸⁾, l'azione di contrasto – proposta da tre organizzazioni sindacali ai sensi dell'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 216/03 – è agevolata dal fatto che l'accertamento della discriminazione e del danno non richiede necessariamente che le persone lese siano individuabili in modo diretto e immediato, riconoscendosi comunque in tale ipotesi agli enti esponenziali la titolarità di un'azione collettiva.

Ancora, l'accertamento non richiede la presenza di un termine di confronto reale, bastando – come nel caso *de quo*, relativo a una discriminazione indiretta – che la regola *possa* implicare un particolare svantaggio per i portatori di un fattore di rischio, ovvero potendosi effettuare la comparazione con un soggetto ipotetico, per quanto attiene alla discriminazione diretta.

Se nel perimetro circoscritto della decisione in esame il diritto antidiscriminatorio dimostra di possedere tutti gli anticorpi necessari per l'accertamento di una fattispecie mediata e/o veicolata dallo strumento tecnologico, la vicenda non appare, tuttavia, davvero indicativa delle più complesse problematiche implicate dall'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale (d'ora in avanti IA) nel lavoro.

Si premette che, ai fini dell'analisi che ci occupa, l'insieme di tali sistemi sarà individuato facendo riferimento all'ampia nozione adottata dalla recente proposta di Regolamento sull'IA, presentata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021⁽⁹⁾, comprensiva non soltanto degli approcci e delle tecniche di

⁽⁸⁾ Come riporta un dirigente sindacale in sede di deposizione, nelle occasioni in cui le organizzazioni sindacali avevano proposto, come modalità di protesta, quella dello sciopero, i riders avevano «rappresentato che scioperare avrebbe comportato non solo la perdita della retribuzione per quella giornata, ma anche una forte penalizzazione nella attività lavorativa futura», spiegando che «la problematica nasceva da quello che loro chiamano ranking reputazionale e dal sistema che c'è dietro».

⁽⁹⁾ Commissione europea, *Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale)*, Brussels, 21.4.2021 COM(2021) 206 final. La nozione è prevista dall'annex 1 e si dispone all'art. 4 Reg. che la Commissione possa adottare atti delegati per modificarne il contenuto a fronte dell'evoluzione tecnologica e del mercato. Segnatamente, sono inclusi all'interno della nozione di AI: «a) approcci di apprendimento automatico, compresi l'apprendimento supervisionato, l'apprendimento non supervisionato e l'apprendimento per rinforzo, con utilizzo di un'ampia gamma di metodi, tra cui l'apprendimento profondo (*deep learning*); b) approcci basati sulla logica e approcci basati sulla conoscenza, compresi la rappresentazione della conoscenza, la programmazione induttiva (logica), le basi di conoscenze, i motori inferenziali e deduttivi, il ragionamento (simbolico) e i sistemi esperti; c) approcci statistici, stima bayesiana, metodi di ricerca e ottimizzazione».

apprendimento automatico, ma anche, ad esempio, dei modelli basati sul ragionamento meccanico⁽¹⁰⁾.

Per quanto riguarda il caso Deliveroo, è sì vero che la società presenta, sul proprio sito, l'algoritmo Frank come «una potente tecnologia predittiva che gestisce nel modo più efficiente l'assegnazione degli ordini in base alla posizione dei ristoranti, dei rider e dei clienti», aggiungendo che «l'apprendimento automatico aiuta a stimare il tempo necessario per la preparazione di un ordine, aiutando a ottimizzare l'esperienza complessiva». Ed è altrettanto vero che il giudice di Bologna osserva che «la mancata allegazione e prova, da parte della società resistente, del concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo che elabora le statistiche dei rider preclude in radice una più approfondita disamina della questione» e «la società [...] non ha mai chiarito quali specifici criteri di calcolo vengano adottati per determinare le statistiche di ciascun rider, né tali specifici criteri vengono pubblicizzati sulla piattaforma».

Nell'ordinanza, tuttavia, il giudice reputa comunque il quadro istruttorio idoneo a fondare il suo convincimento e, in particolare, a permettere l'individuazione della logica seguita dall'algoritmo nella selezione delle priorità di accesso al sistema di prenotazione: da un lato, il contratto-tipo depositato da Deliveroo prevedeva espressamente che la cancellazione tardiva potesse costituire elemento di preferenza per la prenotazione di sessioni successive; dall'altro, la prova testimoniale aveva confermato l'incidenza di tale dato sul *ranking* del rider.

Al di là della riflessione in punto di onere della prova che questo passaggio impone e che sarà approfondita oltre nella trattazione, è qui interesse evidenziare come nel giudizio, ai fini dell'accertamento della discriminazione, sia isolato e analizzato, all'interno del più ampio processo di funzionamento del sistema digitale utilizzato da Deliveroo, uno specifico segmento, quello che

⁽¹⁰⁾ Cfr. Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, *Una definizione di IA: principali capacità e discipline*, Bruxelles, 2019. Anche nelle Proposte per una Strategia italiana per l'intelligenza artificiale, elaborate dal Gruppo di Esperti MISE e pubblicate dal Ministero dello sviluppo economico il 2 luglio 2020 (www.mise.gov.it), si individua con il termine IA «una famiglia di tecnologie che spaziano dalla rappresentazione della conoscenza al ragionamento automatico che sottende aree quali la pianificazione e il supporto decisionale, fino alla percezione e all'apprendimento automatico. [...] È importante, dunque, soffermarsi sul fatto che le tecniche di AI vanno ben oltre quelle più tipicamente evocate (come il *machine learning*) e includono tecniche [...] che permettono di sviluppare sistemi pienamente trasparenti» (11). La nozione adottata in questi documenti ha un perimetro più ampio di quello tracciato da parte della letteratura in materia. H. Schildt, ad esempio, riporta che «*as a technology category, AI is used to capture machine learning algorithms or some subset of them*» (*The Data Imperative*, OUP, 2020, 134).

gestisce la sequenza decisionale che parte dal computo delle passate cancellazioni tardive e arriva a stabilire lo spettro delle occasioni di lavoro future. Quantomeno rispetto a questo segmento, l'unico dedotto e rilevante per il riconoscimento della fattispecie illecita, si potrebbe affermare che il sistema operi sulla base di un algoritmo deterministico, ossia di una successione informatizzata di istruzioni che, a parità di dati d'ingresso, produce un solo e unico output. Il processo decisionale segue un ragionamento meccanico e un approccio basato sulla logica.

In tale contesto, il quadro normativo antidiscriminatorio trova agile applicazione dal momento che la regola codificata dall'algoritmo ed eseguita dal sistema digitale è ricostruibile, così come sono individuabili il nesso di causa-effetto che collega tale regola alla disparità di trattamento e il suo impatto differenziato, valutabile anche a prescindere dalla diretta identificazione delle vittime. Fondamentalmente, lo scenario non è così distante da quello che si potrebbe configurare, ad esempio, alla previsione e applicazione di un regolamento aziendale che riduce l'ammontare del premio di produttività in proporzione alle assenze, senza distinguerle in base alle ragioni che le giustificano. La particolarità qui risiede nella digitalizzazione della regola all'interno di un algoritmo e nella costruzione di un processo decisionale automatizzato a partire dalla sua esecuzione.

La valutazione di adeguatezza degli strumenti offerti dal quadro normativo antidiscriminatorio diventa ben più problematica laddove il modello di IA adotti le tecniche e gli approcci di apprendimento automatico, soprattutto in caso di *deep learning* e utilizzo di reti neurali profonde, stratificate.

2. Il diritto antidiscriminatorio di fronte alle sfide del *machine learning*

Al di là del rischio, ampiamente evidenziato nella riflessione scientifica, relativo alla riproducibilità rigida ed esponenziale dei pregiudizi e stereotipi insiti nei big data usati per addestrare e alimentare il sistema⁽¹¹⁾, il tratto distintivo del

⁽¹¹⁾ Si rinvia sul punto a E. Dagnino, *People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, *LLI*, 2017, 3, I.2. ss.; L. Giacomelli, *op. cit.*; A. Rota, *op. cit.* Nelle Proposte per una Strategia italiana per l'intelligenza artificiale si evidenzia che «l'intelligenza artificiale non è intelligente *stricto sensu*. Se utilizzata in modo stupido, l'AI riproduce e spesso amplifica la stupidità. [...] un utilizzo maldestro dell'AI può amplificare forme di *bias* e discriminazione a livello sociale, specialmente se utilizzato in modo autonomo o se basato su *dataset* non rappresentativi; peraltro, dato che la nostra società è già caratterizzata da *bias* e

machine learning rispetto alla situazione configurata nel caso Deliveroo si registra soprattutto nella possibile opacità del criterio discretivo utilizzato dalla macchina per raggiungere il risultato.

Tale problema, che trova sintesi nell'espressione "*black box*" e a cui cerca di rispondere il ramo fiorente del cd. "*explainable AI*", è dovuto, come noto, al meccanismo che alcuni sistemi basati sul metodo dell'apprendimento automatico (soprattutto il *deep learning*) seguono per consegnare l'output più efficace per gli obiettivi impartiti. Il processo muove dalla ricerca, all'interno dei dati forniti, di una regolarità statistica, una correlazione, dei pattern, dei modelli di ricorrenza, che consentano di estrarre informazioni predittive funzionali all'effetto richiesto. È «un processo analitico iterativo»⁽¹²⁾, che permette al sistema di progredire, generare in un ciclo continuo nuovi modelli sulla base dei dati di feedback, così da adeguare, modificare, perfezionare in modo autonomo le proprie azioni, in termini non sempre prevedibili, ma sempre funzionali. L'opacità che si riscontra in questi sistemi si riconnette alla difficoltà di ricostruire, conoscere, interpretare le associazioni, le correlazioni e i collegamenti probabilistici che, in quanto «statisticamente efficaci», si sono creati nelle reti neurali⁽¹³⁾. Ne consegue la difficoltà di comprendere il processo generativo della decisione.

In un iter d'indagine volto a verificare l'adeguatezza del diritto antidiscriminatorio rispetto a tali sistemi di IA, è interessante osservare come le categorie dell'associazione e della correlazione siano ben conosciute e consolidate al suo interno. Si pensi alla fattispecie della discriminazione associata, in cui a rilevare è la connessione oggettiva con il fattore, a prescindere dal fatto che la vittima ne sia portatrice⁽¹⁴⁾; alla discriminazione indiretta, dove la correlazione con il fattore si costruisce sulla base dell'impatto differenziato di una regola o criterio di applicazione generale; alla discriminazione intersezionale, dove la disparità di trattamento consegue alla combinazione di più fattori⁽¹⁵⁾;

diseguaglianza, utilizzare anche in modo corretto dati passati può portare a forme di discriminazione sempre più evidenti nel corso del tempo» (16-17).

⁽¹²⁾ G. Comandè, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, 172 ss.

⁽¹³⁾ G. Sanguinetti, *Machine Learning: accuratezza, interpretabilità e incertezza*, *Ithaca: Viaggio nella Scienza*, 2020, 16, 74; U. Ruffolo, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, *GI*, 2019, 7, 1657 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Corte giust. 17 luglio 2008, C-303/06, *Coleman*; Corte giust. 16 luglio 2015, C-83/14, *Chez*.

⁽¹⁵⁾ Cfr. M. Militello - D. Strazzari, *I fattori di discriminazione*, in M. Barbera - A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, 2019, 85 ss.

all'eccezione del requisito essenziale, dove a rilevare è una disparità basata su caratteristiche collegate a un fattore di rischio (ad es. l'utilizzo di un determinato indumento rispetto alla religione).

La presenza di queste categorie non pare, tuttavia, fornire al quadro normativo anticorpi efficaci per rispondere ai rischi della *black box*.

Anzitutto, l'opacità del processo generativo della decisione rende più difficile l'individuazione della disparità di trattamento in assenza di vittime direttamente identificate o identificabili e in assenza di un termine di raffronto reale che palesi il fatto storico della disparità. Le stesse vittime saranno probabilmente inconsapevoli del trattamento subito, di esser parte di un gruppo penalizzato, quantomeno nella prima fase di maturazione della fattispecie discriminatoria. Il tracciamento dell'esclusione o dello svantaggio, necessitando di un confronto tra gruppi o soggetti in posizione analoga e/o di una misurabilità dei differenziali, potrebbe essere tanto più difficile in contesti lavorativi in cui proprio l'utilizzo di sistemi di IA, soprattutto se incorporati in entità robotiche, ha comportato una flessione del coinvolgimento umano e una sostituzione del lavoro, con impatto sul numero di dipendenti, ovvero riduzione e polarizzazione delle professionalità impiegate. O ancora una frammentazione dei compiti, una soggettivizzazione dei rapporti e delle regole, una morfologia reticolare e de-gerarchizzata dell'impresa⁽¹⁶⁾.

In secondo luogo, le combinazioni costruite nel contesto di funzionamento degli algoritmi di apprendimento automatico possono essere imprevedibili. La letteratura riporta gli esempi di un algoritmo che associ una maggior capacità di programmazione informatica alla frequentazione di un determinato website di manga giapponesi, con conseguente selezione di candidati prevalentemente maschi; o di un algoritmo che correli l'acquisto di e-book con una migliore performance lavorativa andando a escludere o penalizzare candidati o lavoratori ipovedenti⁽¹⁷⁾.

La presenza di abbinamenti inattesi, se non inconoscibili, rende più complesso l'accertamento della fattispecie discriminatoria in giudizio, incidendo negativamente sull'offerta di prova sia del lavoratore, sia del datore.

⁽¹⁶⁾ Cfr. B. Caruso - L. Zappalà, *op. cit.*; A. Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, *DRI*, 2019, 1, 111 ss.; R. Del Punta, *Innovazioni tecnologiche e diritto del lavoro*, *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2019, 106, 2/3, 261 ss.; A. Salento, *Digitalizzazione delle imprese e trasformazione delle competenze. Quadro analitico e riscontri empirici*, *Labor*, 2019, 2, 131 ss.; G. Bolego, *Intelligenza artificiale e regolazione delle relazioni di lavoro: prime riflessioni*, *Labor*, 2019, 1, 51 ss.

⁽¹⁷⁾ D. Peck, *They're watching you at work*, *theatlantic.com*, dec. 2013; A. G. King - M. Mrkonich, *"Big Data" and the Risk of Employment Discrimination*, *Oklahoma Law Review*, 2016, 68, 3, 557 ss.; E. Dagnino, *People Analytics*, *cit.*

Va premesso che nel regime probatorio speciale previsto dal diritto antidiscriminatorio può essere individuato un meccanismo di parziale inversione dell'onere, che si attiva al raggiungimento da parte del ricorrente di una prova semi-piena: prova di una mera porzione della fattispecie, costituita dal dato storico della disparità rispetto a un soggetto comparabile reale, laddove presente (v. *infra* il caso *Danfoss*)⁽¹⁸⁾; prova di probabilità attenuata del nesso intercorrente tra il trattamento subito e il fattore di rischio, in caso di comparazione ipotetica o di discriminazione indiretta⁽¹⁹⁾.

E' sì vero che tale alleggerimento dell'onere consente al ricorrente di non confrontarsi con «l'impossibilità di controbattere a una decisione – quella del software algoritmico – che si fonda su dati statistici con altrettanti dati statistici che comprovino l'ingiustizia dei suoi risultati»⁽²⁰⁾.

La difficoltà di risalire la trama del processo di calcolo e le ragioni del risultato prodotto riesce comunque a ostacolarne la prova, rendendo complicato non solo il tracciamento del dato storico della disparità ma anche l'individuazione del collegamento, diretto o indiretto, del trattamento subito con il fattore di rischio, per quanto il grado di conferma probatoria richiesto, per questo secondo fatto, sia limitato, ossia tale da non escludere necessariamente la plausibilità di ipotesi opposte.

L'utilizzo delle correlazioni può operare, d'altra parte, a svantaggio anche dell'eventuale prova datoriale relativa ai fatti impeditivi della discriminazione. La modalità con cui tali correlazioni sono costruite può portare, infatti, il sistema ad associare all'obiettivo un fattore che, seppur “statisticamente efficace”, non si pone in sé in un rapporto di causa-effetto con l'esigenza lavorativa. Questo esito rende problematica la prova datoriale sia laddove volta a dimostrare la necessità e appropriatezza della misura in rapporto all'obiettivo e, quindi, la sussistenza di una giustificazione per la discriminazione indiretta; sia laddove funzionale a invocare le clausole di eccezione al divieto, con dimostrazione della natura essenziale e determinante, per lo svolgimento dell'attività lavorativa, della caratteristica correlata dalla macchina al risultato di interesse⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Si potrebbe, d'altra parte, riflettere sul fatto che l'eventuale utilizzo di una prova statistica che proietti la disparità su una dimensione collettiva e di sistematicità possa proiettare altresì l'oggetto della prova verso il nesso di causalità, oltre il perimetro del mero dato storico della differenza di trattamento.

⁽¹⁹⁾ Si consenta il rinvio a M. Peruzzi, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, 2017.

⁽²⁰⁾ L. Giacomelli, *op. cit.*, 283.

⁽²¹⁾ Ad es., art. 3, co. 3, d. lgs. n. 216/03. Sul passaggio dall'approccio della causalità a quello delle correlazioni, cfr. A.G. King - M. Mrkonich, *op. cit.*; A. Donini, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, DRI, 2018, 222 ss.; E. Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo*:

Lo svantaggio sull'offerta di prova non incide in egual misura per le due parti sull'esito del giudizio, considerato che, pur in presenza di un regime alleggerito per il ricorrente, è comunque necessario che lo stesso fornisca una prova semi-piena della fattispecie affinché si attivi il meccanismo di parziale inversione dell'onere e la regola di giudizio versi a sfavore del convenuto⁽²²⁾.

Si osservi come, per diretta conseguenza delle ragioni indicate in premessa, nel caso dell'ordinanza del Tribunale di Bologna l'applicazione del regime speciale probatorio non incontri i problemi ora citati e riscontrabili, invece, nel contesto di sistemi di IA ad apprendimento automatico caratterizzati dal fenomeno della *black box*.

Il giudice ivi ritiene «che siano emersi elementi sufficienti a far presumere, sia pure nei limiti della *sommatoria cognitio* che caratterizza il [...] procedimento, la discriminatorietà del sistema di accesso alle fasce di prenotazione delle sessioni di lavoro adottato da Deliveroo». Il sistema risulta, infatti, ricostruibile «sulla scorta delle allegazioni delle parti e dalle testimonianze assunte, che appaiono su molti aspetti sostanzialmente concordi»: la lettura del contratto-tipo sottoscritto dal rider evidenzia la rilevanza delle cancellazioni tardive e l'incidenza degli indici di affidabilità e partecipazione sull'accesso al sistema di prenotazione; dalle allegazioni anche di parte resistente, si può evincere come il valore dell'indice di affidabilità fosse determinato «dal numero delle occasioni in cui il rider, pur avendo prenotato una sessione, non ha partecipato, dove “partecipare” significa loggarsi entro i primi 15 minuti dall'inizio della sessione». L'ordinanza continua affermando come sia «pacifico, infatti, ed è stato confermato dai testi che la mancata partecipazione del rider alla sessione prenotata – e non previamente cancellata – incide negativamente sulle statistiche del rider e in particolare sul parametro della affidabilità». «Ed invero, è la stessa società convenuta a riferire che il rider può cancellare liberamente la sessione prenotata fino al momento del suo inizio e può “non

una prospettiva di analisi giuslavoristica, AUP, 2019. È importante segnalare come la medesima problematica incida sulla possibilità del datore di dimostrare la conformità del processo ai divieti di indagini su «fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore» ovvero su «dati personali dei lavoratori che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali e al loro inserimento lavorativo», stabiliti rispettivamente dall'art. 8 St. Lav. e, per le agenzie per il lavoro, dall'art. 10 d.lgs. n. 276/2003. Cfr. P. Tullini, *Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, 2004, 145 ss. Si segnala che dette disposizioni sono espressamente richiamate dalla normativa in tema di privacy all'art. 113, d.lgs. n. 196/03, rubricato «Raccolta di dati e pertinenza».

⁽²²⁾ Cfr. G. Gaudio, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, LLI, 2020, 2, 21 ss.

loggarsi fino a 14 minuti e 59 secondi dopo l'inizio della sessione” senza che ciò impatti negativamente sulle sue statistiche, con ciò implicitamente ma chiaramente ammettendo che, al contrario, il mancato log-in oltre i 15 minuti dall'inizio della sessione prenotata incide negativamente sul parametro della affidabilità. In questo senso anche le concordi dichiarazioni dei testi». In conclusione, per il Tribunale di Bologna «appare provato che l'adesione ad una iniziativa di astensione collettiva dal lavoro è idonea a pregiudicare le statistiche del rider, giacché il rider che aderisce ad uno sciopero, astenendosi dall'attività lavorativa – ciò in cui consiste il comportamento materiale definibile come sciopero – e dunque non partecipando ad una sessione prenotata, verrà inevitabilmente a subire una diminuzione del suo punteggio sotto il profilo della affidabilità».

Se la possibilità di ricostruire la regola eseguita dal sistema consente di raggiungere la prova del particolare svantaggio da essa derivante per i lavoratori in sciopero e quindi un livello di conferma probatoria della fattispecie discriminatoria indiretta sufficiente a spostare sul convenuto il rischio di soccombenza, è interessante osservare come per il giudice la prova «del concreto meccanismo di funzionamento dell'algorithmo che elabora le statistiche dei rider» gravasse sul datore «se non altro sulla base del generale principio di vicinanza».

Con questa affermazione, l'ordinanza pare cadere in una sorta di cortocircuito.

L'onere di prova individuato in capo ai ricorrenti è dal giudice espressamente collegato alla necessità che essi diano indicazione di «una condizione di svantaggio per un gruppo di lavoratori». Nell'ambito della fattispecie della discriminazione indiretta, la posizione di particolare svantaggio in cui sono posti i portatori di un determinato fattore di rischio a causa dell'impatto di un criterio ad applicazione generalizzata e indifferenziata costituisce il fatto che determina il collegamento tra il criterio apparentemente neutro e il fattore di rischio. Il collegamento c'è se la condotta datoriale può spiegare i propri effetti oltre il singolo lavoratore, nei confronti del gruppo di cui fa parte, ponendone i componenti in una posizione di particolare svantaggio rispetto al gruppo dei non portatori (senza che chi subisca lo svantaggio sia necessariamente portatore del fattore di rischio in questione, altrimenti si tratterebbe di discriminazione diretta)⁽²³⁾. Per quanto l'alleggerimento dell'onere

⁽²³⁾ Cfr. M. Peruzzi, *op. cit.*, spec. 159-161 e 168-172. In caso di discriminazione indiretta, l'oggetto della prova di cui il ricorrente è onerato non può essere costituito da una porzione della fattispecie, ad esempio la mera disparità di trattamento, posto che la disparità ha in questo caso una precisa causa immediata che ne giustifica la portata e che in astratto non

consenta ai ricorrenti di offrire una prova di detto collegamento in termini di probabilità “attenuata”, tale prova presuppone comunque quella del collegamento tra il trattamento subito e l’applicazione del criterio apparentemente neutro. In altre parole, presuppone la prova del collegamento tra l’esclusione e il funzionamento dell’algoritmo (che potrebbe essere anche tratta dalla deduzione di specifici fatti storici che ne diano concreta rappresentazione, ad es. la sistematica esclusione dal gruppo prioritario di accesso al sistema di prenotazione dei lavoratori che abbiano effettuato cancellazioni tardive, tra cui i partecipanti a iniziative di astensione collettiva).

Se, tuttavia, per operatività del generale principio di vicinanza della fonte, si addossa al datore la prova del “concreto meccanismo di funzionamento dell’algoritmo”, si può ritenere che ciò equivalga a spostare sul convenuto la prova del collegamento tra il criterio apparentemente neutro e il trattamento subito dai lavoratori. In tal senso, l’assetto di distribuzione degli oneri così articolato va a incidere necessariamente sulla porzione a carico del ricorrente e sulla regola di giudizio che ne deriva.

Non si discute della possibilità per il convenuto di produrre una prova contraria che neghi la sussistenza di detto collegamento o dello svantaggio particolare dedotti dal ricorrente. Si ritiene problematico far gravare sul convenuto la prova del nesso in ragione del principio di vicinanza, senza contestualizzare questa distribuzione degli oneri nell’ambito di un regime probatorio che, pur alleggerito, deve comunque muovere da un’offerta di prova del ricorrente su tale fatto.

Il cortocircuito è forse la diretta conseguenza del confronto tra il quadro antidiscriminatorio e le possibili opacità dei sistemi algoritmici, una criticità che nel caso deciso dal Tribunale di Bologna è superata dalla ricostruibilità della regola a partire dal contenuto del contratto-tipo e dall’esperienza diretta dei lavoratori poi chiamati a testimoniare.

è connotata in termini discriminatori. Potrebbe essere solo la disparità di trattamento laddove il ricorrente affermasse la pretestuosità della causa immediata e la sussistenza di un nesso di causalità diretto con il fattore di rischio, quale reale causa immediata occultata. In tal senso, tuttavia, il ricorrente starebbe deducendo in giudizio una fattispecie di discriminazione diretta, e non indiretta. Si noti che nel caso deciso dall’ordinanza del Tribunale di Bologna, le ricorrenti avevano affermato che il sistema di prenotazione delle fasce di lavoro per priorità in ragione delle statistiche assegnate al rider era stato introdotto da Deliveroo come misura organizzativa in coincidenza con le prime iniziative di astensione dal lavoro attuate dai riders autorganizzati negli anni 2017/2018. Sulla configurabilità della discriminazione operata dall’algoritmo Frank come diretta cfr. il dibattito nell’ambito del webinar *Frank discrimina*, organizzato dalla *Labour Law Community* e tenutosi il 2 febbraio 2021, la cui registrazione è visualizzabile sul sito dell’associazione.

Più complesso, si ribadisce, è lo scenario laddove la regola sia difficile da decodificare.

Il rischio che l'opacità dei sistemi di IA neutralizzi, in questo caso, l'operatività degli strumenti disposti dal diritto antidiscriminatorio a protezione del lavoratore, anche in punto di prova, richiede una riflessione sulla necessità di ulteriori e specifiche misure di tutela⁽²⁴⁾.

Proprio a tal riguardo, nel prosieguo della trattazione si cercheranno di individuare delle prospettive di soluzione. Partendo dal tracciamento dei livelli normativi interessati dalla questione della trasparenza nel contesto di sistemi di IA, si arriverà a verificare la funzionalità delle tecniche di tutela contenute in due testi normativi proposti dalla Commissione europea tra marzo e aprile 2021: da un lato, la proposta di direttiva volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità retributiva di genere attraverso la trasparenza delle retribuzioni⁽²⁵⁾; dall'altro, la proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale.

3. Trasparenza, decisioni automatizzate e discriminazioni nella rete dei livelli normativi

La questione della trasparenza nel contesto di decisioni automatizzate con utilizzo di sistemi di IA implica una riflessione di carattere sistematico. Il tema intercetta, infatti, *de iure condito*, più nuclei normativi.

Innanzitutto, nella prospettiva della tutela della riservatezza nel trattamento dei dati personali, il Regolamento Ue 2016/679 prevede il diritto dell'interessato di informazione (art. 13) e di accesso (art. 15) nonché l'obbligo del titolare del trattamento di fornire informazioni specifiche e facilmente accessibili sul processo decisionale (artt. 14 e 15)⁽²⁶⁾. L'applicazione di tali

⁽²⁴⁾ Come segnala G. Gaudio (*op. cit.*, 49), «il combinato disposto della parziale inversione degli oneri della prova e dei diritti di informazione e accesso del GDPR sembra, nella maggior parte dei casi, ridurre solo in astratto il rischio per un lavoratore di subire le conseguenze negative dell'opacità decisionale algoritmica. Nonostante sia stato effettivamente vittima di discriminazioni e sempre ammesso che se ne sia reso conto e abbia impugnato, il lavoratore, molto probabilmente, soccomberebbe quindi in giudizio, salvo che il giudice decida di esercitare i propri poteri istruttori per far emergere nel processo la verità materiale che si cela dietro l'algoritmo, seguendo eventuali “piste probatorie” aperte dai ricorrenti grazie all'esercizio, preventivo e stragiudiziale, dei diritti loro garantiti dal GDPR».

⁽²⁵⁾ Commissione europea, *Proposta di direttiva volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza delle retribuzioni e meccanismi esecutivi*, Bruxelles, 4.3.2021 COM(2021) 93 final.

⁽²⁶⁾ Per il rapporto tra normativa sulla privacy e art. 4 St. Lav., basato sul reciproco richiamo (art. 114 d.lgs. n. 196/03 – art. 4, co. 3, St. Lav.) e sulla previsione al comma terzo della disposizione statutaria della necessità che sia data «adeguata informazione delle modalità

disposizioni è tanto più rilevante laddove siano integrate le eccezioni al divieto di decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato di cui all'art. 22⁽²⁷⁾, tra cui rientra l'ipotesi in cui tale processo costituisca un mezzo appropriato e necessario⁽²⁸⁾ per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e il titolare del trattamento (ad es., nell'ambito del lavoro, profilazione ai fini dell'assunzione in caso di volume eccezionalmente elevato di candidature)⁽²⁹⁾.

d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli» per l'utilizzabilità dei dati raccolti a tutti i fini connessi al rapporto, cfr. *ex multis*: M. P. Monaco, *Controlli a distanza sui lavoratori: evoluzione, riforme e privacy*, *Labor*, 2021, 2, 155 ss.; A. Sartori, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Giappichelli, 2020; P. Tullini, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 3 ss.; Ead. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017; L. Tebano, *Tutela della privacy e potere di controllo del datore di lavoro tra l'ordinamento italiano e le fonti europee*, *LLI*, 2017, 2, C-1 ss. Sul tema generale del trattamento dei dati nell'ambito del lavoro, cfr. di recente l'analisi di L. D'Arcangelo, *L'obbligo di protezione dei dati del lavoratore: adempimento e sanzioni*, *DLM*, 2020, 1, 75 ss.; A. Sitzia - S. Crafa, *Impronte digitali, algoritmo e trattamento di dati personali: questioni di "law and technology"*, *LG*, 2019, 3, 245 ss.; A. Aloisi - E. Gramano, *Artificial Intelligence Is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 95 ss.; C. Ogriseg, *GDPR and Personal Data Protection in the Employment Context*, *LLI*, 2017, 2, R.1 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. il Protocollo di emendamento alla Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale (Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa), fatto a Strasburgo il 10 ottobre 2018 e ratificato in Italia dalla l. 22 aprile 2021, n. 60.

⁽²⁸⁾ Per parte della dottrina, «sembra che il divieto generale di soggezione alla decisione unicamente automatizzata non sia facilmente superabile in ambito lavorativo. Pare difficile che essa sia “necessaria” – e quindi imprescindibile – nella gestione del rapporto [...] o che possa valere il consenso del candidato o del dipendente, visto lo squilibrio del rapporto sottostante», F. Costantini, *Profilazione e “automated decision making” in ambito lavorativo nella giurisprudenza italiana*, *LG*, 2019, 11, 992-993. Rispetto al consenso, sono le stesse Linee guida 5/2020 sul consenso, adottate dal Comitato europeo per la protezione dei dati, a ritenere «problematico per il datore di lavoro trattare i dati personali dei dipendenti attuali o futuri sulla base del consenso, in quanto è improbabile che questo venga prestato liberamente. Per la maggior parte delle attività di trattamento svolte sul posto di lavoro, la base legittima non può e non dovrebbe essere il consenso del dipendente [...] in considerazione della natura del rapporto tra datore di lavoro e dipendente» (10).

⁽²⁹⁾ Cfr. Linee guida WP 251, *Sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, adottate il 3 ottobre 2017 dal “Gruppo di lavoro ex art. 29” (ora Comitato europeo per la protezione dei dati), p. 26. Mentre ai sensi dell'art. 22 «il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione», il considerando n. 71, pur di natura non vincolante, indica la necessità di «garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere», oltre quanto previsto dall'art. 22, «la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere [...] una spiegazione della decisione». E' discussa in dottrina la possibilità di affiancare al diritto all'informazione il diritto alla spiegazione (nel senso di escluderlo, S. Wachter - B. Mittelstadt - L. Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, International Data Privacy Law*, 2017, 76 ss.;

Si noti, peraltro, che, ai sensi dell'art. 22, par. 4, il processo decisionale automatizzato può anche basarsi sulle categorie particolari di dati personali di cui all'art. 9, par. 1, del Regolamento (gli ex cd. «dati sensibili»), laddove sussistano «motivi di interesse pubblico rilevante» (art. 9, par. 2, lett. g). All'interno di tali motivi, l'art. 2 sexies, d.lgs. n. 196/03 (introdotto dal d.lgs. n. 101/2018) fa rientrare anche trattamenti effettuati da soggetti che svolgono compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri in materia di rapporti di lavoro⁽³⁰⁾, ferma la necessità che specifiche norme di legge (o regolamentari, nei casi previsti dalla legge) dettagliino «i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato». Ai fini dell'analisi che ci occupa, è significativo rilevare come la lista delle categorie particolari di dati di cui all'art. 9⁽³¹⁾ non coincida con l'elenco dei fattori di rischio previsto dal quadro normativo antidiscriminatorio, differendo sia in eccesso (caratteristiche genetiche, biometriche, salute, vita sessuale), sia in difetto (genere, età, disabilità), per quanto i fattori mancanti possano essere fatti rientrare in alcune delle categorie indicate. Il confronto rimanda al dibattito sulla tipicità dei fattori di rischio ai fini dell'applicazione del sistema normativo speciale antidiscriminatorio e sulla possibilità o meno di far derivare una sua *vis expansiva* dall'impatto dell'art. 21 della Carta di Nizza, che contempla ad esempio proprio il riferimento alle caratteristiche genetiche, o a livello interno dell'art. 3 Cost. Si consenta di

lo includono, invece, A. D. Selbst - J. Powles, *Meaningful information and the right to explanation*, *International Data Privacy Law*, 2017, 233 ss.). Sul punto si rinvia all'analisi di E. Falletti, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, 2, 169 ss.; F. Hendrickx, *Privacy 4.0 at Work: Regulating Employment, Technology and Automation*, *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 147 ss.

⁽³⁰⁾ Segnatamente, «compiti di igiene e sicurezza sui luoghi di lavoro» (co. 2, lett. u), «instaurazione, gestione ed estinzione, di rapporti di lavoro di qualunque tipo, anche non retribuito o onorario, e di altre forme di impiego, materia sindacale, occupazione e collocamento obbligatorio, previdenza e assistenza, tutela delle minoranze e pari opportunità nell'ambito dei rapporti di lavoro, adempimento degli obblighi retributivi, fiscali e contabili, igiene e sicurezza del lavoro o di sicurezza o salute della popolazione, accertamento della responsabilità civile, disciplinare e contabile, attività ispettiva» (co. 2, lett. dd).

⁽³¹⁾ Operando un confronto con quanto previsto dalla dir. 95/46/CE, M. Granieri (*Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel regolamento UE 2016/679, NLCC*, 2017, 167) osserva che «il Regolamento è più specifico e aggiunge i dati genetici, i dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, oltre a quelli relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona. Il tempo trascorso tra il 1995 e il 2016 ha certamente consentito al legislatore di costruire sull'esperienza dei casi, delle discriminazioni e degli abusi che si sono verificati in vari ambiti. La tecnologia nel frattempo ha dimostrato che la sua evoluzione può effettivamente creare rischi crescenti per la tutela delle informazioni personali e, a maggior ragione, per talune categorie di dati».

aggiungere che allo stesso dibattito rinvia la riflessione sul rapporto tra la nozione di discriminazione (e di gruppo vulnerabile) utilizzata dalla proposta di Regolamento sull'IA e quella rilevante ai fini dell'applicazione del sistema di regole fornito dal diritto antidiscriminatorio (v. *infra*)⁽³²⁾.

Proseguendo nel ragionamento sulla trasparenza nel contesto delle regole a tutela della privacy, ai sensi degli artt. 14 e 15 Reg. e come evidenziano le Linee guida WP 251, in caso di processi decisionali automatizzati l'obbligo di informazione e il diritto di accesso si traducono nell'obbligo del titolare di «fornire informazioni significative sulla logica utilizzata». In particolare, anche con riguardo all'uso di sistemi di apprendimento automatico, «il titolare del trattamento dovrebbe trovare modi semplici per comunicare all'interessato la logica o i criteri sui quali si basa l'adozione della decisione». Ciò non equivale necessariamente a «una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati o la divulgazione dell'algoritmo completo» (par. E, pt. 1).

Quest'ultima precisazione si ricollega a quanto affermato dal considerando n. 63 del Regolamento, ove si chiarisce che il diritto dell'interessato alle suddette informazioni «non dovrebbe ledere i diritti e le libertà altrui, compreso il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il software».

A essere intercettato, al riguardo, è un secondo nucleo normativo, ossia la disciplina europea in materia di diritti d'autore sul software (dir. 2009/24/CE, recepita nella legge sul diritto d'autore n. 633/41), la quale non impone mai un obbligo di ostensione del codice sorgente⁽³³⁾, rendendo al più possibile l'attività di decompilazione necessaria per garantire l'interoperabilità del programma,

⁽³²⁾ Come spiega M. Barbera (*Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, RGL, 2013, 161 e 152), la *ratio* del diritto antidiscriminatorio risiede «nel particolare disvalore attribuito a diseguaglianze che nascono da caratteristiche costituenti l'identità soggettiva della persona»; tali distinzioni sono «qualitativamente diverse da comportamenti scorretti e da distinzioni arbitrarie, ingiustificate o ingiuste che possono colpire occasionalmente e in modo indistinto tutti i lavoratori». Ancora, «è sempre il carattere strutturale, sistematico delle discriminazioni, la loro tipicità sociale, a legittimare un regime di prova alleggerito, a rendere “verosimile” la prova statistica, a richiedere forme specifiche di rimedi, di natura inibitoria e restitutoria (come i piani di azione positiva e di rimozione delle discriminazioni), a consentire il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale anche in funzione dissuasiva e in assenza di colpa, a istituire forme collettive di legittimazione ad agire» (*Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017, 24). Cfr. i contributi di M. Barbera, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, e di M. Militello - D. Strazzari, *op. cit.*, in M. Barbera - A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, 2019, 5 ss. e 85 ss.

⁽³³⁾ Per una definizione, cfr. TAR Lazio, 21 marzo 2017 n. 3742.

senza compromissione della segretezza del codice e dei connessi diritti di privativa intellettuale⁽³⁴⁾.

In tale prospettiva, è fortemente contestata la giurisprudenza amministrativa interna sviluppatasi sul tema con riguardo a procedimenti amministrativi a processo decisionale automatizzato e basato sull'utilizzo di strumenti informatici algoritmici (spesso procedure di assegnazione di sedi). Nello specifico, la maggior parte delle pronunce trae dal diritto di accesso agli atti amministrativi di cui all'art. 24, co. 7, l. n. 241/1990 ovvero dal più generale principio di trasparenza dell'agire amministrativo un obbligo di ostensione del "linguaggio sorgente" del software utilizzato nell'ambito del procedimento, anche quando la p.a. sia ricorsa alla fornitura di software di tipo proprietario acquisendo una mera facoltà d'uso, quindi con permanenza in capo al privato appaltatore dei diritti di proprietà intellettuale sul software. L'argomento adottato è che «non può assumere rilievo l'invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza» (Cons. St. 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. St. 13 dicembre 2019, n. 8472). Oltre al contrasto con la regola giuridica in materia di tutela dei diritti d'autore, per parte della dottrina la posizione della giurisprudenza amministrativa tradirebbe anche uno scollamento rispetto alla regola tecnica, dal momento che l'ostensione del codice non consente di raggiungere l'obiettivo di tutela auspicato: «le istruzioni (in linguaggio di programmazione) con cui vengono scritti i programmi utilizzati per l'adozione di decisioni automatizzate non seguono una "logica lineare", ma modelli "euristici" basati su "sistemi esperti" o su reti "neurali": dovendo gestire quella che viene definita "un'esplosione combinatoria", forniscono "meta-regole" o altre strategie di funzionamento che consentono al software di *decision-making*, unitamente ad una base di conoscenze predeterminate ed incrementalmente (anche mediante sistemi di *machine learning* capaci di autoapprendimento), di raggiungere soluzioni non predeterminabili sulla base delle sole istruzioni contenute nel codice sorgente»⁽³⁵⁾. Il nodo è complesso e le sue plurime articolazioni esulano dall'ambito del presente contributo. Basti solo evidenziare l'interconnessione anche con la rete normativa di protezione del segreto

⁽³⁴⁾ F. Bravo, *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, 4, 693 ss. Cfr. in merito la stringente interpretazione adottata da Corte giust. 2 maggio 2012, causa C-406/10, *SAS Institute* nonché dall'AG M. Szpunar nelle Conclusioni, 10 marzo 2021, causa C-13/20, *Top System*.

⁽³⁵⁾ F. Bravo, *op. cit.*, 715.

commerciale, anch'essa di matrice europea (dir. 2016/943, recepita nel d.lgs. n. 30/2005, cd. codice della proprietà industriale), e di possibile rilevanza laddove prevede l'apprestamento di specifiche garanzie a tutela della riservatezza dei segreti commerciali nel corso di procedimenti giudiziari (art. 9 dir. 2016/943; art. 121 ter, d.lgs. n. 30/2005).

4. Ragionando di possibili prospettive di tutela, a partire dalla proposta di Regolamento sull'IA e dalla proposta di direttiva su trasparenza e parità retributiva di genere

Individuate le criticità che si riscontrano nell'applicazione del diritto antidiscriminatorio di fronte al problema della *black box* e verificato come il tema della trasparenza si irradi nella rete dei livelli normativi, l'iter d'indagine si svilupperà ora nella ricerca di possibili soluzioni *de iure condendo*.

Come anticipato, questo percorso muoverà dalla lettura di due testi normativi proposti dalla Commissione europea tra marzo e aprile 2021: non solo la proposta di Regolamento sull'IA, ma anche la proposta di direttiva volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità retributiva di genere attraverso la trasparenza delle retribuzioni.

L'obiettivo è analizzare i modelli di tutela apprestati per poi valutare l'opportunità di mutuare e integrare alcune tecniche previste nella proposta di direttiva anche nell'ambito di studio che ci occupa.

Si osservi, anzitutto, come il tema della trasparenza e del contrasto all'opacità delle decisioni algoritmiche sia affrontato in modo specifico nella citata proposta di Regolamento sull'IA.

Segnatamente, si prevede, per i sistemi cd. "ad alto rischio", tra cui sono compresi quelli utilizzati per la gestione delle relazioni contrattuali di lavoro (anche autonomo)⁽³⁶⁾, che la documentazione tecnica indichi, tra le varie informazioni, «la logica generale del sistema di IA e degli algoritmi», «le principali scelte di progettazione [...] anche per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone sui quali il sistema è destinato a essere utilizzato», «le risorse computazionali usate per sviluppare, addestrare, sottoporre a prova e convalidare il sistema di IA», «le metriche utilizzate per misurare l'accuratezza, la robustezza, la cibersecurity e la conformità ad altri requisiti pertinenti»⁽³⁷⁾ così come «gli impatti potenzialmente discriminatori», «i prevedibili risultati

⁽³⁶⁾ V. art. 6 e annex III, punto 4.

⁽³⁷⁾ Cfr. R. Flor, *Cybersecurity ed il contrasto ai cyber-attacks a livello europeo: dalla CIA-Triad Protection ai più recenti sviluppi*, *Diritto di internet*, 2019, 3, 453 ss.

indesiderati e fonti di rischio per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali, nonché di rischio di discriminazione in considerazione della finalità prevista del sistema di IA; le misure di sorveglianza umana necessarie [...], comprese le misure tecniche poste in essere per facilitare l'interpretazione degli output dei sistemi di IA da parte degli utenti; le specifiche relative ai dati di input, se del caso»⁽³⁸⁾. Come chiarito dal considerando n. 47, proprio la documentazione tecnica (insieme alle istruzioni d'uso) andrebbe a consegnare un certo grado di trasparenza ai sistemi ad alto rischio, consentendo di gestire il problema dell'opacità che potrebbe altrimenti renderli incomprensibili o troppo complessi per la lettura umana e permettendo agli utenti di «interpretare gli output del sistema e utilizzarlo in modo adeguato».

La *ratio* della proposta è quella di ridurre i rischi connessi all'uso dell'IA attraverso un sistema di garanzie procedurali che richiama, per l'approccio di *accountability* nonché i meccanismi di *compliance*, verifica di conformità⁽³⁹⁾ e valutazione/gestione del rischio previsti, il percorso tracciato dal Regolamento sulla privacy per il trattamento dei dati.

Particolare attenzione è rivolta al tema delle discriminazioni all'interno dei sistemi ad alto rischio. In linea generale, nella relazione accompagnatoria si precisa che la proposta integra «il diritto dell'Unione in vigore in materia di non discriminazione con requisiti specifici che mirano a ridurre al minimo il rischio di discriminazione algoritmica, in particolare in relazione alla progettazione e alla qualità dei set di dati utilizzati per lo sviluppo dei sistemi di IA, integrati con obblighi relativi alle prove, alla gestione dei rischi, alla documentazione e alla sorveglianza umana durante l'intero ciclo di vita dei sistemi di IA» (par. 1.2, p. 4).

Come già anticipato, è necessario evidenziare come il testo faccia riferimento, in alcuni casi, al concetto generale di “*bias*”, ossia di “distorsione”, “parzialità”, quale possibile causa di discriminazione (ad es. cons. 44), in altri direttamente a quello di discriminazione, senza offrirne tuttavia una definizione, identificando alcuni fattori di rischio in termini non sistematici e meramente esemplificativi (genere, età, disabilità, razza e origine etnica, orientamento sessuale, v. *infra*), menzionando la possibilità di nuove forme di discriminazione (cons. 37), individuando gruppi di soggetti vulnerabili, in rapporto ai quali

⁽³⁸⁾ V. art. 11 e annex IV, punto 2 (in particolare, lett. b, c, g) e punto 3.

⁽³⁹⁾ Nella posizione pubblicata il 28 maggio 2021, l'ETUC contesta la proposta sul punto, nella misura in cui prevede una mera autovalutazione da parte del fornitore, evidenziando la necessità che, quantomeno per i sistemi di IA concernenti il lavoro, la valutazione di conformità sia realizzata da una parte terza autorizzata. Raccomanda, inoltre, una combinazione tra una fase di *ex-ante compliance* ed una di *ex-post enforcement*.

vietare le pratiche di IA (art. 5)⁽⁴⁰⁾ o misurare il livello di rischio dei sistemi ai fini della loro classificazione (art. 7)⁽⁴¹⁾. Se la relazione accompagnatoria segnala la complementarità di questo quadro di regole rispetto alle fonti antidiscriminatorie UE vigenti, già si è potuto osservare come sull'interazione di questi due sistemi normativi si innesti il dibattito sulla tipicità o meno dei fattori di rischio ai fini dell'applicazione degli speciali strumenti di tutela apprestati dal diritto antidiscriminatorio (v. *supra*).

Con specifico riferimento all'ambito del lavoro, il considerando n. 36 evidenzia come attraverso il processo di assunzione e selezione ovvero nella valutazione, promozione o gestione delle persone in rapporti contrattuali di lavoro (compresi quelli che prevedono la fornitura di servizi su piattaforma digitale), i sistemi di IA «possono perpetuare modelli storici di discriminazione, ad esempio nei confronti delle donne, di talune fasce di età, delle persone con disabilità o delle persone aventi determinate origini razziali o etniche o un determinato orientamento sessuale». Al considerando n. 44, si sottolinea la necessità, a tal fine, che i dati utilizzati siano di alta qualità. Segnatamente, «i set di dati di addestramento, convalida e prova dovrebbero tenere conto, nella misura necessaria alla luce della finalità prevista, delle caratteristiche o degli elementi peculiari dello specifico contesto o ambito geografico, comportamentale o funzionale all'interno del quale il sistema di IA ad alto rischio è destinato a essere usato. Al fine di proteggere i diritti di terzi dalla discriminazione che potrebbe derivare dalla distorsione nei sistemi di IA, è opportuno che i fornitori siano in grado di trattare anche categorie particolari di dati personali, come questione di rilevante interesse pubblico, al fine di garantire il monitoraggio, il rilevamento e la correzione delle distorsioni in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio».

Prima di analizzare il modello di tutela apprestato nel secondo testo normativo indicato in premessa, ossia la proposta di direttiva sulla parità retributiva di genere⁽⁴²⁾, è utile ricordare come il tema della trasparenza non sia

⁽⁴⁰⁾ È stabilito che siano vietati «l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale» (art. 5, par. 1, lett. b).

⁽⁴¹⁾ Nell'aggiornamento della lista dei sistemi ad alto rischio di cui all'annex 3, la Commissione deve tenere in considerazione anche «la misura in cui le persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo si trovano in una posizione vulnerabile rispetto all'utente di un sistema di IA, in particolare a causa di uno squilibrio di potere, conoscenza, situazione economica o sociale o età» (art. 7, par. 2, lett. f).

⁽⁴²⁾ La proposta di direttiva deve essere coordinata con quanto previsto, in termini generali, dalla dir. 2019/1152/UE relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea.

affatto inedito per il diritto antidiscriminatorio e sia anzi risalente, trovando una specifica declinazione nell'ambito del contrasto al *gender pay gap*.

A evidenziarsi in tale contesto, oltre alle recenti prospettive presentate dalla Commissione, è il ragionamento che vi si ricollega in punto di onere della prova, elaborato dalla Corte di giustizia già alla fine degli anni Ottanta nel caso *Danfoss*⁽⁴³⁾.

È proprio l'assenza di trasparenza, segnatamente dei sistemi classificatori e retributivi, e quindi la conseguente inconoscibilità delle cause delle differenze di trattamento da parte delle lavoratrici, a portare la Corte, in *Danfoss*, a individuare a favore della ricorrente (nel caso di specie, la Federazione degli impiegati) un onere di prova alleggerito, limitato cioè al dato storico della disparità. Rinviando ad altra sede l'analisi della questione statistica implicata nell'offerta di tale prova e non priva a sua volta di problematicità⁽⁴⁴⁾, preme qui sottolineare come lo schema di distribuzione dell'onere fissato dalla Corte in questa sentenza, utile a interpretare il regime probatorio speciale del diritto antidiscriminatorio in termini di parziale inversione dell'onere, sia connesso a un problema di opacità dei criteri sottesi al trattamento⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ CgCE 17 ottobre 1989, C-109/88, *Danfoss*.

⁽⁴⁴⁾ Come evidenzia la dottrina, la questione della quantificazione della disparità di trattamento evidenziata dai dati statistici è ampiamente discussa, «in quanto non è stabilita per legge una soglia oltre la quale la sproporzione dello svantaggio possa essere considerata discriminatoria». Il problema è tanto più complicato laddove «le differenze non sono così nette e l'analisi statistica si fonda su dati meramente aziendali» (nel caso *Danfoss*, la prova statistica fornita dall'attore rivela una differenza retributiva tra uomini e donne in azienda pari al 7%). Si osserva come, d'altra parte, «non occorre fare riferimento solo a una differenza quantitativamente significativa, ma all'effetto sostanziale e pratico prodotto», nella prospettiva indicata dalla riformulazione della nozione di discriminazione indiretta adottata dalle direttive del 2000 (O. Bonardi - C. Meraviglia, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, *op. cit.*, 375-376; C. Barnard - B. Hepple, *Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith*, *CLJ*, 1999, 399 ss.). Può essere rilevante tale questione per evidenziare la difficoltà di offrire una prova del dato storico della disparità – tra soggetti in posizione analoga in caso di discriminazione diretta (anche) collettiva ovvero tra portatori o meno di un fattore in caso di applicazione di un criterio “neutro” a impatto differenziato – in assenza di un numero adeguato di soggetti da includere nella comparazione o di un differenziale quantificabile in termini significativi.

⁽⁴⁵⁾ In merito alla funzione prodromica del *leading case Danfoss* rispetto agli interventi normativi in materia e alla sua importanza per l'interpretazione del regime probatorio speciale previsto dal diritto antidiscriminatorio, cfr. M. Peruzzi, *op. cit.*, spec. 164 ss.; come osservano anche O. Bonardi - C. Meraviglia (*op. cit.*, 359-360), richiamando l'attenzione sul caso *Danfoss*, «il principio dell'inversione dell'onere della prova si afferma in presenza di una situazione tipica delle fattispecie discriminatorie data dal fatto che la persona che lamenta la discriminazione dimostra l'effetto oggettivamente discriminatorio, ovvero la situazione in cui una persona è trattata meno favorevolmente rispetto a un'altra o ad altri, ma non è in grado di dimostrare la

Si noti, tuttavia, come la tecnica di tutela dell'alleggerimento dell'onere non consenta necessariamente di superare il problema dell'assenza di trasparenza, soprattutto nei contesti in cui non sia possibile per il ricorrente fornire nemmeno la prova di una mera porzione di fattispecie, ossia del fatto storico della disparità rispetto a un soggetto comparabile reale.

Deve esserne consapevole la Commissione europea nel momento in cui, all'interno della recente proposta di direttiva, prevede che, all'inosservanza da parte del datore di specifici obblighi di informativa, reporting e confronto, consegua l'applicazione di una tecnica di tutela ben più ampia, ossia un'inversione completa dell'onere di prova, con passaggio del rischio di soccombenza esclusivamente a carico del convenuto. Oltretutto si specifica, pur non risultando chiaro se solo rispetto a questo tipo di inversione, che "la parte ricorrente beneficia di qualsiasi dubbio residuale" (art. 16, par. 3).

Il modello proposto dalla Commissione è di particolare interesse per il tema che ci occupa.

È significativo, anzitutto, perché stabilisce, a monte e nella prospettiva della prevenzione, non solo diritti soggettivi individuali di informazione e un processo di rendicontazione di dati aggregati (comunque con più variabili rispetto a quello richiesto dal nostro art. 46 d.lgs. n. 198/06). A seguire, prevede inoltre la possibilità per i lavoratori e i loro rappresentanti di chiedere chiarimenti e dettagli ulteriori, comprese spiegazioni su eventuali disparità, nonché l'effettuazione di una valutazione congiunta in cooperazione con i rappresentanti dei lavoratori, al ricorrere di un divario medio (su dati aggregati) pari almeno al 5%, non giustificato dal datore con fattori oggettivi e "neutri" sotto il profilo del genere⁽⁴⁶⁾.

Se mutuata a garanzia della trasparenza e del contrasto alle discriminazioni nei sistemi di IA, la tecnica procedurale descritta può orientare il sistema di regole verso almeno due importanti obiettivi.

In primo luogo, permette di integrare la dimensione collettiva nella rete dei diritti di informazione e dei processi di trasparenza contemplati dagli altri livelli normativi coinvolti, quello a protezione della privacy e quello delineato nella proposta di Regolamento sull'IA. In tali ambiti, infatti, gli strumenti

ragione. [...]. È dunque fondamentale la condizione di ignoranza rispetto ai criteri di classificazione utilizzati o rispetto ad altri elementi determinanti ai fini della valutazione della situazione concreta a giustificare l'inversione dell'onere della prova». Sul rapporto tra trasparenza e prova della discriminazione, cfr. anche Corte giust. 19 aprile 2012, C-415/10, *Meister*.

⁽⁴⁶⁾ Per alcuni rilievi critici, cfr. D. Gottardi, *Giustizia retributiva e trasparenza*, in *Studi in Memoria di Massimo Roccella*, ESI, 2021, in corso di pubblicazione.

apprestati rischiano di non rispondere all'esigenza di coinvolgere nella tutela detta dimensione, propria non solo in linea generale del diritto del lavoro ma nello specifico del diritto antidiscriminatorio, rimanendo confinati sul piano della gestione datoriale unilaterale e/o dell'esercizio individuale (fatta eccezione per il rinvio alla contrattazione collettiva di cui all'art. 88 Reg. privacy, che potrebbe fornire un punto di contatto con la prospettiva qui presentata)⁽⁴⁷⁾. In merito alla proposta di Regolamento sull'IA, è la stessa ETUC nella posizione pubblicata il 28 maggio 2021 a contestare l'assenza di regole volte a garantire il coinvolgimento di sindacati e rappresentanze dei lavoratori nella costruzione e monitoraggio dei sistemi di IA nel lavoro (dalle strutture di dialogo sociale, alla contrattazione collettiva ai diritti di informazione, consultazione e partecipazione). Nella stessa ottica, si potrebbe evidenziare l'opportunità di estendere a tutti i sistemi di IA, anche a quelli ad alto rischio, quanto stabilito dalla proposta di Regolamento per quelli a basso-rischio, ossia la previsione all'interno di Codici di condotta di impegni relativi alla partecipazione degli stakeholder nella progettazione e sviluppo dei sistemi di IA e alla garanzia di diversità nella composizione dei team di sviluppo (Titolo IX, art. 69, par. 2).

In secondo luogo, nella costruzione di un processo partecipato di monitoraggio e analisi congiunta delle disparità, il modello individuato nella proposta di direttiva risponderebbe alle sollecitazioni di quella parte della dottrina che, a soluzione del problema dell'opacità nei sistemi di IA, invita a «concentrarsi sulla trasparenza degli input ed output dell'algoritmo, ovvero sulla qualità dei dati in ingresso e dei risultati in uscita», e non invece su interventi di (ri)programmazione dell'algoritmo mirati a escludere formalmente la rilevanza dei fattori di rischio. Si osserva, infatti, come non solo tali interventi non scongiurerebbero la possibilità che le discriminazioni comunque si insinuino

⁽⁴⁷⁾ Cfr. altresì le raccomandazioni in merito da parte del Gruppo di lavoro *ex art. 29*. All'interno dell'Opinion n. 2/2017, con riguardo ai trattamenti risultanti dal monitoraggio dell'uso delle tecnologie informatiche sul posto di lavoro, si «raccomanda di coinvolgere sempre un campione rappresentativo di dipendenti nella valutazione della necessità del monitoraggio, nonché della logica e dell'accessibilità» delle politiche aziendali in tema (par. 5.3); ancora «le politiche e le norme riguardanti il monitoraggio legittimo devono essere chiare e facilmente accessibili. Il Gruppo di lavoro raccomanda di coinvolgere un campione rappresentativo di dipendenti nel processo di creazione e valutazione di tali norme e politiche, in quanto la maggior parte dei monitoraggi può potenzialmente violare la vita privata dei dipendenti» (par. 6.3). Sulla prospettiva del coinvolgimento delle parti sociali nella gestione del processo di trasformazione digitale, cfr. A. Ingraio, *Data-Driven management e strategie collettive di coinvolgimento dei lavoratori per la tutela della privacy*, *LLI*, 2019, 2, 128 ss.; V. De Stefano, *"Negotiating the Algorithm": Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection*, *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 15 ss.; E. Dagnino - I. Armaroli, *A Seat at the Table: Negotiating Data Processing in the Workplace: A National Case Study and Comparative Insights*, *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 173 ss.

nelle correlazioni statistiche, ma paradossalmente andrebbero poi a depotenziare la prova del nesso di causalità tra il trattamento subito e il fattore di rischio⁽⁴⁸⁾.

Proprio al riguardo, come già evidenziato, la previsione all'interno della proposta di direttiva delle garanzie procedurali è tanto più rilevante nel momento in cui vi è agganciata una specifica disciplina del regime probatorio, prevedendosi che «qualora un datore di lavoro non abbia rispettato uno qualsiasi dei diritti o degli obblighi in materia di trasparenza retributiva [...], gli Stati membri provvedono affinché spetti al datore di lavoro dimostrare, in qualsiasi procedimento giudiziario o amministrativo riguardante una discriminazione diretta o indiretta, che non vi è stata discriminazione».

La combinazione tra un sistema di garanzie procedurali che declina le tecniche di tutela della trasparenza su un piano collettivo e partecipato e un rafforzamento della protezione del ricorrente in punto di prova in caso di datore “*non-compliant*” potrebbe inoculare all'interno del diritto antidiscriminatorio anticorpi più efficaci contro le sfide del *machine learning*. Potrebbe consentire, cioè, di superare alcune delle criticità individuate nel corso della trattazione in merito all'operatività degli strumenti ivi disposti, tra cui, appunto, il meccanismo di parziale inversione dell'onere probatorio, che rischia di rimanere paralizzato laddove l'opacità algoritmica ostacoli l'offerta di prova del ricorrente necessaria per spostare sul convenuto il rischio di soccombenza.

Il confronto con le tecniche contenute nella proposta di direttiva sulla parità retributiva di genere interroga, d'altra parte, sulla validità della scelta di vincolare alcuni obblighi di trasparenza al raggiungimento di determinate soglie occupazionali, in contesti in cui proprio l'impatto della tecnologia invita a riflettere su altri criteri di misurazione della dimensione datoriale.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. L. Giacomelli, *op. cit.*, 296; A. Agrawal - J. Gans - A. Goldfarb, *Macchine predittive*, Franco Angeli, 2018, in cui si evidenzia che «per sapere se l'IA discrimina si deve guardare a ciò che produce. Gli uomini ottengono risultati diversi da quelli delle donne? Gli ispanici ottengono risultati diversi dagli altri? E gli anziani e i disabili? Questi risultati diversi limitano le loro opportunità? [...] Per utilizzare l'IA servono investimenti aggiuntivi in consulenza sulla discriminazione e quindi lavorare per ridurre i risultati discriminatori» (202). Sul ragionamento aleggia il dubbio di chi rileva che «pensare di intervenire sui risultati dell'algoritmo ci fa mettere in discussione l'utilità di utilizzarlo» (T. Numerico, *Social network e algoritmi di machine learning: problemi cognitivi e propagazione dei pregiudizi*, Sistemi intelligenti, 2019, 476).

Bibliografia

- Adams-Prassl J., *What if Your Boss was an Algorithm?*, in *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 123 ss.
- Agrawal A. - Gans J. - Goldfarb A., *Macchine predittive*, Franco Angeli, 2018.
- Alessi C., *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, 683 ss.
- Aloisi A. - Gramano E., *Artificial Intelligence Is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context*, in *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 95 ss.
- Ballestrero M. V., *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 2021, 1, 104 ss.
- Barbera M., *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017, 17 ss.
- Barbera M., *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, 2013, 139 ss.
- Barbera M., *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. Barbera – A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, 2019, 5 ss.
- Barnard C. - Hepple B., *Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith*, in *CLJ*, 1999, 399 ss.
- Bolego G., *Intelligenza artificiale e regolazione delle relazioni di lavoro: prime riflessioni*, in *Labor*, 2019, 1, 51 ss.
- Bonardi O. - Meraviglia C., *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017, 351 ss.
- Bravo F., *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, 4, 693 ss.
- Caruso B. - Zappalà L., *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *WP CSDL*, It. n. 439/2021.
- Centamore G. - Ratti L., *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, in *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, 663 ss.
- Comandè G., *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, 172 ss.
- Costantini F., *Profilazione e "automated decision making" in ambito lavorativo nella giurisprudenza italiana*, in *LG*, 2019, 11, 984 ss.
- D'Arcangelo L., *L'obbligo di protezione dei dati del lavoratore: adempimento e sanzioni*, in *DLM*, 2020, 1, 75 ss.
- Dagnino E. - I. Armaroli I., *A Seat at the Table: Negotiating Data Processing in the Workplace: A National Case Study and Comparative Insights*, in *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 173 ss.
- Dagnino E., *Dalla fisica all' algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, AUP, 2019.
- Dagnino E., *People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *LLI*, 2017, 3, I.2. ss.
- De Stefano V., *"Negotiating the Algorithm": Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection*, *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 15 ss.

- Del Punta R., *Innovazioni tecnologiche e diritto del lavoro*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2019, 106, fasc. 2/3, 261 ss.
- Donini A., *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *DRI*, 2018, 222 ss.
- Faioli M., *Discriminazioni digitali e tutela giudiziaria su iniziativa delle organizzazioni sindacali*, in *DRI*, 2021, 204 ss.
- Falletti E., *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, 2, 169 ss.
- Flor R., *Cybersecurity ed il contrasto ai cyber-attacks a livello europeo: dalla CIA-Triad Protection ai più recenti sviluppi*, in *Diritto di internet*, 2019, 3, 453 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, 2, 21 ss.
- Giacomelli L., *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, in *BioLaw Journal*, 2019, 269 ss.
- Gottardi D., *Giustizia retributiva e trasparenza*, in *Studi in Memoria di Massimo Roccella*, ESI, 2021, in corso di pubblicazione.
- Granieri M., *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel regolamento UE 2016/679*, in *NLCC*, 2017, 165 ss.
- Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, *Una definizione di IA: principali capacità e discipline*, Bruxelles, 2019.
- Hacker P., *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against discrimination under EU law*, in *CMLR*, 2018, 1143 ss.
- Hendrickx F., *Privacy 4.0 at Work: Regulating Employment, Technology and Automation*, in *CLL&PJ*, 2019, 41, 1, 147 ss.
- Ingrao A., *Data-Driven management e strategie collettive di coinvolgimento dei lavoratori per la tutela della privacy*, in *LLI*, 2019, 2, 129 ss.
- King A. G. - Mrkonich M., *"Big Data" and the Risk of Employment Discrimination*, in *Oklahoma Law Review*, 2016, 68, 3, 557 ss.
- Kullman M., *Platform Work, Algorithm Decision-Making, and EU Gender Equality Law*, in *IJCLIR*, 2018, 34, 11 ss.
- Maio V., *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *ADL*, 2018, 6, 1414 ss.
- Militello M. - Strazzari D., *I fattori di discriminazione*, in M. Barbera - A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, 2019, 85 ss.
- Monaco M. P., *Controlli a distanza sui lavoratori: evoluzione, riforme e privacy*, in *Labor*, 2021, 2, 155 ss.
- Numerico T., *Social network e algoritmi di machine learning: problemi cognitivi e propagazione dei pregiudizi*, in *Sistemi intelligenti*, 2019, 469 ss.
- Ogrisek C., *GDPR and Personal Data Protection in the Employment Context*, in *LLI*, 2017, 2, R-1 ss.
- Pacella G., *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di giustizia europea*, in *LLI*, 1, R.17 ss.
- Peck D., *They're watching you at work*, *theatlantic.com*, dec. 2013.
- Perulli A., *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, 1, 111 ss.
- Perulli A., *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 2021, n. 1.
- Peruzzi M., *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, 2017.

- Rota A., *Rapporto di lavoro e big data analytics: profili critici e risposte possibili*, in *LLI*, 2017, 3(1), I, 32 ss.
- Ruffolo U., *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *GI*, 2019, 7, 1657 ss.
- Salento A., *Digitalizzazione delle imprese e trasformazione delle competenze. Quadro analitico e riscontri empirici*, in *Labor*, 2019, 2, 131 ss.
- Sanguinetti G., *Machine Learning: accuratezza, interpretabilità e incertezza*, in *Ithaca: Viaggio nella Scienza*, 2020, 16, 71 ss.
- Santagata De Castro R., *Anti-discrimination Law in the Italian Courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, in *WP CSDLE*, It. n. 440/2021.
- Sartori A., *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Giappichelli, 2020.
- Schildt H., *The Data Imperative*, OUP, 2020.
- Selbst A. D. - Powles J., *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 233 ss.
- Sitzia A. - Crafa S., *Impronte digitali, algoritmo e trattamento di dati personali: questioni di "law and technology"*, in *LG*, 2019, 3, 245 ss.
- Tebano L., *Tutela della privacy e potere di controllo del datore di lavoro tra l'ordinamento italiano e le fonti europee*, in *LLI*, 2017, 2, C-1 ss.
- Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017.
- Tullini P., *Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori*, in M. Pedrazzoli (coordinato da) *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, 2004, 145 ss.
- Tullini P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 3 ss.
- Tullini P., *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig-economy*, in *costituzionalismo.it*, 2020, 1, 39 ss.
- Wachter S. - Mittelstadt B. - Floridi L., *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *IDPL*, 2017, 7, 2 ss.
- Wachter S. - Mittelstadt B. - Floridi L., *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 76 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Amministrazione digitale algoritmica
e garanzie procedurali**

GIULIA PINOTTI
Università degli Studi di Pavia

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695



Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali

GIULIA PINOTTI

Università degli Studi di Pavia

Assegnista di ricerca

giulia.pinotti01@ateneopv.it

ABSTRACT

The use of Artificial Intelligence systems, and in particular algorithmic decisions, constitutes a great potential for the Public Administration, also in view of the principle of impartiality and good performance under Article 97 of the Constitution and the right to good administration under Article 41 of the European Charter of Fundamental Rights. To this end, however, it is necessary to identify the conditions of admissibility for the legitimate use of algorithms, and the rules of the administrative procedure must be adapted to the new tool in order not to lower the standard of protection of the citizen.

Keywords: Public Administration; Algorithmic decision; administrative procedure; procedural rules; right to good administration.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13175>

Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali

SOMMARIO 1. La decisione algoritmica: un'iniziale diffidenza della giurisprudenza e la sua rapida evoluzione. – 2. Le condizioni di ammissibilità della decisione algoritmica: l'esistenza di una base legale, il necessario ruolo servente della tecnologia e il funzionario responsabile del procedimento. – 3. Per un sistema minimo di garanzie: il nodo della partecipazione e della trasparenza.

1. La decisione algoritmica: un'iniziale diffidenza della giurisprudenza e la sua rapida evoluzione

«L'utilizzo degli algoritmi non è conforme al vigente plesso normativo complessivo e ai dettami dell'art. 97 della Costituzione, ai principi ad esso sottesi, agli istituti di partecipazione procedimentale definiti agli artt. 7,8, 10 e 10 – bis della L. 7.8.1990, n. 241, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi sancito dall'art. 3, stessa legge, al principio ineludibile dell'interlocuzione personale intessuto nell'art. 6 della legge sul procedimento e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento. [Non è conforme inoltre] affidare all'attivazione di meccanismi e sistemi informatici e al conseguente loro impersonale funzionamento, il dipanarsi di procedimenti amministrativi, sovente incidenti su interessi, se non diritti, di rilievo costituzionale, che invece postulano, onde approdare al corretto esito provvedimentale conclusivo, il disimpegno di attività istruttoria, acquisitiva di rappresentazioni di circostanze di fatto e situazioni personali degli interessati destinatari del provvedimento finale, attività, talora ponderativa e comparativa di interessi e conseguentemente necessariamente motivazionale, che solo l'opera e l'attività dianoetica dell'uomo può svolgere»⁽¹⁾.

Con queste parole si pronunciano i giudici del Tar Lazio, chiamati, per la prima volta in Italia, nel 2018, a pronunciarsi sull'utilizzo di – alquanto rudimentali, va osservato – meccanismi di automazione decisionale, i famigerati algoritmi, da parte della Pubblica Amministrazione. Agli occhi dei giudici amministrativi, dunque, le decisioni automatizzate violano l'art. 97 Costituzione, nonché gli artt. 3, 7 e ss. l. n. 241/1990 che regolano l'obbligo di motivazione, gli istituti di partecipazione procedimentale, e la necessaria interlocuzione personale.

Questa iniziale diffidenza da parte della giurisprudenza può essere facilmente compresa, se la si colloca correttamente nel contesto in cui è stata assunta. Da una parte, infatti, l'innovazione tecnologica cresce a un ritmo

⁽¹⁾Tar Lazio, sez. 3-bis, 10 ottobre 2018, n. 9224.

sempre più incalzante e permette di compiere attività sempre più complesse. Dall'altro lato, però il Legislatore – sia nazionale che europeo – fatica a stare al passo, ma soprattutto fatica a trovare la cornice di regolazione più adeguata, e finisce spesso con l'adottare singole disposizioni (siano esse di autorizzazione o di divieto) che mancano, però, di una ampia visione d'insieme⁽²⁾.

In più, per ciò che attiene direttamente alle decisioni amministrative, gli algoritmi possono intervenire nei modi più svariati: con diverse finalità – sostituendo le attività routinarie, svolgendo una funzione conoscitiva in sede di istruttoria, con scopi predittivi – e modalità – automatizzando l'intero procedimento o solo parti di esso, ad esempio in sede di acquisizione di pareri o valutazioni tecniche.

La giurisprudenza si è trovata, quindi, insieme alla dottrina, a dover definire le prime regole (e ad adattare la disciplina esistente) perché il ricorso agli strumenti di Intelligenza Artificiale da parte della Pubblica Amministrazione, anche in sede procedimentale, potesse definirsi legittimo, atteso l'indiscusso beneficio che ne può essere tratto soprattutto ai fini conoscitivi⁽³⁾.

Dopo questo primo – *tranchant* – arresto⁽⁴⁾, le sentenze successive del Consiglio di Stato sono andate proprio in questa direzione⁽⁵⁾: nel riconoscere

⁽²⁾ Ne è un esempio, da ultima, la norma italiana sugli *Smart Contract*, introdotta dall'art. 8-ter, d. l. n. 135/2018 (convertito dalla l. n. 12/2019) recante: «Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione». Sull'utilizzo degli *smart contracts* nel settore pubblico si veda B. Capiello - G. Carullo, *Gli smart legal contracts: prospettive per l'impiego nel settore pubblico privato*, in R. Cavallo Perin - D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, 2020, 305 ss.

⁽³⁾ Si pensi al necessario coordinamento fra la l. n. 241/1990 che regola il procedimento amministrativo con le norme del Codice dell'Amministrazione Digitale in materia di Sistema Pubblico di Connettività (art.73), che consentono alle Pubbliche Amministrazioni di agire mediante la cooperazione applicativa, anche automatizzata, per il reperimento di dati o documenti nella disponibilità di altre amministrazioni. Sull'attività conoscitiva si vedano, *ex multis*, F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, 1967; M.T. Serra, *Contributo ad uno studio dell'istruttoria del procedimento amministrativo*, Giuffrè, 1991; M.P. Guerra, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Giuffrè, 1996. Sullo scambio di informazioni fra amministrazioni si vedano G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, 2017, 134; M. P. Guerra, *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili giuridici dell'accesso interamministrativo telematico. Tra Testo unico sulla documentazione amministrativa e codice dell'amministrazione digitale*, *Dir. pubbl.*, 2005, vol. 11, 125 ss.; per quanto concerne la rilevanza dell'interoperabilità si veda G. Della Cananea - D.U. Galetta - H.C.H. Hofmann - J.P. Schneider - J. Ziller (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2016.

⁽⁴⁾ Nello stesso senso si veda anche la sentenza del Tar Lazio, sez. III bis, 10-13 settembre 2019, n. 10964.

come legittimo⁽⁶⁾ e utile⁽⁷⁾, il ricorso agli algoritmi, i giudici si sono preoccupati di identificare le garanzie minime che l'Amministrazione è tenuta a rispettare qualora li utilizzi.

L'obiettivo dei prossimi due paragrafi è analogo: nel par. 2 si proporranno le condizioni che preliminarmente debbono essere rispettate – quanto meno ad avviso di chi scrive – mentre nel par. 3 si tratterà un sistema minimo di garanzie procedurali, con particolare attenzione agli istituti di partecipazione di cui al capo III, l. n. 241/1990.

2. Le condizioni di ammissibilità della decisione algoritmica: l'esistenza di una base legale, Il necessario ruolo servente della tecnologia e il funzionario responsabile del procedimento

Come si è osservato nel par. di apertura, non esiste una cornice normativa nazionale che regoli le decisioni amministrative algoritmiche: l'unica norma che vi fa – non direttamente – riferimento è l'art. 3-bis l. n. 241/1990 (come recentemente modificato dal d.l. n. 76/2020): «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse

⁽⁵⁾ Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 e Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472. Nello stesso senso si veda anche la più recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881. Si veda sul punto, *ex multis*, A.G. Orofino - G. Gallone, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, GI, 2020, 7, 1738 ss. Per una ricostruzione del dibattito si vedano, *ex multis*, R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, *Dir. amm.*, 2019, 4, 773 ss.; S. Civitaresse Matteucci., "Umano troppo umano". *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, *Dir. pubbl.*, 2019, 23 ss.

⁽⁶⁾ Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472: «La piena ammissibilità di tali strumenti risponde ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale».

⁽⁷⁾ Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472: «In linea generale va ribadito come anche la pubblica amministrazione debba poter sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale. In tale contesto, il ricorso ad algoritmi informatici per l'assunzione di decisioni che riguardano la sfera pubblica e privata si fonda sui paventati guadagni in termini di efficienza e neutralità. In molti campi gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in luce soprattutto negli ultimi anni da un'imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva. In tale contesto, le decisioni prese dall'algoritmo assumono così un'aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati».

amministrazioni e tra queste e i privati»⁽⁸⁾. Nel definire il quadro normativo, però, non si può prescindere dalle previsioni europee, e in particolare dal Regolamento 2016/679⁽⁹⁾.

L'art. 22, Regolamento 2016/679, com'è noto, ammette il ricorso all'automazione decisionale in presenza di alcune condizioni – piuttosto estese –, fra cui, innanzi tutto, la sussistenza di una base legale che lo autorizzi⁽¹⁰⁾.

È indubbio che l'uso di un algoritmo decisionale non autorizza l'amministrazione a porre in essere un provvedimento amministrativo senza che il potere le sia stato attribuito dalla legge; è invece necessario chiarire se anche la decisione di adottarlo per il tramite di una procedura informatizzata debba essere prevista dalla legge (o da un altro atto normativo, anche secondario).

Dal punto di vista sistematico, non esiste nel nostro ordinamento una norma che sancisca la necessità di una base legale che autorizzi la singola amministrazione a automatizzare i suoi procedimenti, che si tratti dell'intero *iter* o piuttosto di una singola parte. Anche il Consiglio di Stato, nel primo parere sulla bozza del Codice dell'Amministrazione Digitale, aveva sottolineato come fosse problematica l'assenza, nel nuovo codice, di norme che andassero a integrare le nuove regole con la disciplina del procedimento:

«Ciò rende ancora più problematica una delle questioni di fondo della materia in esame: *quella dei rapporti tra procedimento amministrativo e disciplina della*

⁽⁸⁾ Un riferimento agli strumenti di automazione si trova anche all'art. 35, d. lgs. n. 165/2001 (Testo Unico sul Pubblico Impiego), che consente di ricorrervi nelle procedure di selettive pubbliche.

⁽⁹⁾ Anche il Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, vi fa riferimento a questo fine: «Ad oggi nelle attività di trattamento dei dati personali possono essere individuate due differenti tipologie di processi decisionali automatizzati: quelli che contemplano un coinvolgimento umano e quelli che, al contrario, affidano al solo algoritmo l'intero procedimento. Il più recente Regolamento europeo in materia (2016/679), concentrandosi su tali modalità di elaborazione dei dati, integra la disciplina già contenuta nella Direttiva 95/46/CE con l'intento di arginare il rischio di trattamenti discriminatori per l'individuo che trovino la propria origine in una cieca fiducia nell'utilizzo degli algoritmi».

⁽¹⁰⁾ La stessa considerazione sembrerebbe potersi estendere anche all'ordinamento francese, dato quanto sostenuto dal Conseil constitutionnel nella decisione sulla *Loi relative à la protection des données personnelles* (il cui fine era quello di adeguare la legislazione nazionale al Regolamento 2016/679): «Toutefois, en premier lieu, ces dispositions se bornent à autoriser l'administration à procéder à l'appréciation individuelle de la situation de l'administré, par le seul truchement d'un algorithme, en fonction des règles et critères définis à l'avance par le responsable du traitement. Elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'autoriser l'administration à adopter des décisions sans base légale, ni à appliquer d'autres règles que celles du droit en vigueur. Il n'en résulte dès lors aucun abandon de compétence du pouvoir réglementaire». Conseil Constitutionnel Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018.

“digitalizzazione”, che il codice risolve - alquanto sommariamente - assorbendo in sé parti della disciplina, senza modificare (o limitandosi ad abrogare) la disciplina “amministrativa” delle stesse procedure [corsivo mio]. [...] Vi è la necessità di accompagnare alle enunciazioni di principio norme direttamente precettive, che non rimettano l’attuazione di tali principi esclusivamente alla volontà (mutevole per definizione) di attuarle da parte delle singole amministrazioni. Come rilevato dalla migliore dottrina, la presenza di nuovi mezzi di svolgimento dell’attività amministrativa impone, quando le innovazioni lo consentono, il compimento di operazioni di adattamento dei vecchi istituti alle nuove situazioni (si ricordi l’insegnamento di “interrogare i nuovi ordinamenti adoperando gli antichi istituti e modificandoli, quando necessario”)⁽¹¹⁾.

Quando si analizzano più da vicino le singole ipotesi, si colgono agevolmente le conseguenze di questa assenza di regolazione precisa. In alcune fattispecie il ricorso all’automazione è espressamente contenuto in una fonte – anche secondaria⁽¹²⁾ –, mentre in altre la scelta di ricorrervi non viene neppure resa nota. E questo si verifica non solo quando si tratti di procedimento completamente automatizzato, ma anche, e forse soprattutto, nei casi in cui l’utilizzo di meccanismi di automazione non sostituisce l’intero procedimento ma solo una sua fase.

Appare molto condivisibile quanto proposto da parte della dottrina⁽¹³⁾, secondo la quale può parlarsi di un principio di tipicità, espressione di un’esigenza di legalità garanzia, per ciò che concerne i procedimenti completamente automatizzati, anche sulla base di quanto previsto, come si è detto, dall’art. 22, Regolamento 2016/679, mentre resterebbe espressione del principio di auto organizzazione⁽¹⁴⁾ dell’Amministrazione Pubblica l’utilizzo di algoritmi nel corso di un più ampio procedimento.

⁽¹¹⁾ Parere del Consiglio di Stato 7 febbraio 2005, n.11995. Sul punto si vedano anche N. Paolantonio - A. Police - A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Giappichelli, 2006, 82 e F. Cardarelli, *L’uso della telematica, commento all’art. 3-bis della l. 241/90*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Giuffrè, 2017, 153 ss.

⁽¹²⁾ Si pensi ad esempio all’accertamento automatico di alcune tipologie di infrazioni per eccesso di velocità a norma degli artt. 200-201, d. lgs. n. 285/1992 (Codice della Strada) si veda a titolo esemplificativo l’art. 201, co. 1-quater: «In occasione della rilevazione delle violazioni di cui al comma 1-bis, lettera g-bis), non è necessaria la presenza degli organi di polizia stradale qualora l’accertamento avvenga mediante dispositivi o apparecchiature che sono stati omologati ovvero approvati per il funzionamento in modo completamente automatico» (corsivo dell’A.).

⁽¹³⁾ Si veda sul punto E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, *Dir. Amm.*, 2020, 2, 273 ss.

⁽¹⁴⁾ Ciascun soggetto, sia esso ente o organo, quando titolare di un potere, sarebbe titolare anche di un potere di autodisciplina per regolare l’esercizio del medesimo, attraverso il quale realizzerebbe una *normazione dell’azione*. Sul punto si veda A. Masucci, *L’atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, 1993, 47 ss.

La seconda condizione, oltre all'esistenza di una base legale nel caso di ricorso a una decisione amministrativa completamente automatizzata, attiene invece al ruolo che gli algoritmi, in quanto strumenti al servizio dell'Amministrazione, debbono rivestire. Il punto di partenza di questa riflessione, apparentemente, è quasi scontato: qualsiasi strumento tecnologico deve mantenere un ruolo servente rispetto all'attività da svolgere, che resta appannaggio dell'essere umano⁽¹⁵⁾. Il primo strumento che consente che ciò avvenga, quanto meno a parere di chi scrive, nello svolgimento dell'attività procedimentale, è la supervisione della procedura automatizzata da parte di un funzionario persona fisica. Tale supervisione può assumere caratteristiche diverse a seconda del tipo di tecnologia utilizzata: in caso di procedimento completamente automatizzato, si tratterà di un controllo esterno; a fronte invece di attività più complesse, l'algoritmo tendenzialmente coadiuverà l'attività istruttoria, ma l'attività decisoria resterà appannaggio del funzionario⁽¹⁶⁾. Dello stesso avviso sembra essere anche la giurisprudenza italiana, che ha sottolineato come:

«Le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere e che pertanto, al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve seguitare ad essere il dominus del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno

⁽¹⁵⁾ Sul punto si vedano il *Rapport* della *Commission nationale informatique et libertes* «Comment permettre à l'Homme de garder la main? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle», 2017, reperibile al sito https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf (visitato il 12 giugno 2021), ma anche A. Carleo, *La decisione robotica*, Il Mulino, 2019; D. Bourcier, *La décision artificielle: le droit, la machine et l'humain*, Les voies du droit, Presses universitaires de France, 1995. Sul punto si veda anche, nella recente bozza del Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale, che nel definire quando i sistemi di Intelligenza Artificiale non sono da classificare come *high risks*, fa riferimento al fatto che questi debbano svolgere *ancillary tasks*.

⁽¹⁶⁾ D.U. Galetta - J.G. Corvalan, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, *federalismi.it*, febbraio 2019, 19; D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione (il procedimento amministrativo fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. Cavallo Perin - D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, *op. cit.*

al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo»⁽¹⁷⁾.

Del resto anche in Francia il *Conseil d'État* e il *Conseil constitutionnel* sembrano essere di avviso simile, dato che hanno indicato proprio la garanzia dell'intervento umano come condizione necessaria perché il ricorso agli algoritmi nella sfera pubblica sia legittimo⁽¹⁸⁾. Anche la *Commission nationale informatique et libertés (CNIL)* nel suo *Rapport* del 2017 si sofferma sulla necessità di garantire l'intervento umano, ma fa un passaggio ulteriore: con il crescere del ricorso a strumenti di automazione (dato lo sviluppo di sistemi di Intelligenza Artificiale), la garanzia di un intervento umano per ciascuna procedura potrebbe risultare complessa e controproducente. La *Commission* si sofferma, di conseguenza, su alcune ipotesi alternative meno gravose, e suggerisce che una delle regole che dovrebbero governare l'uso degli algoritmi nella sfera pubblica sia l'*obligation de vigilance*, l'obbligo di vigilanza. La tesi è che gli strumenti a tutela del corretto uso degli algoritmi non si sostanzino solo nell'apparato di garanzie attribuite al cittadino, ma anche negli strumenti dati alla collettività nel suo insieme⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Tar Lazio, sez. 3-bis, 10 ottobre 2018, n. 9224.

⁽¹⁸⁾ «L'encadrement de l'utilisation des algorithmes est un domaine nouveau pour les pouvoirs publics, mais devenu nécessaire en raison du rôle grandissant de ces mécanismes et des risques qu'ils présentent pour l'exercice des libertés. L'étude du Conseil d'État préconise trois méthodes d'encadrement: assurer l'inevitabilité de l'intervention humaine dans la prise de décision au moyen d'algorithmes». Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, étude annuelle, 2014, Doc. fr., 237. «Le responsable du traitement doit s'assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement». Conseil Constitutionnel Décision n. 2018-765 DC du 12 juin 2018. Si veda sul punto anche É. Untermaier-Kerléo, «Les nouveaux visages de la décision administrative: d'une administration assistée à une administration automatisée», *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2018, vol. 50, 2339 ss.

⁽¹⁹⁾ «En effet, quand l'automatisation a pour fonction d'optimiser et d'accélérer un processus en remplaçant l'homme, une intervention humaine réellement effective pour chaque décision risque d'être dissuasive. On pourrait en fait poser ainsi la question: comment faire assurer par des machines des tâches auparavant accomplies par l'intelligence humaine (c'est la définition de l'IA) sans évacuer l'homme? Une façon d'y répondre consiste à avancer que l'on pourrait envisager l'effectivité de l'intervention humaine autrement qu'à l'échelle de chaque décision individuelle. On pourrait, par exemple, assurer que des formes de délibération humaine et contradictoire encadrent et accompagnent l'utilisation des algorithmes en examinant et en interrogeant le paramétrage mais aussi tous les effets – directs et indirects – du système». Rapport de la Commission nationale informatique et libertés, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des*

In Italia già l'art. 3, d. lgs. n. 39/1993 richiedeva che, nei provvedimenti a elaborazione elettronica, fosse indicato il nome del funzionario responsabile di immissione, riproduzione e emanazione⁽²⁰⁾. Ovviamente i singoli atti automatizzati (a valle) possono essere adottati anche a distanza di tempo rispetto all'atto (a monte) di adozione del software e anche da amministrazioni differenti: difficilmente quindi i due responsabili del procedimento persone fisiche coincideranno⁽²¹⁾. La riflessione sul ruolo del responsabile del procedimento non si esaurisce in un richiamo alla sua centralità, ma apre una serie di questioni sul rapporto fra automazione e organizzazione degli uffici sulle quali purtroppo, per ragioni di spazio e pertinenza, non ci si può soffermare.

Senza alcuna pretesa di esaustività, bisogna almeno osservare come vi sia il rischio, paventato anche da Coglianesi e Lehr, che i funzionari responsabili non abbiano contezza delle decisioni che – anche in termini di elaborazione e allenamento del modello – sono state assunte, e delle quali sono chiamati a rispondere. Questo accade soprattutto perché coloro che implementano gli algoritmi tendenzialmente sono soggetti esterni all'amministrazione o, se interni, difficilmente vi rivestono funzioni apicali⁽²²⁾.

algorithmes et de l'intelligence artificielle, 2017, 52, reperibile al sito https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf (visitato il 12 giugno 2021).

⁽²⁰⁾ Sul ruolo del funzionario responsabile del procedimento si vedano, *ex multis*, M. Occhiena, *Il "nuovo" responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e l'amministrazione*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Giuffrè, 2005, 245 ss.; S. Usai, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, Maggioli, 2014; S. Tarullo, *Il responsabile del procedimento amministrativo: evoluzione storica e prospettive della figura*, *Giust. Amm.*, 2014, 307 ss.; A. Zito, *I compiti del responsabile del procedimento*, in N. Paolantonio - A. Police - A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Giappichelli, 2006, 189 ss.

⁽²¹⁾ Sul punto si veda quanto ha osservato per primo A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, 1993.

⁽²²⁾ «Courts should give more deference when an agency head makes the key decision than when decisions are made by subordinate officials. The courts have not embraced such a graduated approach, but its suggestion should prompt agency officials to consider how machine learning may affect the locus of decision making inside their agencies. When rules are intimately tied to the outputs of an algorithm, the programming of that algorithm will be a consequential task—one that presumably should not be assigned exclusively to a lower level analyst, as traditional statistical analyses may be today. Assigning responsibility to lower-level analysts without adequate input and oversight could run the risk that higher-level officials—those who are more directly accountable to the political branches of government and to the public—will not fully understand critical details about an already ostensibly opaque rulemaking process. Perhaps worse, the lower-level analysts could make choices about an algorithm's specifications and tuning without realizing potentially far-reaching impacts of their decisions. For these reasons, agencies should be mindful of who

Non è molto lontano, in fondo, da quanto è sempre accaduto nelle relazioni interorganiche o intersoggettive⁽²³⁾, ma i protagonisti sono diversi. Storicamente, i singoli funzionari conservavano, dal punto di vista operativo, un margine di discrezionalità anche nei procedimenti in cui la maggioranza degli elementi erano predeterminati (si pensi, per esempio, a un funzionario che, nonostante il termine per consegnare una domanda sia passato da alcuni minuti, decida di accettarla comunque); attualmente questo margine è totalmente assente quando la procedura è automatizzata. Un certo margine di decisione si è però spostato in capo a coloro che elaborano e implementano l'algoritmo: nel passaggio dal linguaggio naturale a quello informatico quasi nessuna scelta è completamente neutra, data la naturale indeterminatezza del primo dei due, e l'assenza di precisione con cui le norme in linguaggio naturale possono essere formulate⁽²⁴⁾. Per questa ragione il funzionario responsabile deve essere messo nelle condizioni di avere contezza delle scelte compiute, soprattutto se sarà chiamato a risponderne⁽²⁵⁾. È plausibile ritenere che, a

within an agency actually wields algorithm-specifying power and how well high-level officials understand the methods of regulating by robot or adjudicating by algorithm». C. Coglianese - D. Lehr, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, *The Georgetown law journal*, 2017, vol. 105, 85.

⁽²³⁾ G. Di Gaspare, *Organizzazione amministrativa*, *Dig. pubbl.*, 1995, 513 ss.; G. Vesperini, *L'organizzazione*, in S. Cassese (a cura di) *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2012, 73 ss.

⁽²⁴⁾ Si pensi anche solo alla formulazione di un parametro all'apparenza preciso, ad esempio l'età massima per poter aver accesso a un dato beneficio, nel caso di una riduzione in quanto studente, o in quanto giovane fino a 26 anni. È studente anche un soggetto iscritto a un corso di dottorato? Per 26 anni di intende il compimento o è compreso anche l'anno fino ai 27? «The system designers, legal policy staff, and IT experts in particular are to be regarded as the new equivalents of the former street-level bureaucrats. By this we mean that they are the persons whose choices can affect the practical implementation of a policy. These system-level bureaucrats have the discretionary power to convert legal frameworks into concrete algorithms, decision trees, and modules. They are constantly making choices— which definitions should be used, how should vague terms be defined, how are processes to be designed and interlinked? Therefore, just as the street-level bureaucrats were not in their time docile policy implementation robots, but policy makers themselves». M. Bovens - S. Zouridis, *From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control*, *Public Administration Review*, 2002, vol. 62, n. 2, 182.

⁽²⁵⁾ Questa necessaria partecipazione del funzionario può anche essere letta contestualmente a quanto osservato poco fa circa la sussistenza di un obbligo di vigilanza, che avrebbe anche il merito, secondo la CNIL, di ridurre il rischio di una percepita deresponsabilizzazione: «La promotion d'un principe d'"obligation de vigilance" pourrait être une façon d'aborder ce défi en prévoyant la prise en compte par les concepteurs et ceux qui déploient l'intelligence artificielle de cette caractéristique inédite. Par ailleurs, ce principe d'obligation de vigilance viserait aussi à contrebalancer le phénomène de confiance excessive et de deresponsabilisation dont on a vu qu'il était favorisé par le caractère de boîte noire des

fronte dell'utilizzo di strumenti sempre più complessi, il centro di imputazione della responsabilità risalirà al momento dell'elaborazione e implementazione del modello e non a quello del suo utilizzo⁽²⁶⁾.

3. Per un sistema minimo di garanzie: il nodo della partecipazione e della trasparenza

La l. n. 241/1990 detta, com'è noto, uno standard minimo di garanzie che debbono essere rispettate dalle amministrazioni nell'adozione di atti autoritativi: alcune di queste regole, come ben evidenziato anche nelle parole della sentenza del Tar in apertura⁽²⁷⁾, paiono difficilmente compatibili con l'automazione decisionale, soprattutto a fronte di sistemi complessi non meramente deterministici. In particolare si può pensare all'obbligo di motivazione dei provvedimenti (art. 3), al diritto di accesso (art. 22) e agli strumenti di partecipazione di cui al capo III⁽²⁸⁾. Le norme della l. n. 241/1990 che regolano la partecipazione procedimentale, ad esempio, non possono di regola trovare applicazione, per ragioni che sono intrinsecamente legate alla natura della decisione automatizzata, soprattutto laddove l'algoritmo non intervenga in una sola fase ma coinvolga invece l'intero procedimento⁽²⁹⁾.

algorithmes et de l'IA». Rapport de la Commission national informatique et libertés, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, op. cit., 45.

⁽²⁶⁾ «In particolare, se l'algoritmo è irresponsabile, allora a maggior ragione “la decisione automatizzata implica la necessità di una responsabilità già nella costruzione dell'algoritmo”. Il che richiede un intervento rivolto alle amministrazioni, per dotarle delle competenze che le rendano in grado di porsi in termini di governo responsabile dei processi decisionali che ad essa si imputano, e per evitare il rischio di un sistema complessivamente irresponsabile», E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, op. cit.

⁽²⁷⁾ Tar Lazio, sez. 3-bis, 10 ottobre 2018, n. 9224.

⁽²⁸⁾ Sul punto si rinvia, per un approfondimento, a A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, e a D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione (il procedimento amministrativo fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, op. cit.

⁽²⁹⁾ Si vedano, *ex multis*, S. Cassese, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello “neoclassico”*, in L. Torchia (a cura di) *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Cedam, 1993, 1 ss.; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 2007, 13 ss.; G. Della Cananea, *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 79 ss. Sul punto si veda anche, I. Alberti - R. Cavallo Perin, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin - D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, op. cit., 147 ss.

Bisogna ora interrogarsi su quali potrebbero essere i meccanismi che consentano la compatibilità fra l'uso di sistemi di automazione e gli istituti di garanzia di partecipazione come previsti dal nostro ordinamento – anche nel rispetto della normativa europea e dei principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Il margine di applicazione dei tradizionali istituti partecipativi a fronte del ricorso all'automazione da parte dell'amministrazione deve essere affrontato in maniera differente a seconda di quando essa interviene: se, infatti, la procedura informatica opera in un solo momento (di iniziativa, o nel corso dell'istruttoria), non si pongono particolari difficoltà, mentre ne sorgono di notevoli a fronte dell'automazione decisionale.

Si tratta ora di capire se resta un margine affinché essi possano essere recuperati, conservando la loro funzione, data la diversa struttura e scansione temporale del procedimento in esame, o se vi sono strumenti che possano essere adoperati con la stessa finalità. Alla luce delle considerazioni avanzate sino ad ora, appare piuttosto chiaro che gli sforzi per conservare l'apparato di garanzie procedurali devono essere rivolti eminentemente al momento di elaborazione dell'algoritmo, momento in cui gli assetti di interessi vengono a comporsi.

A questo proposito, un notevole aiuto può essere offerto dall'esperienza francese: nel *Rapport del Conseil d'État*⁽³⁰⁾ viene in più occasioni sottolineato come i destinatari della decisione dovrebbero essere messi nelle condizioni non solo di comprenderne la logica, ma anche di fare obiezioni, e che il momento più idoneo sia quello di elaborazione dell'algoritmo⁽³¹⁾. Si potrebbe pensare a una sorta di meccanismo *notice and comment*, come se si trattasse di atti amministrativi generali, sul modello delle agenzie federali statunitensi. La procedura si articolerebbe in una proposta, a cui farebbero seguito le osservazioni da parte dei soggetti potenzialmente interessati, per poi sfociare nell'adozione dell'atto. Questo *iter* consentirebbe non solo una più ampia ricostruzione degli interessi in gioco, ma ridurrebbe il contenzioso: i

⁽³⁰⁾ Conseil D'État, Étude annuel, *Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'«ubérisation»*, 2017.

⁽³¹⁾ «À cette fin, l'auteur de la décision devrait d'abord informer la personne faisant l'objet de celle-ci des données personnelles utilisées par l'algorithme, ce qui lui permettra de s'assurer de leur véracité; le meilleur des algorithmes ne peut en effet produire que des résultats erronés si les données qui lui sont soumises sont inexactes... Il devrait aussi lui présenter la logique générale de l'algorithme, en expliquant par exemple, pour un organisme de crédit, que telle information est utilisée en raison de la corrélation observée par des études avec le risque de défaut. Enfin, comme indiqué, la personne devrait avoir la possibilité de faire valoir ses observations avant la prise de décision».

soggetti interessati, dopo aver partecipato alla sua elaborazione, avrebbero più fiducia nella legittimità dell'atto⁽³²⁾.

Del resto l'esperienza francese in questo senso è significativa: nonostante infatti non esista un principio generale di partecipazione all'attività amministrativa per i provvedimenti individuali dell'Amministrazione, esiste un diritto al contraddittorio a fronte di provvedimenti lesivi della sfera giuridica del privato, e il preambolo della Costituzione ha riconosciuto il diritto di partecipazione in materia ambientale⁽³³⁾. È stato osservato come in alcuni settori questo obbligo derivi da fonti sovranazionali, come nel caso della Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998, che all'art. 8 riconosce il diritto dei cittadini di partecipare ai processi decisionali in materia di ambiente. Un obbligo non dissimile è riconosciuto anche dalla Direttiva 2003/35/CE, che prevede la partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale.

Nonostante l'assenza di una norma generale, come si diceva poco fa, diverse sono le ipotesi in cui la normativa francese prevede lo strumento in esame. Due sono i modelli prevalenti: il primo è caratterizzato dalla partecipazione dei soli soggetti membri di un insieme predeterminato, anche se ampio⁽³⁴⁾, mentre il secondo vede come protagonista potenziale la cittadinanza tutta. Esempio ne è la *Loi* n. 2012-1460 del 27 dicembre 2012, che ha l'obiettivo di mettere in pratica il principio di partecipazione riconosciuto dall'art. 7, *Charte de l'environnement*⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ Sul punto si veda F. Bignami, *Comparative Administrative Law*, *GW Law Washington DC, Public Law and Legal Theory Paper*, 2012, n. 115.

⁽³³⁾ Per una ricostruzione generale si vedano J. Richard - V. Kapsali, *La participation à l'élaboration des règlements administratifs en France*, in J.B. Auby - T. Perroud (a cura di), *Droit comparé de la procédure administrative: Comparative law of administrative procedure*, Collection droit administratif, n° 19, Bruylant, 2016, 317 ss; J.B. Auby, *Quelques observations sur l'administration "délibérative"*, Coseil d'État, Rapport public, Consulter autrement, participer effectivement, 2011.

⁽³⁴⁾ Si pensi in questo senso alla previsione L. 4122-1 del *Code de la santé publique*, che prevede la possibilità per gli ordini nazionali dei medici, dentisti e ostetriche di esaminare i progetti di legge che vengono loro sottoposti dal Ministero della Salute. («Le conseil national de l'ordre remplit sur le plan national la mission définie à l'article L. 4121-2. Il veille notamment à l'observation, par tous les membres de l'ordre, des devoirs professionnels et des règles édictées par le code de déontologie prévu à l'article L. 4127-1. Il étudie les questions ou projets qui lui sont soumis par le ministre chargé de la santé. Il peut, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession de sage-femme, de médecin ou de chirurgien-dentiste, y compris en cas de menaces ou de violences commises en raison de l'appartenance à l'une de ces professions»).

⁽³⁵⁾ Articolo L. 110-1 come modificato dalla legge n. 2012-1460: «Le principe de participation en vertu duquel toute personne est informée des projets de décisions publiques

Nonostante la fortuna che, come si è visto, questi modelli partecipativi hanno conosciuto negli ultimi decenni in Francia non sono poche neanche le perplessità sollevate. In primo luogo, il rischio è che, soprattutto a fronte di materie molto tecniche, la partecipazione si riduca a essere realizzata da gruppi di interesse ristretti (portatori, tendenzialmente, di interessi particolari). In più, com'è noto, non esiste un obbligo di motivazione in Francia degli atti amministrativi generali – come del resto in Italia: l'Amministrazione non è tenuta quindi, salvo diversa disposizione di legge, né a formulare una sintesi delle osservazioni ricevute né tanto meno a esporre le ragioni che hanno portato all'adozione dell'atto, il che porterebbe le consultazioni a rivelarsi, di fatto, inefficaci⁽³⁶⁾.

Per quanto riguarda invece l'esperienza italiana, l'art. 13, l. n. 241/1990 esclude dall'ambito di applicazione del capo III, che racchiude tutti gli istituti di partecipazione, gli atti normativi e quelli generali, che sono le tipologie di atti alle quali l'algoritmo potrebbe essere ricondotto. In realtà, com'è noto, molti processi di regolazione – soprattutto quelli delle autorità indipendenti – sono soggetti a oneri di consultazione, indipendentemente da quanto previsto all'art. 13⁽³⁷⁾.

ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente». Sul punto si vedano M. Prieur, *Un nouvel instrument de démocratie participative*, *AJDA*, 2013, 193 ss.; B. Delaunay, *La réforme de la participation du public*, *AJDA*, 2013, 260; A. Faro, *La portée du principe de participation du public consacré par l'article 7 de la Charte de l'environnement*, *Constitutions*, 2012, 150 ss.

⁽³⁶⁾ Fa eccezione in questo senso il *Code de l'environnement*, che proprio al fine di rafforzare il valore dello strumento partecipativo, impone l'obbligo di pubblicare i motivi della decisione finale, oltre che la sintesi delle osservazioni ricevute, ed è una delle poche ipotesi di motivazione obbligatoria di un *acte réglementaire* in Francia. Si veda sul punto R. Noguellou, *Le principe de participation du public*, *Dr. adm.*, 2013, n. 2, 213 ss. Un altro aspetto molto interessante, che non può per ragioni di spazio essere approfondito, è il rapporto che sussiste fra legittimità dell'atto amministrativo generale in ragione di vizi relativi alla procedura consultiva. In particolare si fa riferimento all'art. 70 della Loi n. 2011-525 del 17 maggio 2011, («Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision. L'alinéa précédent s'applique également aux consultations ouvertes conduites en application de l'article 16 de la présente loi»), e alla precedente giurisprudenza in materia del Conseil d'État.

⁽³⁷⁾ Si pensi ad esempio all'art. 23, l. n. 262/2005, in materia di tutela del risparmio (Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali): «1. I provvedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono. 2. Gli atti di cui al comma 1 sono accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli

In particolare degno di nota è l'art. 5 della delibera del 21 maggio 1997 n. 61 che introduceva forme di partecipazione per l'elaborazione degli atti amministrativi della Autorità di Regolazione di Energia, Reti e Ambiente. La stessa Autorità nel 2012 ha anche lanciato l'iniziativa sperimentale "Notice & Comment", con «l'obiettivo di ampliare, estendere e coinvolgere anche i piccoli consumatori nelle decisioni dell'Autorità e, in particolare, ai provvedimenti di più diretto interesse»⁽³⁸⁾.

Del resto anche l'Unione Europea sembra muoversi nella stessa direzione: val a dire che, nell'indicazione degli obiettivi da perseguire per un corretto uso delle tecnologie, molto rilievo viene dato alle garanzie partecipative nei processi decisionali che le vedono coinvolte. Molto indicativa in tal senso è la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, dove nel codice etico-deontologico elaborato si legge che: «Gli ingegneri robotici garantiscono la trasparenza e il rispetto del legittimo diritto di accesso all'informazione di tutti i soggetti interessati. Tale inclusività consente la partecipazione ai processi decisionali di tutti i soggetti coinvolti nelle attività di ricerca sulla robotica o di quelli che nutrono un interesse nella stessa».

Sia che si ragioni sull'obbligo di motivazione, o sugli istituti partecipativi, quindi quando si riflette sulle regole che governano il "buon andamento" della Pubblica Amministrazione, pare abbastanza evidente che – stante l'impossibilità oggettiva che essi operino nelle decisioni algoritmiche esattamente come nelle decisioni tradizionali della Pubblica Amministrazione – devono essere trovati dei meccanismi alternativi al fine di non diminuire gli *standard* di tutela. Elemento comune alle soluzioni fino a ora prospettate è quello di rinforzare la trasparenza in sede di elaborazione del modello. Dello stesso avviso pare anche essere il Consiglio di Stato, che richiede ai fini della legittimità della decisione che «il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) debba essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica

interessi degli investitori e dei risparmiatori. Nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le Autorità di cui al comma 1 tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. *A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori*. (corsivo dell'A.).

⁽³⁸⁾ Sul punto si veda la Delibera dell'Autorità 456/2012/R/gas del 31 ottobre 2012.

anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico»⁽³⁹⁾.

E questo sia che, coerentemente anche con quanto previsto all'art. 68 del Codice dell'Amministrazione Digitale, l'algoritmo sia libero (let. c) o sviluppato per conto della P.A. (let. a), ma anche qualora esso sia proprietario, dato che «in senso contrario non può assumere rilievo l'invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza»⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

⁽⁴⁰⁾ Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

Bibliografia

- Auby J.B. - Perroud T. (éds.), *Droit comparé de la procédure administrative: Comparative law of administrative procedure*, in Collection droit administratif, Bruylant, 2016.
- Bignami F., *Comparative Administrative Law*, in *GW Law Washington DC*, in *Public Law and Legal Theory Paper*, 2012, n. 115, 145 ss.
- Bourcier D., *La décision artificielle : le droit, la machine et l'humain*, Les voies du droit, Presses universitaires de France, 1995.
- Carleo A., *La decisione robotica*, Il Mulino, 2019.
- Carlone E., *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2020, 2, 273 ss.
- Carullo G., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, 2017.
- Civitarese Matteucci S. "Umano troppo umano". *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 23 ss.
- Cavallo Perin R. - Galetta D.U., (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, 2020.
- Coglianese C. - Lehr D., *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, in *The Georgetown Law Journal*, 2017, vol. 105, 1147 ss.
- Della Cananea G. - Galetta D.U. (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, 2016.
- Delaunay B. - Idoux P. - Saunier S., *Procédure administrative - Un an de droit de la procédure administrative*, in *Droit Administratif*, 2017, 260 ss.
- Di Gaspare G., *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, 1995, 513 ss.
- Faro A., *La portée du principe de participation du public consacré par l'article 7 de la Charte de l'environnement*, in *Constitutions*, 2012, 150 ss.
- Ferrara R. *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 773 ss.
- Galetta D.U. - Corvalan J.G., *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 2019.
- Galetta D.U., *La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e Intelligenza Artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?*, in *Cyberspazio e diritto*, 2018, n. 3, 313 ss..
- Guerra M.P., *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Giuffrè, 1996.
- Guerra M.P., *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili giuridici dell'accesso interamministrativo telematico. Tra Testo unico sulla documentazione amministrativa e codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. pubbl.*, 2005, n. 11, 125 ss.
- Levi F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, 1967.
- Masucci A., *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, 1993.
- Occhiena M., *Il "nuovo" responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e l'amministrazione*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Giuffrè, 2005.
- Orofino A.G. - Gallone G., *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *GI*, 2020.

- Paolantonio N. - Police A. - Zito A., *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Giappichelli, 2006.
- Patroni-Griffi F., *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it.*, 2018.
- Prieur M., *Un nouvel instrument de démocratie participative*, in *AJDA*, 2013, 193 ss.
- Sandulli M.A., *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2017.
- Serra M.T., *Contributo ad uno studio dell'istruttoria del procedimento amministrativo*, Giuffrè, 1991.
- Tarullo S., *Il responsabile del procedimento amministrativo: evoluzione storica e prospettive della figura*, in *Giust. Amm.*, 2014, 307 ss.
- Untermaier-Kerléo É., *Les nouveaux visages de la décision administrative : d'une administration assistée à une administration automatisée*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2018, vol. 50, 2339 ss.
- Usai S., *Il responsabile del procedimento amministrativo*, Maggioli, 2014.
- Vesperini G., *L'organizzazione*, in Cassese S. (a cura di) *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2012, 73 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Corsi e ricorsi dell'eterodirezione

GIULIA BANDELLONI
Università di Genova

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695



Corsi e ricorsi dell'eterodirezione

GIULIA BANDELLONI

Università degli Studi di Genova
Assegnista di Diritto del Lavoro
giulia.bandelloni@giuri.unige.it

ABSTRACT

The Author retraces the recurring crises of heterodirection in order to verify whether this latter element can still be considered the heart of subordination. In particular, the recent legislative changes regarding smart working and “employer-organized work” confirm the continuing centrality of heterodirection in the process of qualifying an employment relationship.

Keywords: subordination; heterodirection; subsidiary indices of subordination; employer-organized work; smart working.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/12905>

Corsi e ricorsi dell'eterodirezione

SOMMARIO: 1. La “crisi” della subordinazione come “crisi” dell'eterodirezione? – 2. Le lamentate crisi della eterodirezione: dall'elaborazione degli indici sussidiari al lavoro *sans phrase*. – 3. Subordinazione e dintorni oggi, l'attivismo del legislatore italiano: eterodirezione e lavoro agile. – 3.1. Eterodirezione vs eterorganizzazione. – 3.2. Quando è la piattaforma a determinare le modalità di esecuzione della prestazione. – 4. Conferme dalla disciplina europea.

1. La “crisi” della subordinazione come “crisi” dell'eterodirezione?

Il tema della “crisi della subordinazione” ha affaticato diverse generazioni di giuslavoristi⁽¹⁾. Occorre chiedersi però se il termine crisi, utilizzato nella sua accezione negativa⁽²⁾, sia il termine più appropriato per descrivere le vicende che hanno caratterizzato la storia della subordinazione. Vero è che, dato l'inscindibile legame esistente tra diritto ed economia, ogni rivoluzione tecnologica e ogni mutamento delle attività produttive ha destabilizzato il diritto del lavoro, che si è ritrovato, nel corso della storia, a inseguire affannosamente i cambiamenti al fine di perseguire quello che per lungo tempo è stato considerato il suo obiettivo primario: la tutela dei lavoratori subordinati⁽³⁾. Crisi del diritto del lavoro e crisi della subordinazione in effetti sono state sovente affrontate e tematizzate come problema unitario, nel presupposto che l'una fosse conseguenza dell'altra, e viceversa. Oggi tale assimilazione pare essere semplificante. Soprattutto, e più in generale, risulta insoddisfacente leggere esclusivamente in termini di patologia gli aggiustamenti del diritto del lavoro e della subordinazione giuridica a fronte dei mutamenti

⁽¹⁾ *Ex multis*: L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano Editore, 1967; U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, 1967; L. Mengoni, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, 1971; A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, RGL, 2003, I, 221 ss.; A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, 48.

⁽²⁾ Per vero, l'accezione negativa del termine crisi è stata acquisita più di recente nella lingua italiana. La parola deriva dal greco ed esprimeva una valutazione, un giudizio, un cambiamento: aveva quasi una sfumatura positiva.

⁽³⁾ Negli ultimi decenni la *ratio* del diritto del lavoro è, secondo parte della dottrina, cambiata e si estende alla tutela del lavoro prestato a favore di altri, indipendentemente dal carattere subordinato. *Ex multis*: G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro «parasubordinato»*, Angeli, 1979; M. Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione (riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, c.p.c.)*, RIDL, 1984, I, 506; A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, *cit.*

dell'economia e delle modalità di organizzazione del lavoro. Questi ultimi paiono eventi inevitabili e, tutto sommato, meno straordinari di quanto usualmente si ritenga. In gran parte sono ammortizzabili attraverso un sapiente utilizzo delle categorie interpretative del diritto del lavoro; complessivamente, hanno indotto gli operatori giuridici a sperimentare soluzioni nuove, consentendo alla materia di rinnovarsi⁽⁴⁾.

La stessa nascita del diritto del lavoro si deve ad uno “scossone” che l'economia diede al diritto. L'avvento dell'industrializzazione sconvolse radicalmente il modo di lavorare, rendendo necessario l'adeguamento delle norme giuridiche alla realtà. Il lavoro in fabbrica non si svolgeva più, come accadeva tipicamente per il lavoro contadino e artigiano, in modo “autonomo”. La figura dell'operaio non era più quella di un lavoratore che gestiva il suo lavoro secondo le sue esigenze e quelle della sua famiglia, seguendo i tempi della natura, ma si scopriva parte di un “meccanismo produttivo” che metteva in primo piano la macchina⁽⁵⁾.

Il mutamento è avvenuto prima nei fatti e solo successivamente è stato accolto sul piano giuridico⁽⁶⁾.

L'approccio corretto allo studio del diritto – strettamente concatenato ai mutamenti economici – è d'altronde quello suggerito da Vivante, il quale «chiede al giurista di smetterla di fare il contabile degli articoli di un Codice, di aprire gli occhi sulla complessità del reale, “di studiare la pratica mercantile dominata com'è da grandi leggi economiche, facendo dello studio del diritto, una scienza di osservazione”»⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ E questo succede ciclicamente v. R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP CSDLE*, It. n. 336/2020.

⁽⁵⁾ S. Merli, *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale. Il caso italiano: 1880-1900*, La Nuova Italia, 1972, 155 e 195.

⁽⁶⁾ R. Del Punta, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in A. Cipriani - A. Gramolati - G. Mari (a cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, 2018, 225. La dottrina (P. Passaniti, *Storia del diritto. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, 2006, 40) osserva come lo sviluppo industriale italiano, anche se manifestatosi in modo non così dirompente, sia stato comunque troppo veloce rispetto alla capacità del diritto di rapportarsi a quel tipo di cambiamento. Già all'epoca L. Tartufari, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico (R. Univ. Di Macerata, 5 novembre 1893), *Tip. Bianchini*, 1893, 5, scriveva che «i rapporti in cui il diritto stesso può trovarsi con le condizioni e le esigenze della vita sociale per loro natura continuamente mutevoli, le modificazioni e i progressi ulteriori che tosto o tardi possano rendersi necessari non sono da lui tenuti pressoché in nessun conto. E da questo punto di vista, e in questo senso, ben può dirsi che la codificazione arresti lo sviluppo scientifico del diritto».

⁽⁷⁾ C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Bocca, 1893, VI, citato da P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Giuffrè, 2000, 52-53. Grossi osserva come

Nulla di radicalmente nuovo, quindi: parrebbe proprio che, oggi come allora, gli operatori del diritto siano chiamati nuovamente a cogliere la sfida posta dai cambiamenti economici⁽⁸⁾.

Con riferimento allo specifico tema della subordinazione giuridica, non è di certo la prima volta che dell'art. 2094 c.c. viene lamentata l'inadeguatezza qualificatoria⁽⁹⁾. Certamente, la nozione legale di subordinazione si presenta frastagliata e con ampie, e spesso ambigue, zone di confine: il che può indurre a segnalarne, in astratto, l'inadeguatezza rispetto al dato fattuale⁽¹⁰⁾. Tuttavia, non è questa la ragione usualmente sottesa alla critica dell'art. 2094 c.c. Quest'ultima deriva piuttosto dalla convinzione che la nozione di subordinazione ivi contenuta non sia in grado di individuare le fattispecie bisognose di tutela.

In particolare, la critica è rivolta all'elemento dell'eterodirezione sulla base dell'assunto, che gode di largo credito, secondo cui è la sottoposizione alle direttive altrui, e non la dipendenza dal datore di lavoro, l'elemento determinante ai fini della configurazione della condizione di lavoratore subordinato. In estrema sintesi, alla dipendenza non viene attribuito un carattere qualificatorio decisivo, in quanto il suo significato si considera assorbito dalla eterodirezione, che rappresenta il criterio più stringente: in quanto tale necessario e nel contempo sufficiente⁽¹¹⁾.

«accanto al mondo della legalità emerge virulento il mondo dell'effettività, una effettività che non può essere ignorata perché è la voce dell'esperienza, della vita». Non a caso anche un altro autorevole studioso (G. Cazzetta, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, *QF*, 1988, 161) afferma che «la storia del diritto del lavoro, quella dei suoi istituti, deve essere effettuata (...) considerando non le norme ma la società».

⁽⁸⁾ A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit., 18.

⁽⁹⁾ L'idea dello sfasamento della nozione teorica di subordinazione rispetto alle concrete esigenze di qualificazione dei rapporti non è sicuramente una novità dei giorni d'oggi, già L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, cit., nel 1967 aveva sostenuto l'inadeguatezza definitoria dell'art. 2094 c.c.

⁽¹⁰⁾ L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, cit.

⁽¹¹⁾ Alla dipendenza non è stato attribuito, già dalla prima dottrina che si è occupata della materia, un significato qualificatorio ulteriore rispetto alla eterodirezione, non riconoscendo pertanto al concetto di dipendenza un contenuto aggiuntivo rispetto a quello di eterodirezione: V. Cassì, *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, 2° ed., Giuffrè, 1961, 125-138; M.F. Rabaglietti, *La subordinazione nel rapporto di lavoro. I. Fondamento e principi*, Giuffrè, 1959, 80; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1988, 233-239. Nello stesso senso anche negli anni più recenti: S. Magrini, *Lavoro (contratto individuale di)*, *Enc. Dir.*, XXIII, 1973; M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, 201 ss; M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002, 44; O. Mazzotta, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, *LB*, 2020, 1, 12-13. Quest'ultimo Autore sostiene che la dipendenza si sostanzia nella soggezione ai poteri unilaterali del datore. Negli anni più recenti un certo filone della dottrina ne ha dato una lettura in chiave di dipendenza socio-economica: U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, cit.; L. Mengoni, *Lezioni sul contratto di lavoro*, cit., 42 ss.; A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, cit.; M. Roccella, *Lavoro*

Si comprende dunque come le operazioni ricostruttive di stampo critico in ordine alla nozione di eterodirezione rappresentino anche, e soprattutto, operazioni di politica del diritto⁽¹²⁾. Ricondurre la subordinazione al concetto tecnico di eterodirezione può significare infatti – specie se si pretende che le direttive debbano essere non solo potenziali ma effettive, non generiche ma specifiche – accogliere una nozione restrittiva di subordinazione che lascia fuori dall'area di tutela situazioni non connotate da eterodirezione in senso stretto, ma giudicate comunque meritevoli di tutela. A far emergere la critica al dettato codicistico sembrerebbe essere perciò un'esigenza, in senso lato politica, dell'interprete.

Poste queste considerazioni preliminari, si cercherà di verificare se la subordinazione sia ormai individuabile attraverso la considerazione di elementi ulteriori e diversi rispetto alla nozione di eterodirezione⁽¹³⁾, o se invece, alla luce dell'elaborazione dottrinale, giurisprudenziale e degli interventi più recenti del legislatore, l'eterodirezione conservi ancora oggi un ruolo centrale nell'identificazione del lavoro subordinato⁽¹⁴⁾.

subordinato e lavoro autonomo, oggi, in *WP CSDLE*, It. n. 65/2008, 37. Tale tesi, anche se autorevolmente sostenuta, è rimasta minoritaria. Attualmente vi è chi ha valorizzato il criterio della dipendenza come criterio utile per distinguere la subordinazione dalla eteroorganizzazione (su questo punto si tornerà in seguito § 3.1).

⁽¹²⁾ L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, *DLRI*, 2000, 181 ss.

⁽¹³⁾ Sull'attuale ruolo della subordinazione v. i recenti interventi in *LLI*, 2020, 2: M.V. Ballestrero, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*; J. Cruz Villalon, *L'adattamento o il superamento della subordinazione come elemento di riferimento del diritto del lavoro di fronte alle nuove forme di occupazione. Un dibattito globale dal punto di vista spagnolo*; G. Ferraro, *Il diritto del lavoro ha ancora bisogno della subordinazione?. Rispondendo a LLI*; L. Gaeta, *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*; M. Pallini, *La subordinazione è mortale! Lunga vita alla subordinazione!*; A. Perulli, *Il diritto del lavoro e il "problema" della subordinazione*; O. Razzolini, *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*; F. Rosa, *Il criterio della subordinazione alla prova del lavoro su piattaforma: alcune considerazioni sul contesto francese*.

⁽¹⁴⁾ B. Caruso - R. Del Punta - T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *WP CSDLE*, 2020, 22; M.T. Carinci, *I contratti in cui è dedotta una attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, *RIDL*, 2020, 1, 51; A. Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE*, It. n. 365/2018, 37; G. Proia, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, *DRI*, 2020, 2, 506; R. De Luca Tamajo, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, *ADL*, 2005, 471. *Contra*: M. Marazza, *In difesa del lavoro autonomo (dopo la legge n. 128 del 2019)*, *RIDL*, 2020, 1, 62, sostiene che la «forza attrattiva» dell'art. 2094 c.c. sia calante.

2. Le lamentate crisi della eterodirezione: dall'elaborazione degli indici sussidiari al lavoro *sans phrase*

In varie circostanze è stata denunciata, in dottrina, la perdita di centralità del requisito della eterodirezione. Tuttavia, si cercherà di dimostrare che, nella lunga storia della nozione di subordinazione giuridica, né i giudici, né il legislatore hanno messo in discussione l'eterodirezione quale elemento identificativo della subordinazione stessa.

Il primo banco di prova riguarda il significato da attribuire all'elaborazione degli indici della subordinazione. Negli anni '60, parte della dottrina, ma soprattutto la giurisprudenza, propone come soluzione per la lamentata insufficienza qualificatoria dell'eterodirezione l'elaborazione di alcuni indici, definiti sussidiari, al ricorrere dei quali una prestazione di lavoro può essere qualificata come subordinata. In dottrina si è sostenuto che tali indici, come ad esempio il rispetto di un orario determinato e imposto, la retribuzione corrisposta a scadenze fisse e periodiche, lo svolgimento della prestazione lavorativa presso la sede del datore di lavoro, l'assenza del rischio, sarebbero in grado di meglio cogliere la condizione subordinata del prestatore⁽¹⁵⁾. Tuttavia è importante sottolineare che quando i giudici ricorrono all'utilizzo degli indici di subordinazione lo fanno non perché rinvengano una inadeguatezza definitoria degli elementi presenti nell'art. 2094 c.c., e in particolare dell'elemento dell'eterodirezione, ma per ragioni assai più contingenti.

L'uso degli indici da parte dei giudici, e l'adozione della qualificazione per approssimazione⁽¹⁶⁾, non sembrerebbe infatti rispecchiare necessariamente

⁽¹⁵⁾ Secondo L. Spagnuolo Vigorita, *Le apparenti contraddizioni del nostro ordinamento in tema di subordinazione*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Confronti e prospettive*, Il Mulino, 1989, 97-98, l'elemento della eterodirezione non è più un utile ai fini qualificatori, non essendo in grado di cogliere la subordinazione del lavoratore, e per tal motivo contribuirebbe a creare una «sfasatura» tra fattispecie ed effetti. Infine, secondo Spagnuolo Vigorita, la qualificazione deve avvenire utilizzando indici di subordinazione.

⁽¹⁶⁾ Come è noto, secondo il metodo sussuntivo, si è in presenza di lavoro subordinato quando vi è perfetta identità tra fattispecie astratta, definita dal legislatore, e fattispecie concreta. A parere di coloro che ritengono preferibile l'utilizzo di tale metodo, la nozione di riferimento per la qualificazione del rapporto è quella contenuta nell'art. 2094 c.c.: il rapporto di lavoro deve essere considerato subordinato se si riscontra l'esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro. Tale elemento, però, funziona agevolmente da criterio di qualificazione quando nello svolgimento del rapporto di lavoro si riscontri un massimo grado di soggezione al controllo e di dipendenza del prestatore di lavoro dalle direttive. In tutti gli altri casi, il metodo sussuntivo si dimostra inefficace. Proprio per tale insufficiente capacità qualificatoria del giudizio sussuntivo, in dottrina è stata sottolineata la necessità di usare il metodo tipologico. Secondo quest'ultimo metodo la qualificazione avviene per approssimazione tra il rapporto concreto e la fattispecie astratta attraverso l'uso di alcuni indici

una sfiducia nelle capacità qualificatorie degli elementi presenti nell'art. 2094 c.c. La giurisprudenza, come primo passo nei processi di qualificazione, cerca sempre di riscontrare l'elemento dell'eterodirezione⁽¹⁷⁾. E soltanto nei casi in cui l'esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro non risulta facilmente apprezzabile, di solito a causa della peculiarità della mansione (o particolarmente elevata o a ridotto contenuto professionale)⁽¹⁸⁾, la giurisprudenza ricorre agli indici. Questi ultimi non sono intesi come qualcosa di altro dal potere direttivo, ma come una concretizzazione del potere direttivo stesso⁽¹⁹⁾. È persuasiva la tesi di chi sostiene che gli indici sussidiari della subordinazione siano una manifestazione dell'esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro⁽²⁰⁾.

Se così è, l'uso degli indici, allora, non può farsi derivare dalla incapacità degli elementi indicati nell'art. 2094 c.c., e in particolare dell'eterodirezione, di catturare i rapporti di lavoro bisognosi di tutela in seguito ai mutamenti dell'organizzazione delle attività produttive. Gli indici, invece, rappresentano un modo, semplicemente diverso, di manifestarsi del potere direttivo. In altri termini, l'elaborazione degli indici non rispecchia un'inadeguatezza definitoria dell'elemento della eterodirezione, come sostenuto già negli anni '60 da

qualificatori. Se la malleabilità dei confini del tipo rappresenta il punto di forza di quest'ultimo metodo, non si può sottacere che questo rappresenti allo stesso tempo il suo punto di debolezza. Infatti, il fatto che non vi sia una chiara specificazione dei criteri che presiedono al processo di qualificazione potrebbe lasciare margini troppo ampi alla discrezionalità del giudice, in particolare, all'aspetto psicologico che non risulta controllabile razionalmente. In altre parole, il metodo tipologico consentirebbe una maggiore elasticità nel processo di qualificazione, ma senza che sia data la possibilità di governare la variabilità degli elementi. Ricostruiscono il dibattito *ex multis*: L. Nogler, *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, *ADL*, 2002, 109 ss.; L. Menghini, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, *QDLRI*, 1998, 21, 182 ss.; L. Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinazione*, *RIDL*, 1990, I, 182 ss.; M.V. Ballestrero, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, *LD*, 1987, 41 ss. Vi è chi L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due recenti trattazioni*, *RIDL*, 1986, I, 5 e ss., ridimensiona la differenza tra metodo tipologico e metodo sussuntivo, sostenendo che il primo non è altro che una "variante" del secondo, poiché servirebbe per «individuare la sezione della realtà sociale determinata dalla norma come proprio ambito operativo» e una volta individuate le caratteristiche principali, anche se non appartenenti al dato normativo, si dovrebbe comunque procedere con un giudizio sussuntivo.

⁽¹⁷⁾ A. Zoppoli, *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, *DRI*, 2020, 3, 710, sostiene che la giurisprudenza non abbia mai trascurato la centralità del potere direttivo nella subordinazione.

⁽¹⁸⁾ *Ex multis*: Cass. 4 marzo 2015, n. 4346; Cass. 10 febbraio 2014, n. 2885; Cass. 31 ottobre 2013, n. 24561; Cass. 7 ottobre 2013, n. 22785.

⁽¹⁹⁾ A. Zoppoli, *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, *cit.*, 711.

⁽²⁰⁾ O. Mazzotta, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di cicofattorini e modelli contrattuali*, *cit.*, 24.

Spagnuolo Vigorita⁽²¹⁾, ma la presa d'atto, in particolare da parte dei giudici, che l'eterodirezione si può concretizzare in diverse forme. Non pare dunque l'eterodirezione presentare segni di crisi, ma al contrario pare manifestare una insospettabile duttilità nel momento in cui il giudice è chiamato a risolvere il problema della qualificazione del rapporto (ovvero della riconduzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta).

Una seconda crisi della eterodirezione è usualmente collocata nei primi anni 2000, ma è una crisi che pare rimanere confinata nel dibattito dottrinale di quegli anni, senza trovare riflessi sul piano normativo o sul piano giurisprudenziale. In quegli anni, uno dei fili conduttori del dibattito dottrinale in materia di subordinazione è rappresentato dalla tendenza a spostare il centro dell'attenzione dalla fattispecie alle tutele, secondo un approccio che superi il nesso vincolante tra fattispecie, da intendersi quella individuata dall'art. 2094 c.c. tramite la eterodirezione, e tutele. Ciò non significa che la fattispecie non abbia più importanza, ma significa ragionare a partire dai bisogni di tutela espressi, nella realtà, dai prestatori di lavoro, indipendentemente dalla natura dei loro rapporti, e determinare, sulla base di queste esigenze, le tutele necessarie in modo che tutti coloro che prestano lavoro (*ex art. 35 cost.*) siano destinatari di una forma di tutela commisurata alle loro specifiche esigenze.

In particolare, mettere al centro del dibattito il lavoro *sans phrase*⁽²²⁾ implica abbandonare la considerazione dell'eterodirezione quale porta di

⁽²¹⁾ L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, cit., 24 e 47 ss.

⁽²²⁾ M. Pedrazzoli, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, RIDL, 1998, I, 67-71 e 89-92, dopo aver vagliato diversi espedienti legislativi per “graduare” le tutele tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo, sostiene che solo le espressioni «lavoro *sans phrase*» o «senza aggettivi» trasmettono l'idea «che alla classe di rapporti individuata si applicano solo le tutele minime comuni». Tuttavia, tale Autore è consapevole che tali nozioni «costituiscono *definienda* dei quali deve essere dato il *definiens*: e il *definiens* non è propriamente rintracciabile nel diritto positivo, in quanto è elaborato e articolato, secondo le proprie argomentate preferenze, dagli stessi scrittori che presentano le proposte». Secondo Pedrazzoli il lavoro *sans phrase* può essere considerato in senso ampio o in senso stretto. In senso “ampio” il lavoro *sans phrase* può essere inteso come «una super-fattispecie comprensiva di tutte le classi dei rapporti di lavoro», compreso quello disciplinato dall'art. 2222 c.c. e dall'art. 409 c.p.c. In senso “stretto” il lavoro *sans phrase* includerebbe «quella classe di rapporti di lavoro a cui si applicano solo le discipline minime comuni» e si differenzerebbe «dalle altre classi in cui, oltre le discipline minime, si applicano ulteriori discipline». Questa lettura non è stata risparmiata da critiche. Vi è infatti chi (L. Mariucci, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, LD, 2016, 608-609) ha osservato che quando «si vuole espandere il campo di applicazione del diritto del lavoro alle forme deboli di lavoro autonomo, economicamente dipendente o parasubordinato, comunque si voglia chiamarlo, non si può evitare di ricorrere a indici meramente quantitativi, di per sé di dubbia efficacia e di improbabile accertamento». Mariucci ha inoltre sottolineato il fatto che ricondurre le tutele del lavoro subordinato al lavoro *sans phrase* sarebbe «inconsapevolmente»

accesso delle tutele, predicando una maggiore attenzione per le esigenze di tutela a prescindere dalla configurazione di un rapporto di lavoro subordinato.

L'analisi critica sviluppata in dottrina non ha tuttavia trovato riscontro né in giurisprudenza, né sul piano normativo⁽²³⁾. Fino ad ora, infatti, il legislatore non ha mai ritoccato direttamente l'art. 2094 c.c. (anche se negli ultimi anni ha introdotto diverse disposizioni in materia di subordinazione di cui si parlerà nei prossimi paragrafi) e ha lasciato che fossero dottrina e giurisprudenza a proporre soluzioni interpretative per risolvere la "questione", limitandosi esclusivamente ad arricchire il versante anti-elusivo⁽²⁴⁾. Anche questa asserita crisi non ha quindi messo in discussione la centralità della eterodirezione.

3. Subordinazione e dintorni oggi, l'attivismo del legislatore italiano: eterodirezione e lavoro agile

Come noto, anche se il legislatore non è mai intervenuto direttamente sulla disposizione contenuta nell'art. 2094 c.c., negli ultimi anni si è registrato un cambiamento di approccio rispetto al passato, essendo state introdotte alcune disposizioni in materia di subordinazione (e dintorni). Come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, con tali interventi il legislatore non ha messo in discussione la centralità dell'eterodirezione nella qualificazione del lavoro subordinato, bensì ne ha riconfermato il ruolo fondamentale.

regressivo, poiché si diluirebbe «la funzione specifica del diritto del lavoro nel magma indistinto del lavoro prestato "in qualunque forma"».

⁽²³⁾ In dottrina vi è stato chi (M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013, 87) ha sostenuto che il lavoro economicamente dipendente fosse stato elevato a tipo contrattuale dal legislatore tramite il lavoro a progetto. *Contra*: A. Perulli, *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti, LD*, 2012, 562; F. Bano, *Il popolo delle partite Iva all'ombra del lavoro a progetto, LD*, 2013, 199; A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro, cit.*, 114.

⁽²⁴⁾ Introducendo, ad esempio, in anni recenti, alcune presunzioni nella disciplina del lavoro a progetto e dell'associazione in partecipazione. Per quanto concerne il contratto di associazione in partecipazione, l'art. 1, co. 28, l. n. 92/2012 prevedeva una presunzione assoluta di subordinazione nel caso in cui venisse superato il numero massimo di tre associati e il co. 30, sempre del medesimo articolo, prevedeva delle presunzioni relative di subordinazione nei casi in cui non vi fosse un'effettiva partecipazione agli utili dell'impresa da parte dell'associato o nei casi non venisse consegnato a quest'ultimo il rendiconto e nel caso in cui l'apporto di lavoro non sia connotato da elevate competenze teoriche. Per quanto riguarda le collaborazioni a progetto, invece, l'art. 1, co. 24, l. n. 92/2012 prevedeva una presunzione assoluta di subordinazione in caso di mancanza di progetto. Mentre l'art. 69, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, prevedeva una presunzione relativa di subordinazione nel caso in cui l'attività del collaboratore fosse prestata con modalità analoghe a quelle svolte dai lavoratori dipendenti.

Uno degli interventi più significativi del legislatore è quello riguardante la disciplina del lavoro agile (l. n. 81/2017, art. 18, comma 1)⁽²⁵⁾. Con quest'ultima disposizione il legislatore dispone che le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa debbano essere definite tramite accordo delle parti (art. 19, comma 1)⁽²⁶⁾. Ciò potrebbe far sorgere il dubbio che il potere direttivo possa venire meno nel rapporto di lavoro subordinato esercitato in modalità agile. Dato che il lavoro agile è una modalità esecutiva di un rapporto di lavoro che rimane subordinato, come del resto stabilito *expressis verbis* dallo stesso legislatore (art. 18, comma 1), la previsione che contiene il rinvio all'accordo individuale potrebbe mettere in dubbio la perdurante necessità della sussistenza della eterodirezione ai fini della qualificazione del rapporto come subordinato. Parte della dottrina si è chiesta, infatti, se con la disciplina relativa al patto di lavoro agile il legislatore abbia finito per modificare la subordinazione nei suoi tratti essenziali⁽²⁷⁾. In effetti, la possibilità di disciplinare nell'accordo individuale

⁽²⁵⁾ Sulla questione v. *ex multis*: P. Tullini, *Lavoro agile*, in AA. VV. *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwers, 2020, 3233; P. Tullini, *Lavoro agile: le scelte del legislatore e il ruolo delle fonti*, in AA. VV., *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa. Liber Amicorum Carlo Cester*, Cacucci Editore, 2019, 841; AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in WP CSDLE, It. n. 6, 2017. Merita di essere segnalato che in dottrina vi è chi (A. Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, cit., 41; A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE, It. n. 341/2017, 15) sostiene che il legislatore con la disciplina del lavoro agile non ha modificato la nozione di subordinazione, ma ha realizzato «una fattispecie speciale di lavoro subordinato, che presenta una evidente deviazione causale dal tipo legale», in particolare riguardante la conciliazione dei tempi di vita e lavoro. Al contrario vi è chi (C. Timellini, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, LG, 2018, 239-240) sostiene che non si possa parlare di deviazione causale del lavoro agile rispetto al contratto di lavoro subordinato standard. L'obiettivo di creare una modalità di lavoro adeguata alle esigenze di conciliazione, infatti, non altera la causa (di scambio) del contratto di lavoro, la cui funzione rimane quella propria del contratto standard.

⁽²⁶⁾ Anche per quanto concerne le modalità di esercizio del potere di controllo (art. 21 della l. n. 81/2017) il legislatore dispone che debbano essere definite per accordo. Tuttavia anche questa affermazione non mette in dubbio il fatto che il datore di lavoro continui a essere titolare di un potere unilaterale di controllo. Come sottolinea A. Supiot, *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, A. Allamprese - L. D'Ambrosio (a cura di), Mimesis, 2020, 79, il potere di controllo in queste nuove forme di lavoro non viene meno, ma muta il suo oggetto, in particolare non è più incentrato sulle modalità di svolgimento della prestazione, ma sul risultato della stessa.

⁽²⁷⁾ A. Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, cit., 37-38, sottolinea il rischio che tali tratti non siano «agevolmente distinguibili dalla fattispecie delle collaborazioni coordinate e continuative ove, parimenti al lavoro agile, le modalità del coordinamento sono stabilite di comune accordo fra le parti»; G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE, It. n. 327/2017, 8. 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*, Giappichelli, 2017, 88.

di lavoro agile anche le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, potrebbe non presupporre più, nel lavoro agile, la sussistenza di un potere direttivo unilaterale⁽²⁸⁾. Ne conseguirebbe il venire meno dell'esistenza stessa del potere, che per definizione non può che essere unilaterale⁽²⁹⁾.

Il dubbio appena illustrato può essere tuttavia risolto e superato sulla base di una interpretazione letterale dell'art. 19 della l. n. 81 del 2017. Tale disposizione prevede che nell'accordo si debba disciplinare «l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore».

Dunque si può facilmente immaginare che il lavoratore e il datore di lavoro si accordino sulle modalità “agili” con cui dovrà essere resa la prestazione, disciplinando, non diversamente da quanto avviene nel “classico” lavoro subordinato⁽³⁰⁾, ad esempio i tempi di lavoro e il luogo in cui il prestatore potrà svolgere la sua attività lavorativa. L'accordo su tali aspetti non tocca tuttavia di per sé il potere direttivo. Quest'ultimo viene in rilievo nella seconda parte del summenzionato comma, laddove è indicato che l'accordo può riguardare anche le «forme di esercizio del potere direttivo». Non si può sostenere, però, che il legislatore indicando come possibile oggetto di accordo anche le forme di esercizio del potere direttivo renda consensuale l'esercizio di quel potere o lo limiti. Al contrario, attraverso tale previsione, viene riaffermata la centralità di quest'ultimo anche nel lavoro agile. Come sottolineato in dottrina, a cambiare non è infatti l'ampiezza o l'intensità del potere, ma la «funzionalità tipica del potere direttivo», che è rivolto tendenzialmente in maniera minore a

⁽²⁸⁾ A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 14; S. Cairoli, *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in WP CSDLE, It. n. 6/2017, 11; C. Timellini, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, cit., 237.

⁽²⁹⁾ G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. Fiorillo – A. Perulli (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, 192. G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit., 11, (e G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro - non entrepreneurial self-employed, smart working and the teleworking*, RIDL, 2017, I, 388) sostiene che se le parti potessero stabilire di comune accordo l'esercizio del potere direttivo (in particolare in relazione alle modalità di esecuzione della prestazione) sarebbe un «ossimoro» poiché non ci troveremmo più di fronte a un potere direttivo, che tutti intendiamo come *naturaliter* unilaterale.

⁽³⁰⁾ F. Ferraro, *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in WP CSDLE, It. n. 6/2017, 146.

definire le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa e più a individuare e definire obiettivi⁽³¹⁾. Senza contare che, secondo la lettera del citato art. 19, comma 1, ad essere limitato non è il potere, che rimane presupposto, ma le modalità del suo esercizio: e ciò può anche agevolmente interpretarsi, in senso restrittivo, come un riferimento alla facoltà delle parti di definire, in via consensuale, i mezzi di comunicazione delle direttive⁽³²⁾. Sarà facile immaginare che nel lavoro agile l'eterodirezione possa essere utilmente esercitata anche attraverso strumenti tecnologici che rendono più agevole l'esercizio da remoto del potere direttivo stesso⁽³³⁾. Quest'ultimo resta perciò elemento decisivo del lavoro subordinato, anche nella variante "agile"⁽³⁴⁾.

3.1. Eterodirezione vs eterorganizzazione

Un ulteriore intervento legislativo da considerare è l'art. 2 del d. lgs. n. 81 del 2015 (modificato poi dalla l. n. 128 del 2019), il quale contiene la nozione di collaborazione c.d. eterorganizzata⁽³⁵⁾.

⁽³¹⁾ F. Ferraro, *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, cit., 147. Nello stesso senso: A. Supiot, *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, cit., 75.

⁽³²⁾ D. Mezzacapo, *Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in WP CSDLE, It. n. 6/2017, 132; S. Mainardi, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2017, 214-215. Si è consapevoli che vi è chi (A. Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, cit., 39) sottolinea il fatto che quest'ultima lettura sterilizzerebbe l'intervento legislativo, ma essendo il lavoro agile qualificato dallo stesso legislatore come lavoro subordinato, questa sembrerebbe l'opzione preferibile per preservare la necessaria unilateralità del potere datoriale.

⁽³³⁾ Non in riferimento al lavoro agile, ma per quanto concerne l'utilizzo di tecnologie come mezzo attraverso il quale esercitare il potere direttivo v. Trib. Padova 16 luglio 2019, n. 550.

⁽³⁴⁾ A. Supiot, *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, cit., 74 e ss., sostiene che, anche se già dagli anni '60 le forme giuridiche di esercizio del potere direttivo hanno cominciato a subire una «metamorfosi», il potere direttivo mantiene una posizione centrale nei rapporti di lavoro subordinato. Merita di essere segnalato che a seguito di tali metamorfosi delle forme di esercizio del potere direttivo, sempre più di sovente, il tratto distintivo di queste nuove concezioni di potere, secondo Supiot (78), riguarda la scommessa sul fattore umano in quanto fattore generatore di un vantaggio competitivo per l'impresa, ciò si concretizza in una maggiore libertà per i lavoratori di esprimere le loro capacità.

⁽³⁵⁾ L'attuale versione dell'art. 2 dispone che «si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali». La versione originaria dell'articolo 2 prevedeva che dovesse essere applicata la

I contributi dottrinali sul tema sono ormai sterminati. Quel che più rileva dell'ampio dibattito, ai limitati fini della presente indagine, è la contrapposizione tra chi ritiene che nel definire le collaborazioni di cui all'art. 2 il legislatore abbia descritto una fattispecie rientrante nell'art. 2094 c.c. e chi invece sostiene che quella delle collaborazioni eterorganizzate sia una fattispecie diversa, da tenere quindi distinta, da quella dell'art. 2094 c.c.

A corollario di tale divaricazione ricostruttiva si collocano variegate soluzioni interpretative relative alla linea di confine tra eterodirezione e eterorganizzazione⁽³⁶⁾.

Fra coloro che sostengono che le due disposizioni delineino due fattispecie diverse, vi è chi afferma che tra eterorganizzazione ed eterodirezione vi è una differenza qualitativa⁽³⁷⁾. In particolare, questa dottrina ritiene che al ricorrere della eterorganizzazione il committente possa incidere sulle modalità estrinseche di lavoro (quindi sui tempi e sui luoghi in cui rendere la prestazione lavorativa e sulle modalità di inserimento nell'organizzazione del creditore)⁽³⁸⁾, mentre al ricorrere della eterodirezione il datore di lavoro possa incidere sulle modalità intrinseche della prestazione lavorativa, avendo la possibilità di specificare e/o modificare l'oggetto e il contenuto della prestazione⁽³⁹⁾. Del medesimo avviso sembra essere la Cassazione, la quale sottolinea che

disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni, esclusivamente personali, eterorganizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro. Per un commento della novella versione dell'art. 2 v. M. Magnani, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, DRI, 2020, 105.

⁽³⁶⁾ A. Perulli, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018, 127-128, sostiene che sarebbe meglio parlare di «soglie» invece che di confini, poiché mentre questi ultimi distinguerebbero le discipline in ragione della natura subordinata o autonoma, le soglie indicherebbero «uno spazio che supera la scansione *tipo-logica* dell'*aut-aut* e definisce un nuovo criterio regolativo *topo-logico*, dove la determinatezza del confine lascia il passo ad un spazio disciplinare che relativizza, senza eliminarle del tutto, le barriere tipologiche, prospettandosi quella situazione combinatoria tale per cui le tutele costituzionali del lavoro si declinano in ambiti non necessariamente coincidenti con quelli designati dal tipo standard di lavoro subordinato».

⁽³⁷⁾ A. Perulli, *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, 13-14; G. Proia, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, cit., 506; M.T. Carinci, *I contratti in cui è dedotta una attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, cit., 51-52; M. Marazza, *In difesa del lavoro autonomo (dopo la legge n. 128 del 2019)*, cit., 70; R. Romei, *I rider in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, RIDL, 2020, 1, 94.

⁽³⁸⁾ M. Marazza, *In difesa del lavoro autonomo (dopo la legge n. 128 del 2019)*, cit., 71.

⁽³⁹⁾ A. Perulli, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, cit., 13-14. Non è convinto da tale tesi A. Zoppoli, *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, cit., 731-732, secondo cui il potere organizzativo interverrebbe anche sulle modalità interne della prestazione.

l'eteroorganizzazione raffigurerebbe un elemento esterno, e non interno del contratto, che si sostanzierebbe nell'adeguamento nel tempo dell'attività del collaboratore alla mutevole organizzazione del committente. Inoltre, la Cassazione – pur utilizzando la distinzione tra norma di fattispecie e norma di disciplina, ed esclusa la sussistenza di un *tertium genus* – semplicemente dispone l'applicazione della disciplina tipica del lavoro subordinato a fattispecie, ex art. 2, rientranti nel lavoro autonomo. Fattispecie che, per peculiari caratteristiche della prestazione, sono ritenute meritevoli della tutela tipica del lavoro subordinato⁽⁴⁰⁾.

Altra dottrina, invece, ritiene che la linea di confine tra la fattispecie disciplinata dall'art. 2094 cc e quella individuata dall'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 non si debba ricercare nella contrapposizione tra eterodirezione e

⁽⁴⁰⁾ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663. Per un commento a tale sentenza v.: M. Persiani, *Ancora sul concetto di coordinamento*, RIDL, 2020, 3, 337; M. Magnani, *Al di là dei ciclofattorini*, LDE, 2020, 1; F. Martelloni, *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della Cassazione: un allargamento del raggio d'azione della tutela giuslavoristica*, LDE, 2020, 1; A. Perulli, *La prima pronuncia della Corte di Cassazione sull'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015: una sentenza interlocutoria*, LDE, 2020, 1; G. Santoro-Passarelli, *Un ragionevole equilibrio*, LDE, 2020, 1; M. Persiani, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, LDE, 2020, 1; V. Speciale, *Un primo commento "a caldo"*, LDE, 2020, 1; P. Tosi, *Spunti di lettura critica. Il mestiere del giurista*, LDE, 2020, 1; F. Carinci, *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, LDE, 2020, 1; O. Mazzotta, *L'inafferrabile eterodirezione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, cit., 3; A. Maresca, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, DRI, 2020, 1, 146; 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, 2, 488; G. Proia, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, cit.; 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, 2, 512; P. Ichino, *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, nt. a Cass. n. 1663/2010, RIDL, 2020, II, 90-91. Merita di essere segnalato anche che la Cassazione, a differenza dei giudici di secondo grado, si esprime nel senso di un'applicazione generalizzata della disciplina del lavoro subordinato ai collaboratori ex art. 2 poiché «la norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile» salvo che non vi siano «situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile» con le collaborazioni eteroorganizzate «che per definizione non sono comprese nell'ambito di applicazione dell'art. 2094 cod. civ.». Nello stesso senso (in particolare nel senso dell'applicabilità ai collaboratori eteroorganizzati della disciplina della discriminazione) Trib. Bologna 31 dicembre 2020. In dottrina vi è chi ha provato ad individuare le parti di disciplina della subordinazione ontologicamente incompatibili con la fattispecie disciplinata dall'art. 2. Secondo A. Maresca, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, cit., 150, sono incompatibili con quest'ultima fattispecie l'esercizio del potere direttivo, di mutamento delle mansioni, del luogo di lavoro, del potere di controllo e di quello disciplinare, poiché il loro esercizio determinerebbe la qualificazione del rapporto come subordinato; secondo P. Ichino, *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, cit., 91, l'art. 2104 c.c., nella parte in cui contempla l'assoggettamento del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, è incompatibile con l'art. 2 d.lgs. n. 81/2015, mentre ritiene compatibile, a differenza di Maresca, l'esercizio del potere disciplinare.

eteroorganizzazione, ma si debba individuare nella dipendenza, intesa come obbligo contrattuale di mettere a disposizione le proprie energie. Secondo tale tesi, quest'ultima caratterizzerebbe il lavoro subordinato, ma non le collaborazioni eteroorganizzate⁽⁴¹⁾. Nelle fattispecie concrete può risultare tuttavia difficile l'accertamento della sussistenza della libertà di decidere se mettersi a disposizione o meno, perché, ad esempio, nel caso particolare dei *riders*, sussistono talvolta meccanismi che incentivano o penalizzano i ciclofattorini a seconda della disponibilità data⁽⁴²⁾. Una volta accertata la sussistenza della dipendenza – e scontata questa difficoltà di identificare in quali casi si sostanzia un obbligo di mettere a disposizione le proprie energie lavorative – secondo la dottrina in esame, la fattispecie si deve sussumere nell'art 2094 c.c.⁽⁴³⁾. Resta tuttavia da spiegare perché, se la dipendenza (intesa come obbligo di mettersi a disposizione) costituisce l'elemento essenziale e qualificante della subordinazione, non ricorre invece in alcune fattispecie di lavoro pacificamente riconosciute come subordinate: è il caso del lavoro intermittente senza obbligo di risposta.

A parere di chi scrive, il legislatore nell'individuare le collaborazioni eteroorganizzate pare aver usato il termine organizzazione in modo non casuale, ma per segnare una differenza rispetto alla eterodirezione. Quest'ultima sembrerebbe in tal modo confermare il cuore pulsante della subordinazione. In particolare, la linea di confine tra le due fattispecie può essere costruita in termini di intensità di esercizio di un potere da parte, rispettivamente, del datore di lavoro e del committente⁽⁴⁴⁾. Il potere di organizzazione contemplato dall'art.

(41) O. Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, DRI, 2020, 2, 360-361 e sentenze in nota 51.

(42) O. Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, cit., 362; A. Donini, *Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro*, LLI, 1, 2020, 8; A. Donini, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, BUP, 2019, 125-131 (in particolare l'A. a p. 130 utilizza l'efficace espressione: «elementi di condizionamento» e a p. 131 sottolinea il fatto che «l'assenza di un esplicito obbligo di accettazione degli incarichi non testimonia pertanto una maggiore libertà di scelta delle condizioni di lavoro, bensì al contrario è indice della costrizione del prestatore all'interno di un sistema in cui l'elevata offerta di lavoro e l'annullamento dei costi di transazione comportano un pedissequo adeguamento alle richieste della committenza»); M. Novella, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, LLI, 2019, 89 ss; 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; E. Gramano, *Riflessioni sulla qualificazione del rapporto di lavoro nella gig-economy*, ADL, 2018, 730 ss.

(43) O. Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, cit., 363.

(44) A. Zoppoli, *Le collaborazioni eteroorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, cit., 732, sostiene che la differenza sarebbe espressa da un elemento quantitativo,

2 del d.lgs. n. 81/2015 rappresenta una sorta di versione attenuata, per quanto riguarda l'intensità, del potere direttivo. Il termine "attenuata" non è qui utilizzato nel senso comunemente usato dalla giurisprudenza per intendere la "subordinazione attenuata", cioè per individuare tutti quei casi in cui, per la peculiarità della mansione (relativa a professionalità molto elevata o estremamente elementare o ripetitiva) l'esercizio del potere direttivo non risulta facilmente apprezzabile, ma per indicare tutti quei rapporti in cui si configura l'esercizio di un potere organizzativo da parte del committente non intenso a tal punto da integrare un potere direttivo e quindi da qualificare quel rapporto come subordinato⁽⁴⁵⁾.

A sostegno di tale tesi può essere osservato che, a differenza dell'art. 409 c.p.c., n. 3, in cui si esclude, a seguito delle modifiche introdotte con la l. 81/2017, che il coordinamento consista nell'esercizio di un potere unilaterale da parte del committente, nell'art. 2 non si ritrova alcuna norma che deponga in tal senso. Se ne può dedurre che, sia l'art. 2094 c.c., sia l'art. 2 contemplano l'esercizio di un potere unilaterale da parte, nel primo caso, del datore di lavoro e, nel secondo, del committente. Sembra dunque che la differenza tra direzione e organizzazione dipenda dalla intensità del potere esercitabile. In altre parole, potere direttivo e potere organizzativo sarebbero entrambi espressione di un potere di ingerenza sulle modalità di esecuzione della prestazione, con la differenza che nel primo caso siamo di fronte ad un potere pervasivo e intenso, nel secondo caso il potere è connotato da minore intensità.

che assumerebbe «consistenza qualitativa in relazione alla complessiva struttura del rapporto», nel senso che (733) il potere direttivo trova applicazione nell'intero contenuto della prestazione lavorativa, il potere organizzativo solo ad una parte. In tal senso sembrerebbe esprimersi A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP CSDLE*, It. n. 272/2015, 28 quando si riferisce al potere organizzativo, e per differenziarlo dal potere direttivo, come a «una più generica e meno pervasiva facoltà del committente» (v. anche A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit., 139), anche se qualche riga dopo (29) distingue i due poteri sulla base della possibilità di incidere sulle modalità intrinseche ed estrinseche del rapporto. Da una prospettiva parzialmente diversa, ma sempre nel senso di distinguere i due poteri in ragione della intensità di potere esercitabile v. A. Maresca, *Brevi cenni sulle collaborazioni eterorganizzate*, *RIDL*, 2020, 1, 77. Secondo quest'ultimo Autore troverebbe applicazione l'art. 2 solo quando si riscontri l'esercizio del potere organizzativo; mentre si ricadrebbe nel campo di applicazione dell'art. 2094 c.c. quando il datore di lavoro eserciti il potere direttivo comprensivo del potere organizzativo, di conformazione, di controllo, disciplinare.

⁽⁴⁵⁾ L'art. 2094 c.c. comprenderebbe al suo interno anche tutti quei casi in cui l'eterodirezione si presenti in modo attenuato e sia ravvisabile perciò tramite la sua manifestazione attraverso gli indici di subordinazione. Oltre un certo grado di attenuazione il potere direttivo scollina però nell'eteroorganizzazione. Sarà compito del giudice definire, caso per caso, su quale argine del fiume ci si trovi.

D'altronde una tesi simile, che riconosce al committente poteri esercitabili nei confronti di un collaboratore (che rimane comunque autonomo per assenza di eterodirezione) era stata elaborata, prima della riscrittura del coordinamento come oggetto dell'accordo tra le parti fornita dalla l. n. 81/2017, per cercare di individuare la differenza tra il coordinamento *ex art.* 409 c.p.c. e la subordinazione⁽⁴⁶⁾: oggi pare potere essere adottata per cercare di individuare la linea di confine tra eterodirezione e eterorganizzazione⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Dato il recente intervento normativo ad opera della l. n. 81/2017, il confine tra subordinazione e coordinamento sembra chiaramente tracciato. Nel rapporto di lavoro subordinato, infatti, il datore di lavoro sarà titolare di un potere direttivo unilaterale nei confronti del lavoratore. A contrario in un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, il committente non sarà titolare di alcun potere unilaterale e le parti potranno definire solo di comune accordo le forme di coordinamento. *Contra*, secondo G. Ferraro, *Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche*, RIDL, 2020, 3, 363, «il valore assegnato da ultimo alla negoziabilità delle clausole di coordinamento è sopravvalutato nella sua potenzialità discreta, sia perché anche il classico potere direttivo trova fondamento e legittimazione nell'accordo contrattuale, sia perché la consensualità, che contraddistinguerebbe tale categoria, nulla dice in merito al tasso di condizionalità che ne può conseguire». Per tale Autore il discrimine tra collaborazioni coordinate e subordinazione si può individuare nella possibilità per i collaboratori *ex art.* 409 c.p.c. di poter organizzare autonomamente il proprio lavoro. Sulla distinzione tra la nozione di coordinamento e subordinazione v. M. Persiani, *Ancora sul concetto di coordinamento*, *cit.*, 337.

⁽⁴⁷⁾ A sostenere la tesi della differenza quantitativa tra il coordinamento e il potere direttivo vi era sia dottrina (G. Suppliey, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, in G. Mazzoni (diretto da), *Enciclopedia giuridica del lavoro*, vol. IV, Cedam, 1982, 49; M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, DL, 1998, 208; M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, *cit.*, 247 ss.; M. Magnani, *Contratti di lavoro e organizzazione*, ADL, 2005, 135; G. Proia, *Riflessioni sulla nozione di coordinazione e sul rapporto tra il progetto il programma e la fase*, in G. Santoro-Passarelli, G. Pellacani, *Subordinazione e lavoro a progetto*, 1967, UTET, 2009, 149 ss.), sia giurisprudenza (Cass. 19 aprile 2002; LG, 2002, 1164; Cass. 26 luglio 1996, n. 6752, DPL, 1997, 26; Cass. SU 5 giugno 1989, n. 2698, GC, 1989, 646 ss.; Cass. 5 dicembre 1987, n. 9092, RFI, 1987, 74; Cass. 5 novembre 1986, n. 6475; Cass. 2 ottobre 1985, n. 4766, GC, 1985, 1462; Cass. SU 17 febbraio 1983, n. 1209, GC, 1983, 413 ss.). Tuttavia, non si può ignorare l'obiezione fatta in dottrina (F. Martelloni, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, BUP, 2012, 163) circa la non compatibilità della tesi della differenza quantitativa tra il potere di coordinamento e il potere di direzione all'indomani della introduzione della disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative a progetto perché contraria al dettato normativo della stessa disciplina delle collaborazioni a progetto. Infatti, secondo Martelloni (164-168), il legislatore con l'introduzione della disciplina del progetto spingerebbe gli interpreti a leggere il coordinamento come un dovere del collaboratore nei confronti del committente, infatti il legislatore affida la gestione autonoma del progetto al collaboratore. Questa obiezione alla tesi secondo cui sussisterebbe una differenza quantitativa tra il potere di organizzazione e il potere di direzione non si può riproporre per quanto concerne la disciplina delle collaborazioni eterorganizzate perché il legislatore fa riferimento esplicitamente al fatto che sia il committente ad organizzare le modalità e non alla gestione autonoma del collaboratore come nella disciplina delle collaborazioni a progetto. Più in generale ricostruisce la differenza tra subordinazione e

La tesi secondo cui il potere direttivo si configura come un potere stringente e intenso sembra peraltro sostenuta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 76 del 2015⁽⁴⁸⁾.

In tale sentenza il Giudice delle leggi si pronuncia sulla legittimità costituzionale dell'art. 53 della l. n. 740/1970 che qualifica come autonomi i rapporti di lavoro degli infermieri che svolgono la loro prestazione lavorativa all'interno delle carceri. Il giudice rimettente sospetta dell'illegittimità costituzionale di tale disposizione poiché, a suo avviso, sembrerebbe impedire la riqualificazione come subordinati di tali rapporti, che nei fatti parrebbero averne i tratti. Se così fosse il legislatore avrebbe violato il principio di indisponibilità del tipo contrattuale sancito dalla stessa Corte costituzionale (sentenze n. 121/1993 e n. 115/1994), secondo cui, né le parti né il legislatore, possono negare la qualificazione come subordinato ad un rapporto che nei fatti presenti tali caratteristiche. La Corte costituzionale però non ravvisa l'illegittimità costituzionale della disposizione in questione poiché ritiene che quest'ultima non impedirebbe la riqualificazione del rapporto se nei fatti si ravvisasse la subordinazione della prestazione. In realtà, nel caso di specie, secondo la Corte, l'organizzazione dei turni e la presenza di direttive adottate dal direttore del carcere non integrano indici inequivocabili di subordinazione, ma sono connaturati alle esigenze del luogo in cui si svolge la prestazione (il carcere). Con l'occasione, il Giudice delle leggi fornisce un'interpretazione dell'elemento centrale dell'art. 2094 c.c.⁽⁴⁹⁾. In particolare, l'eterodirezione viene definita come un potere che «si sostanzia nell'emanazione di ordini specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d'indole generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e in un controllo costanti, in un'ingerenza, idonea a svilire l'autonomia del lavoratore». Da questa massima consegue che la lettura costituzionalmente orientata del potere direttivo è quella

autonomia: S. Gregorio, *La nozione di coordinamento della prestazione d'opera continuativa*, *ADL*, 1995, 181 ss.

⁽⁴⁸⁾ Corte cost. n. 76/2015, in *LG* 2016, 3, con nota di G. Ferraro, 221. A. Perulli, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, *cit.*, 137-138 (in particolare giurisprudenza citata a nota 59) (ma anche v. A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, *cit.*, 133-134) sostiene che il potere direttivo debba concretizzarsi in ordini specifici e che le direttive generiche non siano sufficienti a qualificare un rapporto di lavoro come subordinato. *Contra*: M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclotattorini*, *LLI*, 2019, 2.

⁽⁴⁹⁾ Non è di certo la prima volta che la Corte costituzionale viene chiamata a esprimersi in materia di subordinazione. A differenza della sentenza n. 76 del 2015, nelle sentenze n. 121 del 1993 e n. 115 del 1994, la Corte non prendeva posizione sugli elementi della nozione contenuta nell'art. 2094 c.c., ma sanciva il principio di indisponibilità del tipo contrattuale.

di un potere ad “elevata intensità”, che si concretizza per l'appunto in ordini specifici e cogenti. Tale considerazione può essere portata a sostegno della tesi secondo cui, per differenza, il potere organizzativo del committente può essere utilmente individuato in un potere meno intenso. Pertanto il collaboratore eterorganizzato sarebbe soggetto a un potere unilaterale del committente, ma meno intenso del potere direttivo.

La differente intensità del potere (direttivo o organizzativo) esercitabile spiegherebbe tra l'altro il differente “tasso di inderogabilità” della disciplina applicabile nei due casi. Se il rapporto è subordinato, cioè eterodiretto, trova applicazione l'intera disciplina inderogabile; se la collaborazione è eterorganizzata, si applica di regola la disciplina tipica della subordinazione, ma potrebbe essere prevista anche una variante “attenuata”, in quanto privata, nelle eccezioni previste dal comma 2 dello stesso articolo, della tipica inderogabilità che caratterizza invece il lavoro subordinato⁽⁵⁰⁾. Per tale motivo la disciplina applicabile alle due fattispecie, art. 2094 c.c. e art. 2 d.lgs. n. 81/2015, solo di regola è la medesima, per l'appunto la disciplina tipica del lavoro subordinato, perché nei rapporti eterorganizzati tale disciplina non trova applicazione nei casi previsti dalla contrattazione collettiva e, in aggiunta, nei rapporti espressamente indicati al secondo comma dello stesso art. 2⁽⁵¹⁾. L'inderogabilità della disciplina rimane tratto distintivo solo dei rapporti di lavoro subordinato, proprio in

⁽⁵⁰⁾ A. Maresca, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni eterorganizzate*, cit., 147, sostiene che questa estensione, pur con una certa gradazione della disciplina della subordinazione, rappresenterebbe un «doveroso impegno» del legislatore di tutelare il «lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni» ex art. 35 Cost. L'estensione di parte della disciplina del lavoro subordinato anche al lavoro autonomo non è di certo una novità dei giorni d'oggi, già nel 1989 P. Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 239, sottolineava il fatto che questi «sconfinamenti» di tutela nell'area del lavoro autonomo non fanno venire meno la considerazione che qualificare un rapporto come subordinato implica l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo dell'imprenditore.

⁽⁵¹⁾ Le eccezioni previste al secondo comma dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 riguardano: a) le 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; b) le collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; c) le attività prestate nell'esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni; d) le collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal C.O.N.I.; d-bis) le collaborazioni prestate nell'ambito della produzione e della realizzazione di spettacoli da parte delle fondazioni; d-ter) le collaborazioni degli operatori che prestano attività nel Corpo nazionale soccorso alpino e speleologico.

ragione del vincolo di subordinazione (intesa come eterodirezione) che lega il datore di lavoro e il lavoratore⁽⁵²⁾. In dottrina del resto vi è chi ha sostenuto che per capire ciò che è essenziale di un certo tipo contrattuale bisogna anche confrontare le discipline: «solo questa comparazione reciproca consente, infatti, di chiarire quali siano i profili essenziali all'uno piuttosto che all'altro tipo contrattuale»⁽⁵³⁾.

Così interpretato, l'art. 2 non solo non toglie centralità al potere direttivo, ma al contrario delimita, restringendolo, il campo di applicazione dell'art. 2094 c.c. finendo per inibire le precedenti operazioni giurisprudenziali in cui venivano utilizzati in maniera più disinvolta, o elastica, gli indici di subordinazione⁽⁵⁴⁾.

Attualmente, nei casi dubbi di qualificazione del rapporto, i giudici dovranno fare i conti con la disciplina prevista per le collaborazioni eterorganizzate. E inevitabilmente alcuni casi controversi (ove non emerga eterodirezione), che fino a qualche anno fa i giudici sarebbero stati comprensibilmente più propensi a qualificare come subordinati, verranno facilmente fatti rientrare nel campo di applicazione dell'art. 2⁽⁵⁵⁾. Ovviamente il problema non si pone nei casi in cui sia riscontrata eterodirezione, poiché questi

⁽⁵²⁾ A. Maresca, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni eterorganizzate*, cit., 148.

⁽⁵³⁾ L. Nogler, *La subordinazione del d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, ADL, 2016, 62-63, sostiene che «rimuovere l'inderogabilità dalle tutele del lavoratore vuol dire cambiarne i connotati genetici».

⁽⁵⁴⁾ Cass. 27 luglio 2009, n. 17455, afferma che «in linea di principio qualsiasi attività lavorativa umana può essere svolta sia in forma subordinata che in forma autonoma, ma ciò non toglie che alcune attività comportino necessariamente vincoli che mal si conciliano con lo svolgimento in forma autonoma, ed altre si adattano maggiormente ad essa»; Cass. 6 settembre 2007, n. 18692, sostiene che per alcune tipologie di mansioni, nella specie commesso addetto alla vendita, sussisterebbe una sorta di presunzione di subordinazione che è onere della controparte vincere.

⁽⁵⁵⁾ Per il momento la scarsa giurisprudenza sull'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 riguarda il mondo dei *riders* (V. per una ricostruzione del variegato mondo dei *riders* la chiarissima ricostruzione di A. Donini, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, cit., 9 ss.). La Cassazione (Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, cit.), confermando la sentenza di Appello (App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26 (v. commento di P. Tullini, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, LDE, 2019, 3 e di M. Novella, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, cit., 84) che riforma Trib. Torino, 7 maggio 2018 (per un commento della sentenza v. 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*, cit.), che ha inquadrato i *riders* in questione come collaboratori eteroorganizzati. L'ultimo giudice che si è espresso in materia è il Tribunale di Palermo che ha qualificato invece il rapporto dei *riders* in questione come subordinato (pur non facendo riferimento alla sentenza del Tribunale di Palermo, G. De Simone, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, RGL, 2019, I, 11 ss.; M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, cit., 22, sostengono che nel rapporto di lavoro dei *riders* si possono individuare tutti gli elementi della subordinazione).

non potranno che essere qualificati come subordinati in accordo con il principio di indisponibilità del tipo contrattuale.

Per tale motivo si è detto che l'art. 2, comma 1, non allarga il campo di applicazione dell'art. 2094 c.c., ma al contrario finisce per ridefinirlo in modo più stringente, delimitandolo entro i confini dell'eterodirezione⁽⁵⁶⁾. Nello stesso senso sembra esprimersi recentemente il Tribunale di Palermo, secondo cui la subordinazione si concretizza in un potere che va oltre la mera eteroorganizzazione e che comporta la messa a disposizione da parte del lavoratore delle proprie energie lavorative per consistenti periodi temporali e, inoltre consiste nell'esercizio da parte del datore di lavoro del potere di direzione, di controllo e disciplinare⁽⁵⁷⁾. Merita di essere sottolineato che quest'ultima sentenza smentisce le preoccupazioni della dottrina circa il rischio che l'applicazione dell'art. 2 possa ostacolare la qualificazione di un rapporto

⁽⁵⁶⁾ Il dibattito in dottrina sull'art. 2 è stato, e continua ad essere, molto intenso. Vi sono alcuni Autori (T. Treu, *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, http://www.treccani.it/enciclopedia/tipologie-contrattuali-nell-area-del-lavoro-autonomo_%28Il-Libro-dell'anno-del-Diritto%29/, 2016; V. Nuzzo, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in *WP CSDLE*, It. n. 280/2015, 9; M. Pallini, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, *RGL*, 2016, I, 76) che ritengono che sia stato allargato l'ambito di applicazione dell'art. 2094 c.c. o, addirittura, che quest'ultimo articolo sia stato oggetto di una riscrittura indiretta. Altri (L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, *LD*, 2015, 28; A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, *cit.*, 10) ritengono che la disposizione sia qualificabile come norma di fattispecie riconoscendo in essa una ipotesi di conversione del contratto da autonomo a subordinato. Vi è poi chi (G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n.3, c.p.c.*, *RGL*, 2016, I, 95) sostiene che in buona sostanza l'art. 2 si limiti a positivizzare alcuni tra gli indici giurisprudenziali di qualificazione del rapporto o che incarni (L. Nogler, *La subordinazione del d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, *cit.*, 60 e 67) una presunzione assoluta di subordinazione. Vi è anche chi (P. Tosi, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, *ADL*, 2015, 1130) sostiene che l'art. 2 configurerebbe una "norma apparente" poiché sarebbe priva di contenuti innovativi. A contrario vi sono Autori che ritengono che i collaboratori eteroorganizzati rimangano formalmente lavoratori autonomi. Vi è chi (M. Marazza, *Jobs act e prestazioni d'opera organizzate*, *GC*, 2016, 220; A. Levi, *Il Jobs Act e il banco di prova dell'apprendistato*, in *Aa. Vv.*, *Flessibilità, sicurezza e occupazione alla prova del Jobs Act*, Giappichelli, 2016, 271) sostiene tale tesi sottolineando la scelta dei termini utilizzati dal legislatore o affermando (R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE*, It. n. 282/2015, 11; P. Ichino (2015a). 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*, *cit.*, 490) che sarebbe l'unica lettura che non violerebbe il principio di indisponibilità per via delle eccezioni presenti al secondo comma dello stesso art. 2.

⁽⁵⁷⁾ Trib. Palermo 24 novembre 2020, n. 3570, con nota di M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo su riders*, *LLI*, 2020, 2, 61.

come subordinato, *ex art.* 2094 c.c.⁽⁵⁸⁾. Il Tribunale di Palermo ha infatti, ravvisandone i presupposti, qualificato il rapporto dei *riders* oggetto di contenzioso come subordinato⁽⁵⁹⁾.

3.2. Quando è la piattaforma a determinare le modalità di esecuzione della prestazione

Un'ulteriore disposizione che impone di interrogarsi sul confine dell'eterodirezione è l'art. 47 *bis* della l. n. 128/2019, il quale, fatto salvo quanto disposto dall'art. 2 del d.lgs. 81/2015, stabilisce livelli minimi di tutela⁽⁶⁰⁾ «per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore (...) attraverso piattaforme anche digitali»⁽⁶¹⁾. Ai fini del presente saggio rileva che l'art. 47 definisca le piattaforme digitali come quegli strumenti che determinano le modalità di esecuzione della prestazione⁽⁶²⁾. Quest'ultimo aspetto fa sorgere un dubbio sul perimetro di applicazione di tale disposizione. Sicuramente si ritiene

⁽⁵⁸⁾ O. Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, *cit.*, 357; Tullini relazione a convegno online *Qualificazione del rapporto, riders e collaborazione*. F. Martelloni, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, *cit.*, 90 ricorda come già dopo l'introduzione della disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative la dottrina temeva che si sarebbe ridotto l'ambito di applicazione dell'art. 2094 c.c.

⁽⁵⁹⁾ Trib. Palermo 24 novembre 2020, n. 3570, *cit.*

⁽⁶⁰⁾ I livelli minimi di tutela disciplinati dalla legge n. 128 del 2019 riguardano: la retribuzione dei ciclofattorini (viene delegata la contrattazione collettiva a individuare un compenso minimo orario o in mancanza di apposito CCNL viene imposto comunque un compenso minimo orario parametrato ai minimi dei CCNL dei settori affini); la previsione di un'indennità integrativa per il lavoro notturno; l'estensione della disciplina discriminatoria; il divieto di esclusione dalla piattaforma o di riduzione di lavoro legate alla eventuale mancata accettazione della prestazione; la copertura assicurativa contro gli infortuni e le malattie professionali.

⁽⁶¹⁾ Secondo A. Perulli, *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. note al d.lgs. n. 81/2015*, *RIDL*, 2019, 163, l'art. 47 fungerebbe da argine alla possibilità della contrattazione collettiva di derogare oltre un certo livello. D'altro canto R. Romei, *I rider in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, *cit.*, 99 sottolinea il fatto che la lettura di Perulli non risulta del tutto coerente con l'art. 47 *quater* che abilita la contrattazione collettiva a definire criteri di compenso dei *riders*.

⁽⁶²⁾ In riferimento alla determinazione della prestazione lavorativa attraverso strumenti digitali, anche se non è un caso che ha riguardato il mondo dei *riders*, è interessante segnalare che la giurisprudenza (Trib. Padova 16 luglio 2019, n. 550) ha sostenuto che il potere direttivo si possa esercitare anche attraverso delle apparecchiature digitali. Nel caso di specie, il Tribunale dichiara illegittimo l'appalto poiché nonostante vi fossero dei responsabili dell'appaltatore a sorvegliare i lavoratori, il committente poteva dirigere l'attività lavorativa degli stessi lavoratori dell'appaltatore attraverso dei terminali mobili e un collegamento con cuffie.

di escludere che vi sia una sovrapposizione tra l'eterodirezione *ex art.* 2094 c.c. e la determinazione delle modalità *ex art.* 47 *bis* l. n. 128/2019, in quanto lo stesso legislatore qualifica questi ultimi rapporti come autonomi; ciò fa presumere che la determinazione delle modalità riguardi un coordinamento minimo della prestazione, che nulla ha a che spartire con il più pervasivo potere direttivo. Resta da interrogarsi su dove si collochi la linea di confine tra il campo di applicazione della disciplina dell'art. 2 e quella dell'art. 47 *bis*. Le conseguenze che ne derivano del resto non sono di poco conto. Ai rapporti di lavoro che rientrano nel campo di applicazione della prima disposizione si applica, pur con alcune possibili eccezioni di cui si è detto prima, la disciplina del lavoro subordinato; mentre ai rapporti che rientrano nel campo di applicazione della seconda disposizione si applica una (minima) disciplina di tutela. In dottrina vi è chi individua la linea di confine tra le due fattispecie nella continuità della prestazione⁽⁶³⁾. Questa tesi risulta condivisibile poiché nell'art. 2 si fa riferimento a prestazioni continuative, mentre nell'art. 47 *bis* il legislatore si riferisce genericamente a prestazioni autonome.

Osservazione a margine: l'intervento del legislatore in materia di *riders* richiama alla mente il meccanismo di individuazione del fabbisogno di tutela tramite la selezione di categorie di lavoratori bisognosi di tutele (donne e fanciulli) e del luogo di lavoro (la fabbrica) delle leggi sociali che hanno connotato gli albori del diritto del lavoro. Merita, infatti, di essere sottolineato che il legislatore contemporaneo ha deciso di attribuire tutele a questa categoria di lavoratori su piattaforma, prendendo in considerazione non tanto la qualificazione giuridica, ma anche le caratteristiche di coinvolgimento del *riders* nella piattaforma⁽⁶⁴⁾, dando rilievo quindi al luogo di "lavoro virtuale" in cui la prestazione di lavoro viene resa. Sembrerebbe esservi un ritorno alla tecnica di regolamentazione caratteristica della legislazione sociale tipica del '900 in cui il fabbisogno di tutela era individuato dal luogo di lavoro, con la differenza che nelle prime leggi sociali quest'ultimo era individuato nella fabbrica, nelle leggi di oggi il luogo viene individuato nella piattaforma, intesa come "luogo virtuale" a cui si associa un determinato bisogno di tutela.

⁽⁶³⁾ O. Mazzotta, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, cit., 41; 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*, cit., 518.

⁽⁶⁴⁾ A. Donini, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, cit., 165 sembrerebbe implicitamente essere favorevole all'idea di regolare e tutelare il lavoro tramite piattaforma in quanto fattispecie bisognosa di tutela. Nello stesso senso (di tutelare il lavoratore tramite piattaforma in quanto tale al di là della dicotomia subordinazione/autonomia) A. Perulli, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, cit., 141.

4. Conferme dalla disciplina europea

Che l'eterodirezione continui a giocare un ruolo qualificatorio centrale è confermato anche nel diritto dell'Unione europea. Come è noto, in tale ambito non è presente una nozione unitaria di lavoro subordinato⁽⁶⁵⁾. Inoltre, occorre considerare che la nozione di subordinazione nella giurisprudenza della CGUE è necessariamente più ampia di quella prevista nelle normative nazionali poiché nata con uno scopo diverso rispetto alle singole legislazioni nazionali sul lavoro subordinato, e segnatamente con l'obiettivo di consentire la libera circolazione dei lavoratori⁽⁶⁶⁾.

È pur vero che parte della dottrina sostiene che il criterio della sottoposizione al potere direttivo, presente tra quelli proposti dalla CGUE, spesso sia sottoposto ad una interpretazione ampia, sino ad attribuirgli un significato molto simile a quello assunto dalla nozione di eterorganizzazione⁽⁶⁷⁾, perché, come ricordato, la disciplina europea in materia di subordinazione non ha l'obiettivo di individuare una nozione utile ai fini dell'applicazione di norme di tutela, ma ai fini dell'individuazione dei lavoratori titolari del diritto alla libera circolazione. Tale lettura, tuttavia, a ben vedere non smentisce la tesi secondo cui il fulcro della nozione di subordinazione nell'ordinamento UE è

⁽⁶⁵⁾ Infatti, in dottrina è stato sottolineato come la nozione di lavoratore subordinato e le relative tutele varino a seconda del settore di applicazione considerato. Ciò ha portato la stessa dottrina a individuare alcune nozioni principali. Secondo parte della dottrina potrebbero essere individuate due nozioni di lavoratore subordinato. La prima sarebbe utile ai fini della creazione di un livello minimo di regole uniformi negli Stati membri per garantire la libera circolazione dei lavoratori. La seconda sarebbe lasciata ai legislatori nazionali poiché sarebbe funzionale all'applicazione di alcune tutele del diritto comunitario del lavoro. Sulla questione v. S. Giubboni, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, RDSS, 2018, 210; C. Santoro, *L'estensione della nozione di "subordinazione" europea e comparata*, bollettino ADAPT, 18 febbraio 2014; P. Tosi - F. Lunardon, *Introduzione al diritto del lavoro. 2. L'ordinamento europeo*, Laterza, 2005, 93-94; S. Borelli, *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, Digesto disc. Priv. Sez. comm., 2003, vol. aggiornamento n. 2, 634 ss.

⁽⁶⁶⁾ P. Ichino, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, RIDL, 2015, II, 574 e 576; M. Vincieri, *Libera circolazione dei lavoratori e nozione eurounitaria di subordinazione*, MGL, 2020, 1, 207-208; G. Pacella, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea*, LJI, 2020, 1, 26-27.

⁽⁶⁷⁾ P. Ichino, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, cit., 575; S. Giubboni, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, cit., 213-214; O. Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, cit., 359.

l'eterodirezione. In effetti, la stessa Corte di giustizia⁽⁶⁸⁾ per l'identificazione della nozione di subordinazione *ex art. 45 TFUE*, utilizza tre parametri oggettivi: la sussistenza della prestazione personale, la soggezione al potere direttivo e l'onerosità della prestazione⁽⁶⁹⁾. Quindi anche per la CGUE il potere direttivo rappresenta un punto di riferimento per l'individuazione del lavoro subordinato. Fatte queste premesse, la Corte di giustizia talvolta, dopo aver enunciato i tre requisiti necessari per la qualificazione di un rapporto di lavoro come subordinato, ha sostenuto che sia necessario far riferimento ad alcuni “indici di subordinazione” – diremmo noi – quali il vincolo di orario, il luogo di lavoro, l'assenza di rischio in capo al lavoratore, l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa⁽⁷⁰⁾. Ne consegue che anche la CGUE, al pari della nostra giurisprudenza nazionale, ha ritenuto di dover cercare la presenza della eterodirezione nelle sue concrete manifestazioni rappresentate dagli indici sussidiari⁽⁷¹⁾. La nozione di lavoro subordinato non è dunque costruita a prescindere dallo scrutinio della condizione di sottoposizione a direttive altrui.

Per concludere merita di essere segnalato il fatto che, se anche il legislatore italiano non sembra aver voluto allargare la nozione della subordinazione oltre l'eterodirezione, appare innegabile la sua volontà di redistribuire almeno parte delle tutele fuori dal tradizionale “campo di azione” del lavoro subordinato, in particolare utilizzando l'eteroorganizzazione come elemento (diverso rispetto alla eterodirezione) di selezione delle tutele del lavoro subordinato per i collaboratori eteroorganizzati⁽⁷²⁾ oppure individuando (come esposto nel precedente paragrafo per quanto concerne il caso dei *riders*) alcune categorie di lavoratori bisognosi di una peculiare tutela. I campi di applicazione delle tutele potrebbero perciò efficacemente essere rappresentati come cerchi concentrici: il più esterno rappresentato dal coordinamento, quello intermedio dalla eteroorganizzazione e il nucleo rappresentato dalla eterodirezione⁽⁷³⁾. Ma resta fermo che il processo di espansione della tutela tipica del diritto del lavoro

⁽⁶⁸⁾ Sulla casistica relativa alla qualificazione di lavoratore subordinato della CGUE v. S. Borelli, *Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?*, LD, 2001, 636 ss.

⁽⁶⁹⁾ *Ex multis* v.: Corte giust., 19 marzo 1964, causa C-75/63, *Unger in Hoekstra c. Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten. V.*, anche per i riferimenti alla giurisprudenza della CGUE, S. Borelli, *Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?*, *cit.*, 636.

⁽⁷⁰⁾ Corte giust. sez. I, 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media c. Regno di Olanda*.

⁽⁷¹⁾ Vedi in merito la tesi esposta nel §2.

⁽⁷²⁾ A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, *cit.*, 13.

⁽⁷³⁾ O. Mazzotta, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di cicofattorini e modelli contrattuali*, *cit.*, 17.

oltre i suoi tradizionali confini, non fa venire meno la centralità della eterodirezione come tratto distintivo della subordinazione.

Bibliografia

- Ballestrero M.V., *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *LD*, 1987, 41 ss.
- Bano F., *Il popolo delle partite Iva all'ombra del lavoro a progetto*, in *LD*, 2013, 199 ss.
- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, 2019, 2, I. 1.
- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo su riders*, in *LLI*, 2020, 2, R. 61.
- Borelli S., *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, *Digesto disc. Priv. Sez. comm.*, 2003, vol. aggiornamento n. 2, 628 ss.
- Borelli S., *Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?*, in *LD*, 2001, 627 ss.
- Caioli S., *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in *WP CSDLE*, It. n. 6/2017, 5 ss.
- Carinci F., *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *LDE*, 2020, 1.
- Carinci M.T., *I contratti in cui è dedotta una attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, in *RIDL*, 2020, 1, 49 ss.
- 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, 2, 488 ss.
- Caruso B.-Del Punta R.-Treu T., *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *WP CSDLE*, 2020.
- Cassì V., *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, 2° ed., Giuffrè, 1961.
- Cazzetta G., *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *QF*, 1988, 155 ss.
- De Luca Tamajo R., *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *ADL*, 2005, 467 ss.
- De Simone G., *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in *RGL*, 2019, I, 3 ss.
- Del Punta R., *Un diritto per il lavoro 4.0*, in A. Cipriani - A. Gramolati - G. Mari (a cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, 2018, 225 ss.
- Donini A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, BUP, 2019.
- 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, 88 ss.
- Donini A., *Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro*, in *LLI*, 2020, 1, R.1.
- Ferraro F., *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in *WP CSDLE*, It. n. 6/2017, 137 ss.
- Ferraro G., *Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche*, in *RIDL*, 2020, 3, 349 ss.
- Giubboni S., *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2018, 207 ss.
- Gramano E., *Riflessioni sulla qualificazione del rapporto di lavoro nella gig-economy*, in *ADL*, 2018, 730 ss.
- Gregorio S., *La nozione di coordinamento della prestazione d'opera continuativa*, in *ADL*, 1995, 181 ss.
- Grossi P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Giuffrè, 2000.
- Ichino P., *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, nt. a Cass. n. 1663/2010, in *RIDL*, 2020, II, 90 ss.
- Ichino P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1989.

- Ichino P., *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, in RIDL, 2015, II, 573 ss.
- Levi A., *Il Jobs Act e il banco di prova dell'apprendistato*, in Aa. Vv., *Flessibilità, sicurezza e occupazione alla prova del Jobs Act*, Giappichelli, 2016, 270 ss.
- Magnani M., *Al di là dei ciclofattorini*, in LDE, 2020, 1.
- Magnani M., *Contratti di lavoro e organizzazione*, in ADL, 2005, 135 ss.
- Magnani M., *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in DRI, 2020, 105 ss.
- Magrini S., *Lavoro (contratto individuale di)*, Enc. Dir., XXIII, 1973.
- Mainardi S., *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2017, 213 ss.
- Marazza M., *In difesa del lavoro autonomo (dopo la legge n. 128 del 2019)*, in RIDL, 2020, 1, 61 ss.
- Marazza M., *Jobs act e prestazioni d'opera organizzate*, in GC, 2016, 215 ss.
- Marazza M., *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002.
- Maresca A., *Brevi cenni sulle collaborazioni eterorganizzate*, in RIDL, 2020, 1, 73 ss.
- Maresca A., *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in DRI, 2020, 1, 146 ss.
- Mariucci L., *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in LD, 2016, 585 ss.
- Mariucci L., *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in LD, 2015, 13 ss.
- Martelloni F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, BUP, 2012.
- Martelloni F., *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della Cassazione: un allargamento del raggio d'azione della tutela giuslavoristica*, in LDE, 2020, 1.
- Mazzoni G., *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1988.
- Mazzotta O., *L'inafferrabile eterodirezione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in LB, 2020, 1, 5 ss.
- Menghini L., *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in QDLRI, 1998, 143 ss.
- Mengoni L., *Il contratto individuale di lavoro*, in DLRI, 2000, 181 ss.
- Mengoni L., *La questione della subordinazione in due recenti trattazioni*, in RIDL, 1986, I, 5 ss.
- Mengoni L., *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, 1971.
- Merli S., *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale. Il caso italiano: 1880-1900*, La Nuova Italia, 1972.
- Mezzacapo D., *Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in WP CSDLE, It. n. 6/2017, 126 ss.
- Nogler L., *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in ADL, 2002, 109 ss.
- Nogler L., *La subordinazione del d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, in ADL, 2016, 47 ss.
- Nogler L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinazione*, in RIDL, 1990, I, 182 ss.
- Novella M., *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in LLI, 2019, 1, 82 ss.
- Nuzzo V., *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in WP CSDLE, It. n. 280/2015.
- Pacella G., *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea*, in LLI, 2020, 1, R. 16.

- Pallini M., *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in RGL, 2016, I, 65 ss.
- Pallini M., *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013.
- Passaniti P., *Storia del diritto. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, 2006.
- Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in RIDL, 1998, I, 49 ss.
- Pedrazzoli M., *Prestazione d'opera e parasubordinazione (riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, c.p.c.)*, in RIDL, 1984, I, 506 ss.
- Persiani M., *Ancora sul concetto di coordinamento*, in RIDL, 2020, 3, 337 ss.
- Persiani M., *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in DL, 1998, 208 ss.
- Persiani M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966.
- Persiani M., *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in LDE, 2020, 1.
- Perulli A., *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018, 127 ss.
- 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., *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE, It. n. 341/2017.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in LD, 2012, 562 ss.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE, It. n. 272/2015.
- Perulli A., *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE, It. n. 365/2018.
- Perulli A., *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. note al d.lgs. n. 81/2015*, in RIDL, 2019, 163 ss.
- Perulli A., *La prima pronuncia della Corte di Cassazione sull'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015: una sentenza interlocutoria*, in LDE, 2020, 1.
- Perulli A., *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, in RGL, 2003, I, 221 ss.
- 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 WP CSDLE, It. n. 282/2015.
- Proia G., *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, 177 ss.
- Proia G., *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in DRI, 2020, 2, 499 ss.
- Proia G., *Riflessioni sulla nozione di coordinazione e sul rapporto tra il progetto il programma e la fase*, in G. Santoro-Passarelli, G. Pellacani, *Subordinazione e lavoro a progetto*, 1967, Giappichelli, 2009, 149 ss.
- Rabaglietti M.F., *La subordinazione nel rapporto di lavoro. I. Fondamento e principi*, Giuffrè, 1959.
- Razzolini O., *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in DRI, 2020, 2, 345 ss.
- Roccella M., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in WP CSDLE, It. n. 65/2008.
- Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, 1967.

- Romei R., *I rider in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, in RIDL, 2020, 1, 89 ss.
- Santoro C., *L'estensione della nozione di "subordinazione" europea e comparata*, bollettino ADAPT, 18 febbraio 2014.
- 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, 2, 512 ss.
- Santoro-Passarelli G., *Il lavoro «parasubordinato»*, Franco Angeli, 1979.
- Santoro-Passarelli G., *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro - non entrepreneurial self-employed, smart working and the teleworking*, in RIDL, 2017, I, 369 ss.
- Santoro-Passarelli G., *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n3, c.p.c.*, in RGL, 2016, I, 91 ss.
- Santoro-Passarelli G., *Lavoro eteroorganizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE, It. n. 327/2017.
- Santoro-Passarelli G., *Un ragionevole equilibrio*, in LDE, 2020, 1.
- Spagnuolo Vigorita L., *Le apparenti contraddizioni del nostro ordinamento in tema di subordinazione*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, 1989, 93 ss.
- Spagnuolo Vigorita L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano Ed., 1967.
- Speziale V., *Un primo commento "a caldo"*, in LDE, 2020, 1.
- Supiot A., *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, A. Allamprese - L. D'Ambrosio (a cura di), Mimesis, 2020.
- Suppliej G., *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, in G. Mazzoni (diretto da), *Enciclopedia giuridica del lavoro*, vol. IV, Cedam, 1982, 49 ss.
- Tartufari L., *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico (R. Univ. Di Macerata, 5 novembre 1893), Tip. Bianchini, 1893.
- Timellini C., *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in LG, 2018, 229 ss.
- Tosi P., *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in ADL, 2015, 1117 ss.
- Tosi P. - Lunardon F., *Introduzione al diritto del lavoro. 2. L'ordinamento europeo*, Laterza, 2005.
- Tosi P., *Spunti di lettura critica. Il mestiere del giurista*, in LDE, 2020, 1.
- Treu T., *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, http://www.treccani.it/enciclopedia/tipologie-contrattuali-nell-area-del-lavoro-autonomo_%28Il-Libro-dell'anno-del-Diritto%29/, 2016.
- Tullini P., *Lavoro agile*, in AA. VV. *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwers, 2020, 3233 ss.
- Tullini P., *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, in LDE, 2019, 3.
- 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, 1.
- Tullini P., *Lavoro agile: le scelte del legislatore e il ruolo delle fonti*, in AA. VV., *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa. Liber Amicorum Carlo Cester*, Cacucci Editore, 2019, 841 ss.
- Vincieri M., *Libera circolazione dei lavoratori e nozione eurounitaria di subordinazione*, MGL, 2020, 1, 195 ss.
- Vivante C., *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Bocca, 1893.
- Voza R., *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in WP CSDLE, It. n. 336/2020.
- Zoppoli A., *Le collaborazioni eteroorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in DRI, 2020, 3, 703 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**La regolarizzazione dei lavoratori migranti
come intervento straordinario per far fronte
all'emergenza sanitaria da Covid-19**

ELISA GONNELLI
Università di Firenze

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





La regolarizzazione dei lavoratori migranti come intervento straordinario per far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19

ELISA GONNELLI

Università di Firenze

Dottoranda di ricerca in Teorie dei diritti umani

elisa.gonnelli@unifi.it

ABSTRACT

This essay analyses the impact of Covid-19 pandemic on undocumented and irregular migrant workers, especially those employed in the agricultural, domestic and personal care sectors. Then, the article offers a summary of the arguments spent at the national and international level about the regularisation as an extraordinary measure to face health, economic and social crises suffered by migrant workforce because of Covid-19. In addition, the critical aspects of the regularisation promoted by the Italian government through the Decree Law No. 34/2020, are highlighted. In conclusion, criticism is raised about the use of the regularisation as a mean to solve structural problems faced by migrant workers in Italy among which exploitation and marginalisation.

Keywords: regularization; migrant workers; pandemic; vulnerability; irregular work; labour exploitation.

<https://doi.org/.10.6092/issn.2421-2695/13183>

La regolarizzazione dei lavoratori migranti come intervento straordinario per far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19

SOMMARIO: 1. L'impatto del Covid-19 sui lavoratori in condizioni di vulnerabilità. – 2. La manodopera migrante davanti alla crisi sanitaria, economica e sociale. – 3. La regolarizzazione della manodopera migrante per far fronte all'emergenza. – 4. La “doppia sanatoria” prevista all'interno del d.l. n. 34/2020. – 4.1 Le procedure di regolarizzazione ai sensi dei commi 1 e 2, art. 103 d.l. n. 34/2021. – 4.2. I dati e i risultati manca(n)ti della regolarizzazione: i limiti delle due procedure. – 4.3 Gli ulteriori limiti dell'art. 103 d.l. n. 34/2021. – 5. Riflessioni conclusive.

1. L'impatto del Covid-19 sui lavoratori in condizioni di vulnerabilità

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha richiamato l'attenzione sulle condizioni dei lavoratori, poiché lo svolgimento dell'attività lavorativa ha costituito di per sé un fattore di aumento del rischio di contagio da Covid-19⁽¹⁾. Ciò è vero soprattutto per i lavoratori impiegati nelle attività economiche classificate come “essenziali”, rimaste pertanto attive anche durante le fasi più critiche dell'emergenza sanitaria⁽²⁾.

La protezione della salute dei lavoratori, nonché della salute collettiva, ha reso necessario adottare alcune misure anti-contagio, integrative della disciplina in materia di sicurezza e igiene sui luoghi di lavoro. Il Governo italiano ha introdotto una serie di misure nel DPCM dell'11 Marzo 2020, successivamente confluite ed ampliate nel “Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro”⁽³⁾. Quest'ultimo contiene raccomandazioni da applicare per prevenire il contagio sul posto di lavoro, quali il rispetto della distanza interpersonale,

⁽¹⁾ P. Tullini, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico*, RDSS, 2020, 2, 336 ss.

⁽²⁾ Il DPCM del 22 marzo 2020 contiene la prima lista delle attività economiche essenziali, autorizzate a proseguire l'attività durante il primo *lockdown* di Marzo 2020; mentre i settori non indicati hanno dovuto fermarsi, salvo la prosecuzione dell'attività lavorativa in *smart working* oppure che siano state oggetto di deroghe dalle prefetture.

⁽³⁾ DPCM n. 64/2020, “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”. Il Protocollo è stato firmato il 14 Marzo 2020 da Governo, sindacati e imprese e successivamente integrato il 24 aprile 2020.

l'adozione di Dispositivi di Protezione Individuale (DPI), l'intensificazione della pulizia e la sanificazione dei luoghi di lavoro⁽⁴⁾. Oltre a queste misure generiche, è stata rimessa a ciascun datore di lavoro l'adozione di ulteriori misure utili a prevenire il contagio, a seconda delle modalità di organizzazione della propria attività produttiva⁽⁵⁾.

Peraltro, la correlazione tra lo svolgimento dell'attività lavorativa e l'aumento del rischio di contagio di Covid-19 è stata confermata da uno studio condotto dall'INPS, in cui è stato rilevato un aumento di circa il 25% dei contagi rispetto alla media nazionale nelle aree del Paese con una maggiore concentrazione di attività economiche essenziali⁽⁶⁾. Sulla base di questo dato⁽⁷⁾ è possibile ipotizzare che fra i lavoratori sprovvisti di contratto (c.d. lavoro nero) questa percentuale sia stata ancora più alta, il che si traduce in un rischio significativo non solo per la salute dei singoli lavoratori, ma anche per la salute pubblica, dal momento che essi possono diventare, a loro volta, veicolo di contagio all'esterno del luogo di lavoro. Tra questi è possibile identificare alcuni gruppi di lavoratori la cui condizione si connota per un livello di vulnerabilità molto elevato, ovvero i migranti in condizioni di irregolarità, richiedenti asilo e, più in generale, le vittime di sfruttamento e/o di tratta di persone. Come sostenuto dai Relatori speciali per i diritti dei migranti e per la tratta di persone presso le Nazioni Unite, infatti, questi gruppi sono ancora più esposti al rischio di contagio a causa della precarietà dei loro mezzi di sussistenza⁽⁸⁾.

Per quanto concerne la situazione italiana, va ricordato che fra i settori produttivi rimasti attivi durante le varie fasi della pandemia si riscontra un alto tasso di irregolarità dei rapporti di lavoro e una significativa presenza di manodopera straniera. Secondo il X Rapporto a cura della Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione, il settore agroalimentare, ad esempio, nel 2019 aveva la più alta incidenza di rapporti di lavoro con lavoratori

⁽⁴⁾ Art. 1, n. 7 DPCM n. 64/2020.

⁽⁵⁾ INAIL, *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, 2020. Database consultabile al sito: <https://www.inail.it/cs/internet/comunicazione/pubblicazioni/catalogo-generale/pubbl-rimodulazione-contenimento-covid19-sicurezza-lavoro.html>.

⁽⁶⁾ INPS, *Attività essenziali, lockdown e contenimento della pandemia da COVID-19*, 2020. Database consultabile al sito: <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=53803>.

⁽⁷⁾ Il dato è stato ricavato dal confronto tra i dati ufficiali dei contagi, forniti dalla Protezione Civile e le quote di rapporti di lavoro regolarmente denunciati all'INPS presenti nei settori essenziali.

⁽⁸⁾ OHCHR, *UN experts call on Governments to adopt urgent measures to protect migrants and trafficked persons in their response to COVID-19*, 2020 in www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25774&LangID=E.

stranieri (circa il 38%)⁽⁹⁾, con un tasso di irregolarità dei contratti stimato al 23,8%, che corrisponde a circa 220 mila rapporti irregolari⁽¹⁰⁾. Nel settore domestico e di cura della persona, le cifre salgono per entrambi gli indicatori, con il 48,3% della manodopera straniera (prevalentemente non europea) impiegata⁽¹¹⁾ e un tasso di irregolarità pari al 58,8%, il che corrisponde a circa 900 mila lavoratori senza contratto⁽¹²⁾.

In molti casi, la combinazione tra questi due fattori porta a condizioni di lavoro non dignitose⁽¹³⁾, alle quali si fa sovente riferimento come *indecent work*⁽¹⁴⁾. In altre parole, siamo qui in presenza di una notevole precarietà abitativa, economica e sociale della manodopera impiegata in questi settori. In particolare, nel comparto agroalimentare l'Osservatorio Placido Rizzotto della Flai-Cgil, nel suo ultimo rapporto rileva che nel biennio 2018-2020 sono stati circa 180 mila i lavoratori particolarmente vulnerabili e soggetti a fenomeni di sfruttamento e caporalato⁽¹⁵⁾. In questo contesto è evidente che coloro che già prima dell'avvento della pandemia si trovavano in condizioni di particolare vulnerabilità sono stati maggiormente esposti al rischio di contagio, nonché alle conseguenze economico-sociali provocate dalla prolungata emergenza sanitaria.

⁽⁹⁾ DIG Immigrazione, *X Rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, 2020, 35 in www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Pubblicato-il-X-Rapporto-annuale-Gli-stranieri-nel-mercato-del-lavoroinitalia.aspx#:~:text=Nel%202019%2C%20sono%20stranieri%20%2C505,10%2C7%25%20del%20totale.&text=Il%20tasso%20di%20occupazione%20tra,%25%20registrato%20tra%20gli%20italiani.

⁽¹⁰⁾ Scheda dati Il Sole 24 Ore, *Il lavoro irregolare in agricoltura e domestico*, elaborata sulla base dei dati Istat e Idos relativi al lavoro irregolare per Regione. Il grafico è reperibile al sito: https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2020/05/25/GRAFICO_PAG2.pdf.

⁽¹¹⁾ DIG Immigrazione, *op. cit.*, 96

⁽¹²⁾ Cfr. Scheda dati Il Sole 24 Ore, *cit.*

⁽¹³⁾ L. Palumbo, *Grave sfruttamento e tratta nel lavoro domestico e in agricoltura in Italia*, *European University Institute* in https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/42405/GGP_TRAFFICKO_2016_IT.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

⁽¹⁴⁾ ILO, *Decent Work. International labour conference*, 1999, Svizzera, Geneva. Il concetto di *decent work* è definito in quattro componenti: dignità, uguaglianza, equa retribuzione e sicurezza sul lavoro.

⁽¹⁵⁾ F. Carchedi, *La componente di lavoro indecente nel settore agricolo. Casi di studio territoriali*, in *V Rapporto Agromafie e Caporalato*, a cura di Osservatorio Placido Rizzotto, Flai-Cgil, Ediesse-Futura, 2020, 188.

2. La manodopera migrante davanti alla crisi sanitaria, economica e sociale

La pandemia di Covid-19 ha colpito tutti, ma non tutti allo stesso modo. Il *Policy Brief* pubblicato dalle Nazioni Unite “COVID-19 and People on the move”⁽¹⁶⁾ mette in rilievo gli effetti della pandemia sulla popolazione migrante in tutto il mondo, riassumibili in una crisi che è al contempo di natura sanitaria, socioeconomica e umanitaria. Per ognuna di queste dimensioni, il *Policy Brief* evidenzia i fattori che hanno contribuito a generare o ad aggravare tale crisi, fra cui, sul piano sanitario, il sovraffollamento e le malsane condizioni abitative, il mancato accesso ai sistemi sanitari pubblici e la carenza di alimentazione adeguata. Per quanto riguarda la dimensione socioeconomica, i fattori scatenanti sono da individuare nell’aumento della disoccupazione e nella conseguente perdita dei mezzi di sussistenza. Infine, sul piano umanitario si annoverano la chiusura delle frontiere, i respingimenti e le separazioni familiari forzate.

Nel nostro paese molte associazioni sindacali e civili⁽¹⁷⁾ hanno denunciato l’aggravamento della situazione igienico-sanitaria vissuta da migliaia di braccianti agricoli insediati all’interno degli insediamenti informali che sorgono nei pressi dei campi di lavoro sparsi su tutto il territorio italiano⁽¹⁸⁾. Inoltre, dopo la chiusura dei Centri di Accoglienza per Richiedenti Asilo (CARA) per effetto del d.m. del 20 novembre 2018 e del d.l. n. 113/2018 (cc.dd. Decreti Sicurezza), una parte consistente degli ex richiedenti protezione umanitaria si è riversata all’interno di questi insediamenti, essendo divenuta “irregolare” da un momento all’altro. Secondo i dati dell’Istituto per gli Studi di Politica Internazionale (ISPI) da giugno 2018 a febbraio 2019, per effetto dei Decreti Sicurezza, il numero degli stranieri irregolari è arrivato a 40.000 unità⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ ONU, *Policy Brief: COVID-19 and People on the move*, 2020, 4 in https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/sg_policy_brief_on_people_on_the_move.pdf.

⁽¹⁷⁾ Tra cui Flai-Cgil, Terra!, Medici per i Diritti Umani hanno presentato una lettera-appello alle istituzioni in www.flai.it/campagne/emergenza-coronavirus-lettera-appello-della-societa-civile-alle-istituzioni/. Anche Oxfam e ASGI hanno denunciato le condizioni dei braccianti nella baraccopoli, come riportato da A. Gagliardi, *Regolarizzazione braccianti e colf, governo al lavoro. Dai sindacati alle associazioni le proposte in campo*, *Il Sole24Ore*, 5.04.2020 in www.ilssole24ore.com/art/regolarizzazione-braccianti-e-colf-governo-lavoro-sindacati-associazioni-proposte-campo-ADRD0NO.

⁽¹⁸⁾ Per una mappatura completa delle ‘baraccopoli’ sul territorio italiano, si veda: AGI, *Le baraccopoli di migranti in Italia. Una mappa*, 16.02.2019 in www.agi.it/cronaca/migranti_baraccopoli_mappa-5009442/news/2019-02-16/.

⁽¹⁹⁾ M. Villa, *Migrazioni in Italia: tutti i numeri*, 2020 in www.ispionline.it/it/pubblicazione/migrazioni-italia-tutti-i-numeri-24893.

A riguardo Amnesty International Italia ha rilevato che il d. l. n. 113/2018 ha prodotto «emarginazione sociale e ghettizzazione, insieme alla possibilità per il richiedente asilo di precipitare in un esercito di invisibili di riserva facile preda di interessi criminali e organizzazioni mafiose (sfruttatori, trafficanti, caporali e mafiosi)»⁽²⁰⁾.

La mancanza di servizi minimi essenziali – tra cui l’acqua corrente e l’energia elettrica – e il sovraffollamento di questi luoghi hanno reso impossibile osservare le più basilari prescrizioni per la prevenzione del contagio, quali l’igiene frequente delle mani e la distanza interpersonale⁽²¹⁾. Nonostante tali condizioni abbiano favorito il verificarsi di numerosi focolai⁽²²⁾, le istituzioni nazionali e locali non hanno predisposto alcun piano sanitario specifico volto a prevenire la diffusione del virus Covid-19 al loro interno e, in alcuni casi, alcune amministrazioni comunali hanno perfino escluso la popolazione insediata nelle baraccopoli dalla distribuzione di dispositivi di protezione individuale, in quanto formalmente non residente nella zona⁽²³⁾. Invero, non sono stati distribuiti i dispositivi di protezione individuale, il numero di tamponi effettuati non è stato sufficiente ad individuare i contagiati e, in caso di positività al tampone, non è stato possibile isolare i malati dal resto della popolazione⁽²⁴⁾.

Per quanto riguarda la sfera socioeconomica, l'emergenza sanitaria ha causato un significativo *disempowerment*⁽²⁵⁾ di questa forza-lavoro, esponendola maggiormente allo sfruttamento e al lavoro irregolare. Da un lato, le restrizioni vigenti sul territorio nazionale e la paura di subire sanzioni hanno reso particolarmente difficoltoso lo spostamento dei lavoratori in condizioni irregolare verso il luogo di lavoro, costringendo molto di loro a sospendere la

⁽²⁰⁾ Amnesty International Italia, *I sommersi dell'accoglienza. Le conseguenze del Decreto legge 113/2018 sul sistema di accoglienza italiano*, 2020, 3 in <https://immigrazione.it/docs/2020/amnesty-i-sommersi-dellaccoglienza.pdf>.

⁽²¹⁾ Cfr. S. Renna, *Castel Volturno, gli "invisibili" al tempo del virus*, *La Repubblica*, 15.05.2020; C. Maccani -A. Ruggero, *I costi del contenimento, dai campi agli scaffali*, 14.04.2020 in www.cronachediordinariorazzismo.org/i-costi-del-contenimento-dai-campi-agli-scaffali/.

⁽²²⁾ C. Ruggero, *Focolai dimenticati*, 31.10.2020 in www.collettiva.it/copertine/diritti/2020/10/31/news/focolai_di_indifferenza-511693/.

⁽²³⁾ MEDU, *VII Rapporto. La Pandemia a Rosarno*, 2020 in <https://mediciperidirittiumani.org/la-pandemia-di-rosarno-vii-rapporto/>.

⁽²⁴⁾ Cfr. A. Cammilli, *L'emergenza coronavirus tra i braccianti di Rosarno*, *Internazionale*, 23.10.2020 in www.internazionale.it/reportage/annalisa-camilli/2020/10/23/zona-rossa-tendopoli-rosarno.

⁽²⁵⁾ E. Barberis - S. Battistelli - P. Campanella - P. Polidori - E. Righini - D. Teobaldelli, E. Viganò, *Vulnerabilità e irregolarità dei lavoratori nel settore agricolo: percezione, determinanti, interventi*, *Agriregionieuropa*, 2018, 55 in <https://agrireregionieuropa.univpm.it/it/content/article/31/55/vulnerabilita-e-irregolarita-dei-lavoratori-nel-settore-agricolo-percezione>.

propria attività lavorativa. A riguardo, l'associazione Medici per i Diritti Umani⁽²⁶⁾ ha denunciato la prassi illegittima da parte delle forze dell'ordine di richiedere l'esibizione del contratto di lavoro, oltre all'autocertificazione, alle persone straniere fermate per strada durante il *lockdown*, che dichiaravano di andare a lavoro.

Dall'altro lato, è stato evidenziato come «la pandemia ha, di fatto, favorito una riarticolazione in senso peggiorativo dell'organizzazione dello sfruttamento lavorativo e del caporalato»⁽²⁷⁾ e abbia determinato un generale peggioramento delle condizioni di vita dei lavoratori stranieri. Invero, durante la prima fase dell'emergenza pandemica, nel settore agricolo è stato registrato un aumento del tasso di irregolarità dei lavoratori che è pari a circa il 20%, ossia tra i 40-45 mila lavoratori irregolari in più rispetto al biennio precedente⁽²⁸⁾, oltre ad un aumento esponenziale dell'orario lavorativo⁽²⁹⁾. A questo riguardo, è stato rilevato che la sospensione dei controlli nelle aziende agricole e l'aumento dell'emarginazione sociale dei braccianti, specie se irregolari sul territorio, causato dal *lockdown* e dalle altre note misure restrittive, abbiano contribuito ad una «crescita esponenziale del senso di impunità degli sfruttatori»⁽³⁰⁾ che ha portato ad una recrudescenza della violenza intraaziendale esercitata nei confronti della manodopera impiegata in modo irregolare⁽³¹⁾. Si ha notizia, ad esempio, dell'allestimento di dormitori in roulotte e baracche di fortuna all'interno delle stesse aziende agricole, in cui i braccianti sono stati costretti a vivere, in condizioni di estremo degrado, per periodi prolungati, per ovviare al problema del loro trasporto giornaliero verso i campi di lavoro – solitamente “stipati” nei furgoni – che avrebbe esposto i caporali al rischio di sanzione per violazione del divieto di assembramento⁽³²⁾.

Anche nel settore domestico e di cura si è registrata una perdita significativa di rapporti di lavoro regolari. In particolare, secondo quanto calcolato dall'Associazione Nazionale dei Datori di lavoro domestico

⁽²⁶⁾ MEDU, *op. cit.*, 14.

⁽²⁷⁾ Camera dei Deputati, *Documento approvato dalle Commissioni riunite XI (Lavoro pubblico e privato) e XIII (Agricoltura) a conclusione dell'indagine conoscitiva sul fenomeno del cosiddetto «caporalato» in agricoltura*, seduta del 12.05.2021, doc. XVII, n. 9, 25.

⁽²⁸⁾ M. Omizzolo, *Bracciantato e caporalato in Italia al tempo del Covid-19*, in MEDU, *VII Rapporto. La Pandemia a Rosarno*, 2020, 45.

⁽²⁹⁾ Camera dei Deputati, *op. cit.*, 25.

⁽³⁰⁾ M. Omizzolo, *op. cit.*, 45.

⁽³¹⁾ Camera dei Deputati, *op. cit.*, 25.

⁽³²⁾ Cfr. G. Foschini, *Tra i braccianti di Foggia sequestrati dai caporali*, *La Repubblica*, 26.04.2020 in https://rep.repubblica.it/pwa/generale/2020/04/26/news/tra_i_braccianti_di_foggia_sequestrati_dai_caporali-254976073/.

(Assindatcolf), nel periodo compreso tra marzo e giugno 2020 sono venuti meno circa 13 mila contratti di lavoro⁽³³⁾. Tale diminuzione può trovare spiegazione in una serie di fattori, tra cui l'aumento del tempo trascorso in casa delle persone e, con esso, quello dedicabile alla cura dei propri familiari e dell'ambiente domestico. A ciò si è aggiunto il timore di contrarre il virus attraverso il contatto con colf e badanti che frequentano più di un ambiente domestico, oltre al fatto che questa categoria di lavoratori è stata esclusa dal blocco dei licenziamenti⁽³⁴⁾.

Un ulteriore elemento da tenere in considerazione relativamente al peggioramento delle condizioni sociali, è costituito dal fatto che i lavoratori assunti 'a nero' o con contratti di lavoro irregolari non hanno potuto usufruire delle misure di sostegno predisposte dallo Stato, quali l'indennità Covid-19 o la cassa integrazione, a fronte della perdita del proprio impiego⁽³⁵⁾.

3. La regolarizzazione della manodopera migrante per far fronte all'emergenza

La regolarizzazione dei migranti è stata una delle soluzioni che ha iniziato a prospettarsi sin dall'inizio dell'emergenza sanitaria. In particolare, le Nazioni Unite hanno sottolineato l'utilità di questo strumento di legislazione straordinaria da un punto di vista sanitario, sottolineando che «No-one will be safe until everyone is safe»⁽³⁶⁾. Secondo le Nazioni Unite, infatti, per uscire dalla pandemia è fondamentale che sia garantito a tutti l'accesso alle cure, inclusa la vaccinazione, a prescindere dallo *status* giuridico della persona sul territorio⁽³⁷⁾. Anche i Relatori speciali sui diritti dei migranti e sulla tratta di persone hanno auspicato il ricorso alla regolarizzazione affinché sia assicurato l'accesso al servizio sanitario pubblico a tutte quelle persone che si sono trovate senza documenti o in condizioni di irregolarità sul territorio durante la pandemia⁽³⁸⁾. Inoltre, la Federazione europea dei sindacati alimentari, agricoli e turistici (EFFAT) ha posto l'attenzione sulle condizioni abitative vissute dai lavoratori

⁽³³⁾ IDOS, *Dossier Statistico Immigrazione 2020*, 2020, 9 in www.cestim.it/sezioni/dati_statistici/italia/Idos/2020-ITALIASCHEDA%20SINTESI.pdf.

⁽³⁴⁾ M. Miscione, *Il Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, *LG*, 2020, 4, 326.

⁽³⁵⁾ MEDU, *op. cit.*, 37.

⁽³⁶⁾ ONU, *op. cit.*, 24.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*

⁽³⁸⁾ OHCHR, *op. cit.*

agricoli in tutta Europa, individuando la regolarizzazione come intervento “cruciale” nella protezione di questa forza-lavoro dalla pandemia⁽³⁹⁾.

In Italia, l’iniziativa più importante in tal senso è stata la lettera-appello promossa dal sindacato Flai-Cgil e da altre associazioni impegnate nella lotta allo ruttamento lavorativo (§2). Tale iniziativa è stata rivolta al Governo affinché adottasse misure idonee a tutelare la salute dei braccianti nei ghetti, anche attraverso la regolarizzazione di quanti fossero irregolari sul territorio. Ciò in quanto l’ottenimento del permesso di soggiorno o la sua richiesta consentono l’iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale (SSN) e l’accesso a tutte le prestazioni da esso garantite. Tuttavia, come noto, nel nostro ordinamento l’accesso alle cure urgenti, essenziali e continuative è garantito a chiunque⁽⁴⁰⁾, ed è prevista la possibilità di richiedere, per chi non ha documenti, il tesserino per Stranieri Temporaneamente Presente (STP) o per Europeo Non Iscritto (ENI) che permette di ricevere la medesima assistenza sanitaria di un cittadino italiano⁽⁴¹⁾. Tuttavia, le numerose difficoltà burocratiche riscontrate dai potenziali utenti nella richiesta e nel rilascio del tesserino STP, hanno reso questo servizio pressoché inaccessibile⁽⁴²⁾, cui si aggiunge il fatto che la pandemia ha reso rischioso l’accesso ai punti di primo soccorso, a causa dell’elevato rischio di contagio di Covid-19⁽⁴³⁾. Ciò ha portato ad individuare nella regolarizzazione l’unico strumento idoneo a garantire una piena tutela della salute delle persone

⁽³⁹⁾ EFFAT, *COVID-19 Outbreak, workers in agriculture and food production deserve better protection*, 2020 in www.effat.org/wp-content/uploads/2020/03/COVID-19-Outbreak-Workers-in-agriculture-and-food-production-deserve-better-protection-final.pdf.

⁽⁴⁰⁾ Nella circolare n. 5 del 23 aprile 2000 del Ministero della Sanità si legge: «In ordine alla tipologia di prestazioni previste dal terzo comma dell'art. 35 del testo unico si chiarisce che: per cure urgenti si intendono le cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona; per cure essenziali si intendono le prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti). È stato, altresì, affermato dalla legge il principio della continuità delle cure urgenti ed essenziali, nel senso di assicurare all'infermo il ciclo terapeutico e riabilitativo completo riguardo alla possibile risoluzione dell'evento morboso». Disponibile al sito www.camera.it/temiap/2019/04/09/OCD177-3983.pdf.

⁽⁴¹⁾ NAGA-SIMM, *Attuale legislazione sanitaria italiana per gli immigrati irregolari e attuale fruibilità di tale legislazione a livello regionale*, 2019 in www.simmweb.it/attachments/article/973/Report_LEGIS_Naga_2019.pdf.

⁽⁴²⁾ HRW, *Italia: difetti delle procedure di regolarizzazione dei migranti*, 2020. Disponibile al sito: <https://www.hrw.org/it/news/2020/12/18/377388>.

⁽⁴³⁾ L. Garattini - M. Zanetti - N. Freemantle, *The Italian NHS: What Lessons to Draw from CoViD-19?*, *Appl. Health Econ. Health Policy*, 2020, 18, 4, 463-466.

non regolari sul territorio, incluso l'inserimento nel programma di vaccinazione⁽⁴⁴⁾.

Inoltre, la regolarizzazione della manodopera migrante è stata prospettata da alcune forze politiche⁽⁴⁵⁾ per fronteggiare la crisi produttiva che alcuni settori hanno attraversato con la chiusura delle frontiere e il conseguente blocco di lavoratori stranieri⁽⁴⁶⁾. In particolare, tale carenza di manodopera si è registrata soprattutto nel comparto agricolo e domestico, settori a bassa specializzazione che hanno subito, a partire dagli anni Settanta, una progressiva "etnicizzazione della manodopera"⁽⁴⁷⁾, di provenienza non europea e, con l'introduzione dei paesi cc.dd. PECO nell'Unione europea⁽⁴⁸⁾, di origine neocomunitaria⁽⁴⁹⁾. In questo caso, la *ratio* sottostante alla regolarizzazione sembra essere stata di stampo "funzionalista"⁽⁵⁰⁾, ossia finalizzata a reperire quanta più manodopera disponibile all'interno dei confini nazionali, offrendo rapporti di lavoro regolari e permessi di soggiorno.

Infine, la regolarizzazione è stata auspicata come forma di protezione sociale della manodopera migrante. L'Organizzazione Internazionale del Lavoro⁽⁵¹⁾ ha raccomandato alcune misure di legislazione speciale quali l'estensione dei visti, l'amnistia, il rinnovo di permessi di lavoro o di soggiorno, ritenendole utili a proteggere i lavoratori migranti, ritenuti i più vulnerabili nello scenario pandemico. Anche le Nazioni Unite hanno promosso

(44) W. Chiaromonte - M. D'Onghia, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, *Dir. Imm. Citt.*, 2020, 3, 17.

(45) Primo fra tutti il Partito Democratico, che ha presentato un documento firmato da un gruppo di parlamentari democratici guidati dal parlamentare Matteo Orfini. Cfr. M. Rubino, *Snuotare le baraccopoli e regolarizzare i braccianti*, *La Repubblica*, 10.04.2020 in www.repubblica.it/politica/2020/04/10/news/pd_lavoro_agricolo_documento-253649958/

(46) Le associazioni hanno denunciato una carenza di manodopera stagionale tra le 270 e le 350 mila unità. Il dato è stato pubblicato sul sito internet del Mipaaf, www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/15357.

(47) M. MC Britton, *Lavoro in agricoltura e immigrazione*, in E. Rigo (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pacini Giuridica, 2015, 109.

(48) C. Botrugno, *Immigrazione ed unione europea: un excursus storico ragionato*, *Soc. dir.*, 2014, 1, 132.

(49) Si veda la scheda dati elaborata da B. Righini, *Manodopera straniera, diamo i numeri*, *Agronotizie*, 14.04.2020, sulla base dei dati del CREA, in cui si elencano le varie nazionalità dei braccianti nell'agricoltura italiana in <https://agronotizie.imagelinenetwork.com/agricoltura-economia-politica/2020/04/14/manodopera-straniera-diamo-i-numeri/66515>.

(50) C. Caprioglio - E. Rigo, *Lavoro, politiche migratorie e sfruttamento: la condizione dei braccianti migranti in agricoltura*, *Dir. Imm. Citt.*, 2020, 3, 35.

(51) ILO, *Protecting migrant workers during the COVID-19 pandemic*, 2020, 4 in www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_743268.pdf.

l'elaborazione di «vari modelli di percorsi di regolarizzazione per i migranti in condizioni irregolari» al fine di garantire una «mobilità umana sicura, inclusiva e nel pieno rispetto dei diritti umani»⁽⁵²⁾. In sostanza, si muove dalla consapevolezza in base alla quale permettere alle persone irregolari di stabilizzare la propria presenza sul territorio consente loro di rafforzare la propria posizione giuridica e, di conseguenza, anche quella contrattuale (o lavorativa). A riguardo, l'EFFAT ha auspicato che la regolarizzazione non diventasse un mero strumento di reclutamento di manodopera a basso costo, ma che fosse un mezzo per garantire ai lavoratori migranti eque condizioni lavorative e di protezione dallo sfruttamento e dal caporalato⁽⁵³⁾.

Nel nostro ordinamento giuridico la regolarizzazione è stata promossa dal Governo come mezzo idoneo a risolvere la crisi sociale vissuta dai lavoratori stranieri irregolari sul territorio, evidenziandone l'importanza nel contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo. L'ex Ministra dell'Agricoltura e delle Politiche agricole, Teresa Bellanova, ha presentato tale misura straordinaria come uno strumento capace di restituire dignità ai lavoratori, dare visibilità agli «invisibili» e sottrarli dallo sfruttamento e dai caporali⁽⁵⁴⁾. Invero, sul sito internet del Mipaaf, sono riportati i tre obiettivi perseguiti dalla regolarizzazione, quali «favorire l'emersione dall'invisibilità di migliaia di persone che vivono e/o lavorano nel territorio italiano, fornire un'adeguata tutela della salute personale e collettiva; compiere un passo in avanti nel rafforzamento della lotta al caporalato ed allo sfruttamento della manodopera italiana e straniera»⁽⁵⁵⁾.

Con queste premesse (o promesse) il Governo italiano ha introdotto la misura della regolarizzazione dei lavoratori irregolari sul territorio all'interno di una 'doppia sanatoria', contenuta nel più ampio d. l. del 19 maggio 2020 (c.d. Decreto Rilancio), che dispone provvedimenti straordinari per fronteggiare l'emergenza epidemiologica di Covid-19⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵²⁾ *Ivi*, 25.

⁽⁵³⁾ EFFAT, *op. cit.*, 2.

⁽⁵⁴⁾ M. Borrillo, *Braccianti, tutti i numeri degli irregolari. Gli «invisibili» e i 240 mila italiani senza sussidio*, *Il Corriere della Sera*, 17.05.2020.

⁽⁵⁵⁾ Contenuti all'interno del sito del Mipaaf: www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/15518.

⁽⁵⁶⁾ D.l. n. 34/2020, «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020.

4. La “doppia sanatoria” prevista all’interno del d.l. n. 34/2020

L’art. 103, d. l. n. 34/2020 contiene una duplice procedura di regolarizzazione, che si prefigge l’emersione dei rapporti lavorativi irregolari e la sanatoria dei lavoratori irregolarmente presenti sul territorio nazionale. Appare opportuno premettere che l’esperibilità della procedura è stata delimitata in un arco temporale che va dal 1° giugno 2020 e il 15 luglio 2020, esteso fino al 15 agosto 2020⁽⁵⁷⁾.

Contrariamente alle numerose proposte avanzate sul tema⁽⁵⁸⁾, i settori economici coinvolti sono stati limitati a quello primario (agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura) e alle attività ad esso connesse, a quello di assistenza alla persona e al lavoro domestico (art. 103, co. 3). Attraverso i due meccanismi previsti dall’art. 103, d. l. n. 34/2020 era possibile accedere a tre fattispecie diverse di regolarizzazione: i) la conclusione di un nuovo contratto di lavoro subordinato con cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, indipendentemente dalla regolarità o irregolarità della presenza; ii) la regolarizzazione di rapporti di lavoro in svolgimento, a vantaggio tanto di cittadini stranieri quanto di quelli italiani; iii) l’ottenimento di un permesso di soggiorno semestrale per ricerca di lavoro nei settori individuati, convertibile in un permesso per motivi di lavoro in caso di assunzione.

4.1. Le procedure di regolarizzazione ai sensi dei commi 1 e 2, art. 103 d. l. n. 34/2021

La prima fattispecie di “sanatoria”, ai sensi del comma 1, art. 103 d. l. n. 34/2021, era finalizzata alla regolarizzazione dei rapporti di lavoro, ossia alla conclusione di un nuovo contratto di lavoro con un lavoratore straniero già presente sul territorio e all’emersione dei pregressi rapporti di lavoro “in nero”. La norma prevedeva la medesima procedura per entrambe, a carico del datore di lavoro (italiano, europeo o straniero in possesso di un permesso di soggiorno di lunga durata), che doveva presentare, entro i termini previsti (§4), la domanda a enti differenti a seconda della nazionalità del lavoratore. Invero, qualora la persona coinvolta nel rapporto lavorativo fosse stata di nazionalità italiana o

⁽⁵⁷⁾In seguito, il Ministero dell’Interno, nella Nota n. 4623 del 23 novembre 2020, ha riaperto il periodo di presentazione delle domande dal 25 novembre al 31 dicembre 2020, limitatamente ai datori di lavoro che risultavano aver già versato il contributo di 500 euro ma che non avevano ancora presentato l’istanza di regolarizzazione del lavoratore straniero oppure l’avevano presentata erroneamente all’INPS.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. A. Gagliardi, *op. cit.*

europea, la domanda doveva essere inoltrata all'INPS. Invece, qualora si fosse trattato di un cittadino proveniente da paesi extra-UE, l'istanza doveva essere diretta allo Sportello Unico per l'Immigrazione presso la Prefettura territorialmente competente (lett. b, co. 5, art. 103)⁽⁵⁹⁾. In quest'ultimo caso, ai sensi del comma 15, art. 103 d.l. n. 34/2021 e dell'art. 12 d. m. 25 maggio 2020, la successiva fase istruttoria era affidata allo Sportello Unico per l'Immigrazione, che doveva acquisire il parere della Questura circa l'insussistenza di motivi ostativi, e il parere dell'Ispettorato del lavoro sull'idoneità del datore all'assunzione nonché sulla congruità delle condizioni di lavoro applicate (durata del contratto e retribuzione convenuta). Inoltre, il datore di lavoro doveva fornire la prova della presenza del lavoratore straniero extra-Ue sul territorio italiano alla data dell'8 Marzo 2020, attraverso i mezzi di prova elencati dalla norma, quali i rilievi fotodattiloscopici, la dichiarazione di presenza resa ai sensi della l. n. 67/2007 e la «disponibilità di attestazioni costituite da documentazioni di data certa proveniente da organismi pubblici»⁽⁶⁰⁾.

Una volta conclusasi la fase istruttoria, in caso di esito positivo, le parti erano convocate in Prefettura per stipulare il contratto di soggiorno e per ottenere la documentazione necessaria – il c.d. kit postale da inviare da parte del datore all'Ufficio immigrazione presso la Questura competente – per il rilascio del permesso di soggiorno per lavoro. Inoltre, in caso di inoltro della domanda di emersione di lavoro nero, era richiesto il versamento di un contributo forfettario di 500 euro per ciascun lavoratore denunciato e assunto non regolarmente in precedenza (co. 7, art. 103), ma era prevista la sospensione dei procedimenti penali e amministrativi a carico del datore di lavoro relativamente ai rapporti lavorativi per cui si chiedeva la sanatoria (co. 11, art. 103)⁽⁶¹⁾.

La seconda “sanatoria”, contenuta al comma 2, art. 103 d. l. n. 34/2021, era invece relativa alla regolarizzazione della presenza del cittadino straniero sul

⁽⁵⁹⁾ Per le modalità di presentazione delle domande di emersione dei rapporti di lavoro è stato emanato un Decreto Ministeriale, del 25 maggio 2020, reperibile al sito: www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/05/29/20A03026/sg.

⁽⁶⁰⁾ Art. 103, co. 1, d.l. n. 34/2020: «A tal fine, i cittadini stranieri devono essere stati sottoposti a rilievi fotodattiloscopici prima dell'8 marzo 2020 ovvero devono aver soggiornato in Italia precedentemente alla suddetta data, in forza della dichiarazione di presenza, resa ai sensi della legge 28 maggio 2007, n. 68 o di attestazioni costituite da documentazioni di data certa proveniente da organismi pubblici; in entrambi i casi, i cittadini stranieri non devono aver lasciato il territorio nazionale dall'8 marzo 2020».

⁽⁶¹⁾ Non sono sospesi invece i procedimenti penali per i datori di lavoro condannati, anche in via non definitiva, per gravi reati tra cui favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e di sfruttamento lavorativo (che sono, altresì, cause ostative per presentare l'istanza di regolarizzazione).

territorio italiano. In questo caso la procedura era più snella, in quanto la persona interessata poteva presentare direttamente di persona la domanda all'Ufficio immigrazione presso la Questura territorialmente competente, che era l'unico ente cui era affidata sia la fase istruttoria che quella di rilascio del permesso di soggiorno. Tuttavia, i requisiti per accedere alla procedura erano particolarmente stringenti, in quanto ammettevano solo gli stranieri «con permesso di soggiorno scaduto dal 31 ottobre 2019, non rinnovato o convertito in altro titolo di soggiorno». In sostanza, potevano fare richiesta per il permesso di soggiorno solo gli stranieri irregolari sul territorio dal 31 ottobre 2019, ovvero quelli già titolari di un permesso di soggiorno «giuridicamente più debole»⁽⁶²⁾, ossia non convertibile in uno per motivi di lavoro⁽⁶³⁾.

La norma richiedeva due ulteriori requisiti, quali la prova della presenza ininterrotta del cittadino straniero sul territorio italiano alla data dell'8 marzo 2020 e lo svolgimento di attività lavorativa nei settori di cui al comma 3.

4.2. I dati e i risultati manca(n)ti della regolarizzazione: i limiti delle due procedure

I dati ufficiali del Ministero dell'Interno, aggiornati al 20 maggio 2021, riportano un totale di 207.870 richieste di regolarizzazione di rapporti di lavoro, a cui si aggiungono le 12.986 domande di permesso di soggiorno temporaneo⁽⁶⁴⁾. Ad oggi, non è ancora disponibile il numero totale delle istanze accolte, a causa dei preoccupanti ritardi nell'esame delle domande presentate da parte degli enti amministrativi preposti. Invero, secondo l'attività di monitoraggio svolta dalla campagna "Ero Straniero", su un totale di circa 220.000 persone che hanno presentato domanda solo il 5% ha ottenuto un permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Il dato più allarmante riguarda la

⁽⁶²⁾ N. Zorzella, *Regolarizzazione 2020, una prevedibile occasione perduta. Alcune delle principali criticità*, *Crit. Dir.*, 2020.

⁽⁶³⁾ Si fa riferimento ai permessi per richiesta di asilo, per protezione speciale, per protezione umanitaria difficilmente convertibile in lavoro dopo la riforma del primo decreto-sicurezza d. l. n. 113/2018, per assistenza minore *ex art.* 31, co. 3 TU 286/98, per motivi di salute, per studio, per motivi religiosi, per calamità.

⁽⁶⁴⁾ Al 15 agosto 2021, data della chiusura ufficiale delle procedure di regolarizzazione, le domande relative alla procedura per l'emersione di rapporti di lavoro (comma 1) ammontavano a 207.542, reperibile al sito <https://www.interno.gov.it/it/notizie/emersione-dei-rapporti-lavoro-presentate-piu-207mila-domande>. Tale dato è stato rielaborato sulla base delle domande presentate a seguito delle proroghe concesse dal Ministero in relazione a specifici casi, fino al raggiungimento del dato attuale, riportato nel corpo del testo, reperibile al sito: <https://erostraniero.radicali.it/regolarizzazione2020>.

procedura al primo comma (per l'emersione di un rapporto di lavoro irregolare o l'instaurazione di un nuovo rapporto con un cittadino straniero), di cui risultano esaminate solo il 14% delle domande presentate, con il rilascio di soli 5.603 permessi di soggiorno (il 2,7%)⁽⁶⁵⁾. Quanto alla procedura relativa al secondo comma (per il rilascio del permesso di soggiorno temporaneo), si registrano dati più incoraggianti, con il 71,8% di permessi rilasciati al 15 aprile 2021, di cui circa il 56,7% sono stati convertiti in permessi di soggiorno per motivi di lavoro⁽⁶⁶⁾.

Secondo quanto risposto dal Governo all'interrogazione parlamentare sullo stato delle procedure di regolarizzazione⁽⁶⁷⁾, i ritardi sarebbero da attribuire alla concomitanza di una serie di fattori che hanno causato gravi rallentamenti nell'analisi delle domande presentate e nell'esperimento delle procedure, in particolare alla complessità delle procedure, specie quella di cui al comma 1, suddivisa in molte fasi endo-procedurali, che richiedono l'intervento di più organi amministrativi (INPS o Prefettura, Questura e Ispettorato del Lavoro) e alle difficoltà logistiche derivanti dalla pandemia, che ha determinato la chiusura degli uffici, la diminuzione delle persone convocabili all'interno di essi e una complessiva riduzione del personale disponibile.

Tuttavia, benché le motivazioni addotte dal Governo siano in parte plausibili, a parere di chi scrive, tali ritardi sono verosimilmente attribuibili ad un generale disinteresse da parte degli organi governativi nel predisporre strumenti idonei e adeguati a gestire in tempi rapidi la mole di domande presentate, che, peraltro, ha rispecchiato le previsioni del Governo⁽⁶⁸⁾. Inoltre, le difficoltà relative alla verifica dell'ammissibilità delle domande sono attribuibili non solo al contesto organizzativo e amministrativo, ma allo stesso

⁽⁶⁵⁾ Dati del ministero scaricabili al sito: https://erostraniero.radicali.it/wp-content/uploads/2021/05/Dati-emersione2020_aggiornamento_21.05.21_def.xlsx. Secondo le stime di Ero Straniero, sulla base dei dati forniti da Prefetture e Questure nell'analisi delle domande, in alcuni territori (come Roma e Milano), seguendo queste tempistiche, servirebbero molti anni, o addirittura decenni, per portare a termine tutte le istanze aperte. Dati reperibili al sito: <https://www.asgi.it/notizie/ero-straniero-regolarizzazione-2020-a-rischio-fallimento/>.

⁽⁶⁶⁾ *Ivi*.

⁽⁶⁷⁾ Risposta del Governo all'interrogazione n. 5-05873, Pollastrini, *Sullo stato di attuazione delle norme introdotte dal decreto-legge n. 34 del 2020 per favorire l'emersione dei rapporti di lavoro irregolari relativi a lavoratori immigrati*, in www.camera.it/leg18/824?tipo=A&anno=2021&mese=04&giorno=29&view=filtered_scheda&commissione=01#data.20210429.com01.allegati.all00050

⁽⁶⁸⁾ Cfr. XVIII legislatura, A.S. 1874, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, Luglio 2020, 232, in www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01157553.pdf.

testo normativo, la cui ambiguità ha richiesto sin dall'inizio interventi esplicativi per gli operatori da parte di associazioni di esperti nella materia⁽⁶⁹⁾ e dallo stesso Ministero dell'Interno. Un esempio calzante in tal senso, è stato il caso dei richiedenti asilo, nei cui confronti si era diffusa la prassi, di alcune Questure, di subordinare la ricezione delle domande alla rinuncia della richiesta di protezione internazionale da parte dello stesso richiedente⁽⁷⁰⁾. Riguardo alla procedura contenuta al comma 1 dell'art. 103, il Ministero dell'Interno è intervenuto contro tale prassi, prima attraverso una FAQ pubblicata sul proprio sito⁽⁷¹⁾ poi attraverso due circolari⁽⁷²⁾ in cui ha chiarito la compatibilità della procedura prevista all'art. 103, co. 1 con quella di richiesta di protezione internazionale. Invece, in relazione alla procedura del comma 2, art. 103, il Ministero dell'Interno si è orientato diversamente, ritenendo necessario lo «stato di irregolarità sul territorio»⁽⁷³⁾ per coloro che presentavano la domanda di regolarizzazione. Come rilevato in dottrina⁽⁷⁴⁾, l'interpretazione fornita dal Ministero sarebbe stata erronea perché contraria allo stesso testo normativo, in quanto tale requisito non è espressamente previsto dalla disposizione di legge. Peraltro, anche la giurisprudenza, relativa ai primi contenziosi giudiziali sorti a riguardo, sembra essere orientata nel ritenere illegittima l'interpretazione fornita dal Ministero al testo della normativa in esame⁽⁷⁵⁾.

Le difficoltà interpretative e la scarsa chiarezza delle disposizioni di legge hanno, di fatto, scoraggiato molti datori di lavoro a denunciare l'esistenza di

⁽⁶⁹⁾ V. in part. ASGI, *Scheda pratica – Emersione dei lavoratori stranieri 2020*, in www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/06/2020_Scheda-emersione-2020_16_06_def.pdf.

⁽⁷⁰⁾ E. Santoro, *Danzando sui gusci d'uovo. Indicazioni per rendere più inclusive le procedure previste dall'art. 103 d.l. 34/2020*, ADIR, 2020 in www.altrodiritto.unifi.it/adirmigranti/danzando-gusci-uovo.pdf.

⁽⁷¹⁾ FAQ n. 15: «Per richiedere il permesso di soggiorno per lavoro a seguito della procedura di regolarizzazione, il cittadino straniero non è tenuto a rinunciare alla richiesta di protezione internazionale. Nel caso in cui, dopo l'ottenimento del permesso di soggiorno, il lavoratore si veda riconosciuta anche la protezione internazionale dovrà optare per uno dei due titoli». Disponibile al sito www.interno.gov.it/it/faq-emersione-dei-rapporti-lavoro.

⁽⁷²⁾ Circolare del Ministero dell'Interno n. 400/C/2020 “Decreto Legge 34/2020-disposizioni applicative”, protocollo n. 44360 del 19/06/2020 e Circolare congiunta del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e del Ministero dell'Interno del 24.07.2020.

⁽⁷³⁾ Protocollo n. 44360, *cit.*: «[...] il requisito essenziale stabilito dalla norma per la definizione della procedura di regolarizzazione di cui al c. 2 è lo stato di irregolarità sul territorio nazionale dello straniero».

⁽⁷⁴⁾ E. Santoro, *I rapporti tra la procedura di emersione dello straniero ex art. 103 c. 2 del D.L. 34_2020 e la domanda di protezione internazionale*, ADIR, 2020. Disponibile al sito: www.altrodiritto.unifi.it/adirmigranti/procedura-emersione-protezione-internazionale.htm. Cfr. N. Zorzella, *op. cit.*

⁽⁷⁵⁾ Trib. Firenze, Sez. Spec., decr. 25 settembre 2020, inedita; TAR Marche ordd. n. 274/2020 e 276/2020.

rapporti di lavoro nero, poiché verosimilmente non hanno ritenuto conveniente sostenere le spese e gli adempimenti relativi alla denuncia del rapporto a fronte di un'elevata incertezza sulla sua sanabilità. Quanto detto sembra trovare conferma nella scarsità del numero di domande presentate relativamente alla procedura di cui al comma 1, rispetto al numero di lavoratori irregolari stimati nei due settori interessati dalla sanatoria: su circa 1 milione di irregolari⁽⁷⁶⁾ risulta aver fatto domanda meno di un quinto del totale (207.870).

Ancora più rilevante è la sproporzione delle domande riguardanti i due settori, con l'85% delle domande relative al settore domestico e di cura (quasi 177.000) a fronte del 15% riguardanti il lavoro subordinato (circa 30.000)⁽⁷⁷⁾.

Tale sperequazione – che non trova corrispondenza nel rapporto tra i tassi di irregolarità nei due settori considerati (§1) – può essere stata determinata, a parere di chi scrive, sia dalla diversità della natura del rapporto di lavoro sia dalla differente durata dei contratti relativi ai due settori, che il legislatore non ha tenuto in considerazione. Invero, è possibile presumere che un imprenditore agricolo abbia avuto un minore interesse ad affrontare i costi e le lungaggini delle procedure per regolarizzare lavoratori che sovente non conosce e che impiega alla giornata o, al massimo, per pochi mesi. Per converso, nel settore domestico solitamente i contratti hanno una durata più lunga che permette di ammortizzare il costo della procedura, e il rapporto lavorativo è caratterizzato da un maggior rapporto fiduciario tra il datore e il lavoratore⁽⁷⁸⁾.

Un'ulteriore criticità emersa dall'applicazione della disciplina in esame concerne la prova della presenza ininterrotta dello straniero sul territorio italiano alla data dell'8 Marzo 2020. Invero, i mezzi di prova elencati al comma 1, art. 103 (rilievi fotodattiloscopici, dichiarazione di presenza e documentazione proveniente da organismi pubblici) presumevano che il cittadino straniero non regolare sul territorio si fosse interfacciato in precedenza con le istituzioni (per motivi di salute, per richieste di permesso di soggiorno o per problemi con la legge) e, dunque, si escludevano a priori tutti coloro la cui presenza sul territorio

⁽⁷⁶⁾ Il termine “irregolari” è utilizzato, in questo caso, per far riferimento a tutti i lavoratori coinvolti in rapporti lavorativi che si svolgono in modo non conforme alle previsioni di legge, rientrandovi tanto quelli privi di qualsiasi contratto (“lavoro nero” o “sommerso”) quanto quelli che si svolgono sulla base di un contratto il cui contenuto non corrisponde alle effettive modalità di svolgimento della prestazione lavorativa (“lavoro grigio”). Il dato è ricavato dalla somma dei rapporti irregolari nel settore agricolo (219.600) e in quello domestico (920.500), contenuti nella scheda dati Il Sole 24 Ore, *cit.*

⁽⁷⁷⁾ Come riportato nel sito del Ministero dell'Interno, www.interno.gov.it/it/notizie/emersione-dei-rapporti-lavoro-presentate-piu-207mila-domande.

⁽⁷⁸⁾ N. Zorzella, *op. cit.*, 9.

non fosse stata intercettata dalle autorità o da organi pubblici. Inoltre, l'ulteriore limite temporale della scadenza del permesso di soggiorno al 31 ottobre 2019 ha escluso un'altra categoria di stranieri irregolari "da tempo" sul territorio, i cc.dd. *overstayers*, ossia coloro che avendo fatto ingresso nel territorio nazionale con un permesso di soggiorno – solitamente di breve durata (ad esempio, per turismo) – si trattengono oltre la durata del permesso, divenendo irregolari⁽⁷⁹⁾. Tale modalità d'ingresso nel nostro Paese si è molto diffusa a partire dal 2002, quando la l. n. 189/2002, cd. Bossi-Fini, ha eliminato il visto per ricerca di lavoro originariamente previsto dal d.lgs. n. 286/98, lasciando sprovvisto il nostro ordinamento di un legale meccanismo di ingresso a tale fine⁽⁸⁰⁾.

Per quanto riguarda la procedura per la richiesta di permesso di soggiorno temporaneo (comma 2, art. 103), anche in questo caso il numero di domande presentate è stato di gran lunga inferiore alle stime di stranieri irregolari coinvolti nei due settori: su circa 480.000 lavoratori potenzialmente interessati⁽⁸¹⁾ sono state presentate solo 12.986 domande. Rispetto a questo dato, la scarsità di istanze può trovare spiegazione nella ristrettezza dei requisiti di accesso alla procedura, tra cui la prova di aver svolto pregresse attività lavorative in uno dei settori indicati al comma 3 dell'art. 103 (primario e attività connesse, lavoro domestico e di cura della persona), «comprovata secondo le modalità di cui al comma 16». Il comma 16, richiamato dal comma 2, art. 103, prevede che lo svolgimento della pregressa attività lavorativa da parte del richiedente trovi riscontro ufficiale da parte dell'Ispettorato del Lavoro, ma tale prova è risultata impossibile per coloro che erano impiegati in nero⁽⁸²⁾. In tal modo, i principali destinatari della regolarizzazione, i c.d. invisibili, sono stati paradossalmente esclusi dalla possibilità di richiedere il permesso di soggiorno di cui al comma 2, art. 103.

⁽⁷⁹⁾ M. Paggi, *La sanatoria ai tempi del Coronavirus*, *QG*, 2020.

⁽⁸⁰⁾ N. Zorzella, *op. cit.*, 2.

⁽⁸¹⁾ Cfr. F. Deponti - M. Finizio - V. Melis, *Sanatoria colf e braccianti al via: interessati 480mila extracomunitari irregolari*, *Il Sole24Ore*, 25.05.2020.

⁽⁸²⁾ Cfr. W. Chiaromonte - M. D'Onghia, *op. cit.*, 27. Gli autori commentano che nemmeno il D.M. del 27 maggio 2020, contenente l'elenco della documentazione ritenuta idonea a comprovare l'attività lavorativa, ha esteso ai lavoratori assunti in nero l'accesso alla regolarizzazione, in quanto i documenti elencati (il cedolino-paga, l'estratto conto previdenziale) sono comunque riconducibili a rapporti di lavoro regolari.

4.3. Gli ulteriori limiti dell'art. 103 d.l. n. 34/2021

In ultima analisi, occorre soffermarsi su altri due aspetti che concernono il provvedimento in esame. Il legislatore prefigge all'art. 103 d.l. n. 34/2021 il fine di «garantire livelli adeguati di tutela della salute individuale e collettiva in conseguenza della contingente ed eccezionale emergenza sanitaria connessa alla calamità derivante dalla diffusione del contagio da COVID-19»⁽⁸³⁾, oltre a quello di favorire l'emersione di rapporti di lavoro irregolari. Tuttavia, per far fronte all'emergenza sanitaria vissuta dai lavoratori stranieri irregolari è stata inserita un'unica previsione – riguardante i «fenomeni di concentrazione dei cittadini stranieri di cui ai commi 1 e 2 in condizioni inadeguate a garantire il rispetto delle condizioni igienico-sanitarie» – in cui si stabilisce che le amministrazioni statali e regionali devono adottare «soluzioni e misure urgenti idonee a garantire la salubrità e la sicurezza delle condizioni alloggiative»⁽⁸⁴⁾. Una tale genericità di contenuto ha vanificato l'efficacia della previsione stessa, in quanto sia le modalità, sia le tempistiche di intervento sono rimesse alla discrezionalità delle amministrazioni locali, senza alcun meccanismo di controllo da parte dello Stato. Per contro, a parere di chi scrive, sarebbe stato necessario predisporre un piano d'intervento nazionale, con la previsione di provvedimenti comuni quali l'obbligo di distribuzione di dispositivi di protezione personale, l'individuazione di strutture idonee in cui trasferire le persone ammassate nei cc.dd. ghetti, nonché il trasferimento di quanti avevano contratto il Covid-19 in strutture adeguate ad assicurare loro assistenza. Queste misure avrebbero dovuto essere imposte a tutte le amministrazioni locali dei territori in cui si concentrano gli insediamenti informali di lavoratori irregolari. Invece, ad oggi, non è stato effettuato alcun intervento significativo per tutelare la salute dei braccianti né in relazione alla messa in sicurezza e alla salubrità delle condizioni alloggiative dei braccianti, né relativamente all'emergenza sanitaria da Covid-19⁽⁸⁵⁾.

Peraltro, a riprova della totale assenza di misure di prevenzione dei contagi nei luoghi menzionati, nel documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sul fenomeno del caporalato approvato alla Camera⁽⁸⁶⁾, si fa menzione del focolaio di contagi scoppiato tra i braccianti indiani che lavorano nelle campagne della provincia di Latina, dove, solo a seguito di tali episodi, l'ASL competente si è

⁽⁸³⁾ Comma 1, art. 103 d.l. n. 34/2021.

⁽⁸⁴⁾ Comma 20, art. 103 d.l. n. 34/2020.

⁽⁸⁵⁾ Flai-Cgil, *Migranti: Cgil, Flai, intervenire con urgenza per fermare contagi in accampamenti lavoratori agricoli*, 2020 in www.flai.it/comunicati/migranti-cgil-flai-intervenire-con-urgenza-per-fermare-contagi-in-accampamenti-lavoratori-agricoli/.

⁽⁸⁶⁾ Camera dei Deputati, *op. cit.*, 26.

recata direttamente nelle aziende e negli accampamenti per svolgere tamponi e per isolare i positivi.

La regolarizzazione non ha costituito lo strumento idoneo neppure per contrastare la crisi sociale vissuta dalla manodopera migrante. Invero, il tentativo di interrompere «il circolo vizioso che intercorre fra l'irregolarità del soggiorno e l'irregolarità del lavoro»⁽⁸⁷⁾ non ha tenuto conto del fatto che né il possesso del permesso di soggiorno, né la presenza di un contratto di lavoro garantiscono di per sé l'accesso a condizioni di lavoro eque e dignitose. In tal senso, il permesso di soggiorno per motivi di lavoro non costituisce uno strumento di *empowerment* dello straniero tale da permettergli di opporsi a condizioni di sfruttamento all'interno del rapporto di lavoro. Ciò in quanto la paura di essere licenziato e, quindi, di cadere nel “baratro”⁽⁸⁸⁾ dell'irregolarità lo rende debole e ricattabile quasi al pari di chi è irregolare sul territorio. Inoltre, la mera presenza di un contratto di lavoro non è una garanzia di per sé sufficiente a tutelare il lavoratore dallo sfruttamento. Si pensi, ad esempio, al fenomeno del “lavoro grigio”, dove i rapporti lavorativi sono formalmente regolati da un contratto il cui contenuto, tuttavia, non corrisponde alle effettive modalità di svolgimento del lavoro⁽⁸⁹⁾.

Per di più, come è avvenuto in occasione delle precedenti regolarizzazioni, anche in questo caso si è verificato il fenomeno della “compravendita” dei contratti di lavoro, secondo cui il datore di lavoro si è reso disponibile a regolarizzare il rapporto di lavoro solo dietro pagamento da parte del lavoratore interessato, con prezzi variabili dal costo della procedura (500 euro) sino a cifre molto più elevate⁽⁹⁰⁾. In tal modo, in assenza di meccanismi correttivi che scongiurassero tale (nota) conseguenza, i costi della regolarizzazione sono ricaduti interamente sui lavoratori e ciò li ha resi, per eterogenesi dei fini, ulteriormente esposti a soprusi e ricatti.

⁽⁸⁷⁾ C. Spinelli, *Immigrazione e mercato del lavoro: lo sfruttamento dei migranti economici*, RDSS, 2020, 1, 129.

⁽⁸⁸⁾ E. Santoro, *Diritto come questione sociale: la prospettiva della sociologia del diritto*, in E. Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Giappichelli, 2009, 63.

⁽⁸⁹⁾ F. Nicodemi - M. Paggi - L. Trucco, *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, 2015 in www.cittalia.it/wp-content/uploads/2020/01/tratta-La-tratta-e-il-grave-sfruttamento-lavorativo-dei-migranti---Guida-agli-strumenti-giuridici-per-la-tutela-delle-vittime.pdf.

⁽⁹⁰⁾ HRW, *op. cit.*

5. Riflessioni conclusive

Come precedentemente esposto, le misure previste per promuovere la regolarizzazione dei lavoratori stranieri hanno mancato il triplice obiettivo prefissato dal Governo. Invero, la sanatoria non ha arginato il problema igienico-sanitario vissuto dai lavoratori migranti, non è riuscita a rispondere alla carenza di manodopera nei settori più nevralgici, né ha costituito lo strumento idoneo a tutelare i lavoratori dallo sfruttamento. Proprio in relazione a quest'ultimo obiettivo, a parere di chi scrive, si è riproposta la più fuorviante retorica politica di ridurre il problema dello sfruttamento e del caporalato alla questione di regolarità o meno del lavoratore straniero sul territorio. Invero, esposto nel terzo paragrafo, benché il rafforzamento dello *status* giuridico del migrante sia una misura utile a diminuirne la vulnerabilità, tuttavia non è sufficiente da sé solo a rimuovere quella condizione di subordinazione e marginalizzazione che caratterizza la maggior parte della manodopera straniera nel nostro mercato del lavoro, inclusa quella comunitaria⁽⁹¹⁾.

Peraltro, la regolarizzazione contenuta all'art. 103 d.l. n. 34/2020 si è inserita nel solco tracciato dalle precedenti sanatorie, configurandosi come un 'tradizionale' strumento normativo con cui il legislatore interviene periodicamente per gestire il fenomeno migratorio all'interno del nostro Paese. Invero, le precedenti sanatorie, succedutesi dal 1986 (l. n. 943, c.d. legge Foschi) al 2012 (art. 5, d.lgs. n. 109/2012)⁽⁹²⁾, hanno rappresentato il tentativo del legislatore italiano di sopperire ad un sistema di regolamentazione dell'immigrazione claudicante, basato sulle "quote" di ingressi di lavoratori stranieri ammessi in Italia, stabilite periodicamente dal Governo attraverso il c.d. decreto-flussi (art. 3 d.lgs. n. 286/1998). La disfunzionalità di tale assetto è fondata principalmente sul presupposto che l'incontro tra domanda e offerta di lavoro avvenga a distanza, senza la possibilità di incontro tra lavoratore e datore di lavoro sul territorio italiano, che sarebbe possibile solo attraverso l'ingresso del cittadino straniero senza un impiego, ma, appunto, al fine di reperirlo. Come già anticipato (§4.2), l'ingresso regolare per ricerca di lavoro era previsto all'art. 23, d.lgs. n. 286/1998, attraverso il rilascio di un permesso di soggiorno

⁽⁹¹⁾ F. S. Caruso, *Dal caporalato alle agenzie di lavoro temporaneo: i braccianti rumeni nell'agricoltura mediterranea*, *MM*, 2016, 3, 51-64.

⁽⁹²⁾ La regolarizzazione contenuta all'art. 103 d.l. n. 34/2020 costituisce l'ottavo intervento di legislazione straordinaria in tal senso. Per una rassegna dei precedenti interventi si rinvia a S. Briguglio, *Una regolarizzazione in tempo di pandemia: le lezioni del passato*, *QG*, 28 maggio 2020, in www.questionegiustizia.it/articolo/una-regolarizzazione-in-tempo-di-pandemia-la-lezione-del-passato_28-05-2020.php.

temporaneo, che tuttavia è stato abrogato nel 2002, ad opera della legge n. 189, la c.d. Bossi-Fini. A ben vedere, la procedura contenuta al comma 2, art. 103, d.l. n. 34/2021 è improntata in tale senso, prevedendo il rilascio di un permesso temporaneo per ricerca di lavoro, convertibile in uno per motivi di lavoro. Tuttavia, l'approccio riproposto anche in quest'ultima sanatoria è di natura prettamente emergenziale e di carattere "esclusivo" più che inclusivo, a causa della ristrettezza dei requisiti per potervi accedere.

Un altro fattore che concorre a rendere del tutto inadeguato l'attuale sistema di regolamentazione delle migrazioni in entrata nel nostro Paese, è l'esiguità delle quote d'ingresso fissate nell'ultimo decennio⁽⁹³⁾, del tutto incapaci di soddisfare il fabbisogno nazionale di manodopera e di tenere il passo con i mutamenti relativi alla mobilità internazionale dei lavoratori nel mercato, oltreché allo stesso mutamento dell'intensità dei flussi migratori che hanno interessato il nostro Paese⁽⁹⁴⁾. L'eccessiva rigidità del sistema delle quote e il contingentamento degli ingressi attraverso periodiche sanatorie non hanno avuto l'effetto di bloccare gli ingressi di stranieri o di gestirne meglio la presenza sul territorio, ma al contrario hanno alimentato (e alimentano tutt'oggi) i canali illegali d'ingresso nel nostro territorio, gestiti da trafficanti e associazioni criminali, e, di riflesso, il mercato del lavoro nero, ai danni degli stessi lavoratori e, indirettamente, del nostro ordinamento.

A ben vedere, la pandemia ha rappresentato un buon pretesto per emanare una nuova sanatoria, trattandosi di un intervento atteso da tempo, considerato che l'ultima sanatoria era intervenuta quasi dieci anni prima (d.lgs. n. 109/2021) e, di riflesso, l'elevato numero di stranieri non regolari sul territorio (circa 600.000 persone)⁽⁹⁵⁾ che aspettavano tale intervento. Inoltre, attraverso la sanatoria si è cercato di riequilibrare gli effetti dell'abolizione della protezione

⁽⁹³⁾ Per la rassegna delle quote di ingressi stabilite nei Decreti flussi dal 1998 al 2006, si rinvia a <http://leg15.camera.it/cartellecomuni/leg14/RapportoAttivitaCommissioni/testi/01/01cap09sch01.htm>. Per le quote fissate negli anni successivi si riporta quanto sostenuto dagli autori W. Chiaromonte, M. D'onghia, *op. cit.*, 4, che rilevano come «in pochi anni si è passati dai 250.000 permessi per lavoro previsti dal decreto flussi del 2007 ai 30.850 previsti dai decreti flussi degli anni 2015-2019». L'ultimo DPCM del 7 luglio 2020 ha stabilito in totale 18.000 quote, di cui solo il 17% (3.078) sono state utilizzate, reperibile al sito www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/ingresso-e-soggiorno-per-lavoro-in-italia/Documents/Focus-on-DPCM-07072020-Agg-19022021.pdf.

⁽⁹⁴⁾ Per uno spaccato sull'andamento e sulla composizione dei flussi migratori del nostro Paese si rinvia al contributo di N. Del Pesco, *Dati immigrazione 1970-2020: mezzo secolo di accoglienza*, 18 marzo 2020 in www.piuculture.it/2020/03/dati-immigrazione-1970-2020-mezzo-secolo-di-accoglienza-in-italia/.

⁽⁹⁵⁾ M. Villa, *op. cit.*

umanitaria ad opera dei Decreti Sicurezza del 2018 (§2), che hanno aggravato la condizione di vulnerabilità di buona parte della popolazione migrante⁽⁹⁶⁾, convertendo lo *status* di molti migranti da persone in attesa di protezione umanitaria a soggetti irregolari sul territorio e, dunque, passibili di espulsione. Tuttavia, i problemi relativi alla condizione sanitaria, lavorativa e sociale della popolazione migrante, aggravatisi durante la pandemia, sono componenti strutturali della condizione dei migranti nel nostro Paese, e non sembrano essere risolvibili attraverso il solo strumento della regolarizzazione, come invece propinato dal Governo.

De iure condendo, a tal fine sembra necessario il superamento dell'attuale sistema di accesso nel territorio nazionale per i migranti, ad esempio attraverso l'introduzione di un permesso di soggiorno per ricerca di lavoro, che permetterebbe l'ingresso legale a chi arriva in Italia per cercare lavoro, evitando in tal modo di passare dalla tappa "obbligatoria" dello *status* di irregolarità durante tale ricerca. Altresì, come rilevato in dottrina⁽⁹⁷⁾, occorrerebbe superare «la logica [della] mediazione dei datori di lavoro» nella regolarizzazione della posizione giuridica del lavoratore straniero, riconoscendo il diritto al cittadino straniero di poter dimostrare autonomamente l'esistenza del rapporto di lavoro in corso. Ciò, unito alla possibilità di restare legittimamente sul territorio senza un impiego (attraverso un titolo di soggiorno per ricerca di lavoro), sottrarrebbe verosimilmente il lavoratore straniero dallo stato di assoggettamento alla controparte datoriale, dalla cui volontà dipende la regolarità del rapporto di lavoro e, al contempo, del soggiorno sul territorio.

In conclusione, la regolarizzazione dei lavoratori (e dei rapporti di lavoro) si è dimostrato uno strumento di per sé insufficiente a risolvere la crisi che ha colpito i lavoratori migranti durante la pandemia e, più in generale, a porre rimedio alla precarietà sociale e giuridica in cui verte la manodopera straniera. Tale vulnerabilità non può essere eliminata avvalendosi di un solo provvedimento di natura emergenziale, ma deve essere accompagnata da interventi di tipo strutturale, volti a regolare il fenomeno migratorio e, di concerto, quello dello sfruttamento cui tali soggetti sono esposti.

⁽⁹⁶⁾ C. Caprioglio - E. Rigo, *op. cit.*, 16.

⁽⁹⁷⁾ N. Zorzella, *op. cit.*, 5.

Bibliografia

- Amnesty International Italia, *I sommersi dell'accoglienza. Le conseguenze del Decreto legge 113/2018 sul sistema di accoglienza italiano*, 2019, disponibile al sito: <https://immigrazione.it/docs/2020/amnesty-i-sommersi-dellaccoglienza.pdf>.
- ASGI, *Emersione dei lavoratori stranieri 2020 – Scheda pratica*, 15 luglio 2020 al sito: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/06/2020_Scheda-emersione-2020_16_06_def.pdf.
- Aa. Vv., *Vulnerabilità e irregolarità dei lavoratori nel settore agricolo: percezione, determinanti, interventi*, in *Agriregionieuropa*, 2018, 55.
- Botrugno C., *Immigrazione ed unione europea: un excursus storico ragionato*, in *Soc. Dir.*, 2014, 1, 121 ss.
- Caprioglio C. - Rigo E., *Lavoro, politiche migratorie e sfruttamento: la condizione dei braccianti migranti in agricoltura*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2020, 3, 33 ss.
- Carchedi F., *La componente di lavoro indecente nel settore agricolo. Casi di studio territoriali*, in *V Rapporto Agromafie e Caporalato*, a cura di Osservatorio Placido Rizzotto, Flai-Cgil, Ediesse-Futura, 2020, 188.
- Caruso F.S., *Dal caporalato alle agenzie di lavoro temporaneo: i braccianti rumeni nell'agricoltura mediterranea*, in *MM*, 2016, 3, 51 ss.
- Chiaromonte W. - D'Onghia M., *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2020, 3, 1 ss.
- N. Del Pesco, *Dati immigrazione 1970-2020: mezzo secolo di accoglienza*, 2020, disponibile al sito: <https://www.piuculture.it/2020/03/dati-immigrazione-1970-2020-mezzo-secolo-di-accoglienza-in-italia/>
- DIG Immigrazione, *X Rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, 2020, disponibile al sito: <https://www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Pubblicato-il-X-Rapporto-annuale-Gli-stranieri-nel-mercato-del-lavoro-in-Italia.aspx#:~:text=Nel%202019%2C%20sono%20stranieri%20%2C505,10%2C7%25%20del%20totale.&text=Il%20tasso%20di%20occupazione%20tra,%25%20registrato%20tra%20gli%20italiani>.
- Effat, *COVID-19 Outbreak, workers in agriculture and food production deserve better protection*, 2020, disponibile al sito: <https://www.effat.org/wp-content/uploads/2020/03/COVID-19-Outbreak-Workers-in-agriculture-and-food-production-deserve-better-protection-final.pdf>.
- Flai-Cgil, *Migranti: Cgil, Flai, intervenire con urgenza per fermare contagi in accampamenti lavoratori agricoli*, 2020, disponibile al sito: <https://www.flai.it/comunicati/migranti-cgil-flai-intervenire-con-urgenza-per-fermare-contagi-in-accampamenti-lavoratori-agricoli/>.
- Garattini L. - Zanetti M. - Freemantle N., *The Italian NHS: What Lessons to Draw from CoViD-19?*, in *Appl Health Econ Health Policy*, 2020, 18, 4, 463 ss.
- HRW, *Italia: difetti delle procedure di regolarizzazione dei migranti*, 2020, <https://www.hrw.org/it/news/2020/12/18/377388>.
- IDOS, *Dossier Statistico Immigrazione 2020*, 2020, disponibile al sito: http://www.cestim.it/sezioni/dati_statistici/italia/Idos/2020-ITALIA_SCHEDA%20SINTESI.pdf.

- INAIL, *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, 2020, disponibile al sito: <https://www.inail.it/cs/internet/comunicazione/pubblicazioni/catalogo-generale/pubbl-ri-modulazione-contenimento-covid19-sicurezza-lavoro.html>.
- INPS, *Attività essenziali, lockdown e contenimento della pandemia da COVID-19*, 2020, disponibile al sito: <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=53803>.
- ILO, *Protecting migrant workers during the COVID-19 pandemic*, 2020, disponibile al sito: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_743268.pdf.
- Mc Britton M., *Lavoro in agricoltura e immigrazione*, in E. Rigo (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pacini Giuridica, 2015.
- MEDU, *VII Rapporto. La Pandemia a Rosarno*, 2020, disponibile al sito: <https://mediciperidiritiumani.org/la-pandemia-di-rosarno-vii-rapporto/>.
- Miscione M., *Il Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *LG*, 2020, 4, 321 ss.
- NAGA-SIMM, *Attuale legislazione sanitaria italiana per gli immigrati irregolari e attuale fruibilità di tale legislazione a livello regionale*, 2019 https://www.simmweb.it/attachments/article/973/Report_LEGIS_Naga_2019.pdf.
- Nicodemi F. - Paggi M. - Trucco L., *La tratta e il grave sfruttamento lavorativo dei migranti*, 2015 https://www.cittalia.it/images/la_tratta_e_il_grave_sfruttamento_lavorativo_dei_migranti_2015.pdf.
- OHCHR, *UN experts call on Governments to adopt urgent measures to protect migrants and trafficked persons in their response to COVID-19*, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25774&LangID=E>.
- Omizzolo M., *Bracciantato e caporalato in Italia al tempo del Covid-19*, in MEDU, *VII Rapporto. La Pandemia a Rosarno*, 2020, 43 e ss.
- ONU, *Policy Brief: COVID-19 and People on the move*, 2020, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/sg_policy_brief_on_people_on_the_move.pdf.
- Paggi M., *La sanatoria ai tempi del Coronavirus*, in *QG*, 2020, https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-sanatoria-ai-tempi-del-coronavirus_28-05-2020.php.
- Palumbo L., *Grave sfruttamento e tratta nel lavoro domestico e in agricoltura in Italia*, https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/42405/GGP_TRAFFICKO_2016_IT.pdf?sequence=3&isAllowed=y.
- Santoro E., *Diritto come questione sociale. la prospettiva della sociologia del diritto*, in E. Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Giappichelli, 2009.
- Santoro E., *I rapporti tra la procedura di emersione dello straniero ex art. 103 c. 2 del D.L. 34_2020 e la domanda di protezione internazionale*, in *ADIR*, 2020, disponibile al sito: <http://www.altrodiritto.unifi.it/adirmigranti/procedura-emersione-protezione-internazionale.htm>.
- Santoro E., *Danzando sui gusci d'uovo. Indicazioni per rendere più inclusive le procedure previste dall'art. 103 d.l. 34/2020*, in *ADIR*, 2020, <http://www.altrodiritto.unifi.it/adirmigranti/danzando-gusci-uovo.pdf>.
- Spinelli C., *Immigrazione e mercato del lavoro: lo sfruttamento dei migranti economici*, in *RDSS*, 2020, 1, 125 ss.
- Tullini P., *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico*, in *RDSS*, 2020, 2, 335 ss.

Villa M., *Migrazioni in Italia: tutti i numeri*, 31 gennaio 2020, <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/migrazioni-italia-tutti-i-numeri-24893>.

Zorzella N., *Regolarizzazione 2020, una prevedibile occasione perduta. Alcune delle principali criticità*, in *Crit. dir.*, 2020, <https://rivistacriticadeldiritto.it/?p=1458>.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Welfare occupazionale e tendenze evolutive

OLGA RUBAGOTTI
Università di Verona

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695



Welfare occupazionale e tendenze evolutive

OLGA RUBAGOTTI

Università di Verona

Dottoranda di ricerca in Diritto del Lavoro

olga.rubagotti@univr.it

ABSTRACT

The essay analyzes the occupational welfare which, thanks to its virtuous capacities, has been supported by the state in recent times through redistributive fiscal policies.

Through an analysis of the positive effects and the evolutionary tensions of occupational welfare, the essay intends to demonstrate how such a public policy entails the occurrence of a twofold effect:

a) indirectly attributing a delegation of social protection function to collective agreements, inducing trade unions and companies to include in the object of collective agreements the protection of general and public interests, that are expression of fundamental rights such as education, health, pension plans;

b) further developing the process of institutionalization of collective autonomy which, as early as the 1980s, was delegated the normative tasks of regulating the labour market and employment.

The essay argues that collective autonomy, on its own, without a legal framework, is unsuitable to protect general and public interests such as those that since 2016 constitute the new object of collective bargaining and therefore needs to be regulated, also in function of a possible extension of the subjective scope of employment welfare.

Keywords: occupational welfare; welfare state; trade union law; collective labour agreement; social rights.

Welfare occupazionale e tendenze evolutive

SOMMARIO: 1. Secondo welfare e recenti interventi normativi: la delega di funzione pubblica al contratto collettivo. – 1.1 Una breve introduzione. – 1.2 Le ricadute della delega di funzioni sul contratto collettivo. – 2. La nuova funzione della contrattazione collettiva. – 2.1 Le opportunità: la concertazione sociale e il nuovo spazio d'azione per il sindacato. – 3. Tensioni evolutive: la segmentazione delle tutele sociali. – 3.1 Le ricerche empiriche. – 3.2 Le reti di imprese. – 3.3 Possibili scenari per un welfare che diviene selettivo: la contrazione del welfare universale. – 4. L'istituzionalizzazione dell'autonomia collettiva. – 4.1 Le premesse. – 4.2 L'istituzionalizzazione del sistema delle relazioni industriali: le tesi di Massimo D'Antona. – 4.3 Segue: welfare occupazionale e giuridificazione dell'autonomia collettiva. – 4.4 Segue: welfare occupazionale e neocorporativismo. – 5. Una legge sindacale come soluzione al problema della limitata efficacia soggettiva del welfare occupazionale?

1. Secondo welfare e recenti interventi normativi: la delega di funzione pubblica al contratto collettivo.

1.1. Una breve introduzione

Nel 2013 Maurizio Ferrera definiva il secondo welfare come l'insieme di nuove forme di protezione sociale successive alla nascita del primo welfare e funzionali all'integrazione delle sue lacune. Il secondo welfare veniva inquadrato come sistema in grado di stimolare il rinnovamento delle politiche di protezione sociale e creare nuovi modelli organizzativi, gestionali e finanziari per rispondere a bisogni sociali inesplorati e in parte inesplorabili dal solo welfare pubblico⁽¹⁾. L'Autore proseguiva specificando che la logica cui risponde il secondo welfare è quella dell'efficientamento e della razionalizzazione delle risorse pubbliche, normalmente vincolate al rispetto dei limiti di bilancio, senza mettere in discussione la funzione primaria e redistributiva dello Stato Sociale, che delega parte delle sue funzioni di protezione ad attori privati.

Un ruolo centrale tra gli attori del secondo welfare è riservato alle imprese che, sin dalle prime esperienze di stampo paternalistico, hanno contribuito attraverso pratiche di welfare aziendale o, mutuando l'espressione utilizzata da Bruno Caruso⁽²⁾, occupazionale, a rendere più efficace la

(1) F. Maino - M. Ferrera (a cura di), *Primo rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Centro di ricerca e documentazione Luigi Einaudi, 2013, 8.

(2) B. Caruso, "*The bright side of the moon*": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale, RIDL, 2016, I, 186 e ss.

sostenibilità sociale⁽³⁾ attraverso prestazioni di beni e servizi dirette a lavoratori dipendenti, con lo scopo di migliorarne condizioni di lavoro e di vita⁽⁴⁾. È all'interno di questo sistema costruito su più livelli, dove il secondo welfare è sussidiario e integrativo rispetto al primo welfare, che troviamo il welfare aziendale contrattato sostenuto dallo Stato attraverso recenti politiche fiscali (*infra*, par. 1.1).

Il sistema di welfare occupazionale così come costruito, slegato da criteri di appartenenza dell'individuo alla collettività, ma condizionato alle previsioni del contratto collettivo di lavoro, nonché all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, deve rapportarsi necessariamente alle caratteristiche delle relazioni industriali, dei territori e delle imprese italiane. Ciò potrebbe costituire fattore di incremento dei dualismi che già caratterizzano il mercato del lavoro ed il verificarsi di possibili scenari limite, in seguito meglio specificati, quali la contrazione di politiche sociali di stampo universalistico, causate dalla diminuzione di risorse pubbliche a disposizione dello Stato sociale, trasferite ai privati (*infra*, par. 3).

Le premesse, pertanto, inducono a riflettere su effetti virtuosi e tensioni evolutive di una politica redistributiva che, costruita attraverso quella che si ritiene essere un'indiretta delega della funzione di protezione sociale al contratto collettivo (*infra*, par. 2), è obbligata a dialogare con il sistema delle relazioni industriali.

Si tratta di un sistema autonomo, di matrice privatistica, che sino ad oggi è stato in grado di autoregolarsi, ma che, come già Massimo D'Antona rilevava, sin dagli anni Ottanta, veniva investito da un processo di istituzionalizzazione,

⁽³⁾ La sostenibilità sociale o *Social Sustainability* è collegata al concetto di *Sustainable Development* sviluppato all'interno del *Brundtland Report* e pubblicato nel 1987 dalla *The World Commission on Environment and Development* (WCED). In particolare, la sostenibilità sociale è considerata uno dei tre pilastri fondamentali dello sviluppo sostenibile insieme con sostenibilità ambientale ed economica, obiettivi che anche l'Unione Europea ha fatto propri (si veda a tal proposito il report realizzato per il Parlamento Europeo: *Social Sustainability: Concepts and Benchmarks* reperibile all'indirizzo web https://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document.html?reference=IPOL_STU%282020%29648782). Gli elementi chiave della sostenibilità sociale sono il miglioramento del welfare e delle condizioni di vita degli individui, della coesione sociale, il raggiungimento di un'economia sociale di mercato competitiva e il progresso del modello sociale europeo. In questa prospettiva il welfare occupazionale, tutelando i diritti sociali dei lavoratori e alleggerendo il peso delle prestazioni sociali gravanti sul *welfare state*, risponde agli obiettivi poc'anzi richiamati.

⁽⁴⁾ Per approfondire si veda G. Mallone, *Imprese e lavoratori: il welfare aziendale e quello contrattuale*, in F. Maino - M. Ferrera (a cura di), *Primo rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, cit., 49 ss.

sostanziatosi nella tessitura attorno al nucleo privatistico collettivo del diritto del lavoro di una trama normativa di carattere pubblicistico⁽⁵⁾. D'Antona riconosceva già, come diretta conseguenza di una sempre maggiore delega di compiti normativi alla contrattazione collettiva, seppur nella sola ottica della tutela di interessi pubblici quali la tutela del mercato del lavoro e dell'occupazione⁽⁶⁾, la crescente identità tra democrazia sindacale e democrazia politica, ne evidenziava i rischi e finalizzava i suoi studi alla risoluzione del problema della legittimazione democratica del sindacato verso i soggetti rappresentati⁽⁷⁾.

Oggi, invece, l'istituzionalizzazione dell'autonomia collettiva sembra essere diretta verso interessi non più collegati alla mera regolazione del mercato del lavoro, ma che sono espressione di diritti fondamentali alla previdenza, all'assistenza, alla salute (*Infra*, par.1.2).

Il punto più interessante, per il percorso che si intende seguire in questa sede, però riguarda la riflessione di D'Antona sulla necessità di regolazione del soggetto privato che diviene destinatario del trasferimento di un potere pubblico, appartenuto sino a quel momento allo Stato.

La tesi che si cercherà di sostenere è che, a partire dalla legge di stabilità del 2016 (*infra*, par. 1.2), il legislatore abbia compiuto, attraverso una forte incentivazione fiscale al welfare occupazionale contrattato, un ulteriore passo in questo processo di istituzionalizzazione dell'autonomia collettiva (*infra*, par.4), che pertanto, in analogia con la riflessione di cui sopra, necessita di essere nuovamente regolata.

1.2. Le ricadute della delega di funzione sul contratto collettivo

Negli anni immediatamente successivi alla crisi economica globale, con la legge di stabilità del 2016 il legislatore introduce in via sperimentale un sistema di incentivi fiscali a sostegno del welfare occupazionale contrattato, resi strutturali dalle successive leggi di stabilità, attraverso le quali intende realizzare una *policy* pubblica⁽⁸⁾ di stampo redistributivo. Come noto, in una fase

⁽⁵⁾ M. D'Antona, *Pubblici poteri nel mercato del Lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, RIDL, 1987, I, 226-291.

⁽⁶⁾ M. D'Antona, *Pubblici poteri nel mercato del Lavoro*, *op. cit.*

⁽⁷⁾ M. D'Antona, *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello statuto dei lavoratori rivisitato*, in G. Ghezzi (a cura di) *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, Ediesse, 2000, 47 ss.

⁽⁸⁾ B. Caruso, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del welfare aziendale, nuove strategie di gestione del lavoro o neo consumismo?*, RIDL, 2018, I, 370 ss. Gli incentivi costituirebbero oramai

precedente al sostegno pubblico al welfare contrattato, le pratiche di welfare aziendale venivano identificate con iniziative unilaterali di imprenditori illuminati, risalenti al periodo post-industriale ed estranee alle relazioni negoziali con il sindacato. Queste iniziative si sviluppano, successivamente, in tempi più recenti, attraverso la spontanea adozione di regolamenti aziendali, espressione di un cambiamento strutturale dell'organizzazione d'impresa. Quest'ultima, cosciente della propria essenza politica, diviene anche socialmente responsabile e garante del benessere dei lavoratori⁽⁹⁾. In questa prospettiva, l'impresa non ha più come unico scopo il profitto, ma persegue altri obiettivi tra i quali la tutela dei bisogni dei lavoratori e il miglioramento delle loro condizioni di vita⁽¹⁰⁾.

L'autoregolazione dell'impresa comporta il venir meno di un controllo dei valori di cui è portatrice, poiché il carattere unilaterale del regolamento aziendale diminuisce lo spazio di controllo riservato in via preliminare al sindacato ed in via eventuale e successiva al giudice⁽¹¹⁾.

Con la legge n. 208 del 28 dicembre 2015 il legislatore, dopo aver guardato a queste pratiche con particolare favore e avendone valutato l'impatto positivo, colto gli svantaggi della loro dimensione unilaterale, offre un forte sostegno al welfare aziendale contrattato per renderlo oggetto di decisioni condivise con il sindacato e di un'obbligazione avente fonte contrattuale. Lo fa sulla scia di un cambiamento strutturale, spontaneo dell'organizzazione d'impresa, che elegge a soluzione del problema del necessario ripensamento del *welfare state*, ormai svuotato di buona parte delle sue risorse. Questa *policy* ha l'effetto di spingere il sistema delle relazioni industriali ad assumersi funzioni pubbliche di protezione tipiche dello Stato sociale, senza invaderne la sfera di autonomia. Ciò non avviene attraverso il conferimento di un'espressa delega di compiti normativi al contratto collettivo, ma la legge riserva un trattamento di favore ad una determinata tipologia di contrattazione collettiva, di tipo

un *modus operandi* attraverso il quale lo stato ha inteso realizzare una *policy* pubblica a carattere promozionale finalizzata ad indirizzare gli attori sociali verso una negoziazione aziendale di tipo partecipativo.

⁽⁹⁾ M. Barbera, "Noi siamo quello che facciamo". *Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, DLRI, n. 144, 2014. In particolare, l'Autrice chiarisce bene che l'impresa a seguito della valutazione dell'impatto sociale del proprio agire, con un'apertura nei confronti di gruppi o soggetti esterni (comunità locali, enti di governo, associazioni no profit, istituzioni educative, sindacati, stampa: i cosiddetti *stakeholders*) diverrebbe cosciente del fatto che questi possano risentire degli effetti delle decisioni aziendali (che costituisce il sostrato altruistico della RSI), ma anche che tali soggetti possano, a loro volta, influenzare l'attività dell'impresa in termini di politiche o di processi lavorativi (639).

⁽¹⁰⁾ B. Caruso, "The bright side of the moon" cit.

⁽¹¹⁾ M. Barbera, "Noi siamo quello che facciamo" cit.

partecipativo, in ragione dei suoi contenuti (il conferimento di beni e servizi ai lavoratori impiegati presso l'impresa)⁽¹²⁾. Con la tecnica della novella fiscale (*infra*, par. 2) viene individuato un insieme di *benefits* che, in ragione delle loro finalità sociali, siano esse educative, formative, ricreative, assistenziali, sanitarie, sono soggette ad agevolazioni tali da escluderne il computo del valore nella somma dei redditi da lavoro dipendente ai fini dell'imposizione IRPEF e dai redditi d'impresa ai fini del calcolo IRES⁽¹³⁾.

I provvedimenti del governo inizialmente sono pensati per creare un collegamento tra incentivi e welfare occupazionale nell'ipotesi in cui l'*obbligazione sociale* trovi la genesi nel contratto collettivo di secondo livello. Successivamente, anche se con effetto sostanzialmente retroattivo, gli incentivi vengono estesi all'ipotesi in cui ciò avvenga in conformità con le disposizioni del CCNL ovvero di un accordo interconfederale, anche in funzione dell'allargamento del campo di efficacia⁽¹⁴⁾.

Il legislatore, con la legge di stabilità del 2017, ha infatti cooptato nel sistema di sgravi e agevolazioni anche i contenuti dei contratti collettivi nazionali e degli accordi interconfederali, nell'ottica dell'estensione del suo ambito di efficacia oltre al livello periferico di contrattazione.

Un ulteriore beneficio (fiscale per i lavoratori e contributivo per i datori di lavoro), legato esclusivamente al secondo livello di contrattazione collettiva, è inoltre previsto nel caso di conversione totale o parziale del salario di produttività in prestazioni di welfare e induce le parti a mettere in pratica di strategie di modernizzazione salariale, sulla base di convenienze indotte da risorse pubbliche messe a disposizione a tale scopo⁽¹⁵⁾.

Ciò che si intende sostenere, sin d'ora, è che con l'inclusione di prestazioni sociali e protettive nell'oggetto, il contratto collettivo diviene mediatore di tre diverse tipologie di interessi (*infra*, par. 2.1): 1) l'interesse dell'impresa o delle imprese coinvolte nell'accordo alla produttività, alla competitività e al profitto; 2) l'interesse collettivo dei lavoratori al mantenimento dell'occupazione, al miglioramento delle condizioni di lavoro e al benessere

(12) Caruso, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del welfare aziendale* cit., 370.

(13) Per l'elencazione di beni e servizi che consentono l'accesso a vantaggi fiscali e contributivi per lavoratori dipendenti e imprese si vedano E. Messagli - S. Spattini - M. Tiraboschi, *Fare Welfare in Azienda*, ADAPT University Press, 2018, 181-203. Per le ultime novità introdotte con la legge di stabilità del 2019 (l. n. 145/2018) si veda *Percorsi di Secondo welfare* all'indirizzo web <https://secondowelfare.it/aziende/legge-di-bilancio-2019-gli-interventi-in-materia-di-welfare-aziendale.html>.

(14) D. Comandè, *Il nuovo welfare contrattuale nei negoziati collettivi nazionali: stato dell'arte e criticità*, *RDSS*, 2017, 4, 821-842 e in particolare 824-825.

(15) B. Caruso, "*The bright side of the moon*" cit., 197.

organizzativo; 3) l'interesse del lavoratore al soddisfacimento di bisogni primari, costituzionalmente tutelati, espressione di diritti fondamentali e sociali. Interessi che esulano dalla composizione del conflitto tra lavoro e capitale, ma hanno carattere generale, attengono alla dimensione dell'individuo in quanto tale e non in quanto lavoratore. Questi ultimi vengono trasformati, eletti a interessi collettivi grazie alla mediazione delle organizzazioni sindacali, in esito ad un processo di formazione della volontà, che gli attribuisce una nuova dimensione collettiva, con la conseguente funzionalizzazione dei contratti collettivi a finalità di pubblico interesse. Questi interessi ontologicamente “*individuali-generalisti*”, che, come già affermava Romagnoli⁽¹⁶⁾, possono essere soddisfatti, se non esclusivamente, in larga prevalenza mediante comportamenti attivi dei pubblici poteri, una volta inclusi nell'oggetto dell'attività concertativa sindacale producono un effetto che si ripercuote anche sulla funzione del sindacato: affiancare lo Stato Sociale nella sua azione di garante dei diritti sociali dei propri rappresentati.

2. La nuova funzione della contrattazione collettiva

Scriveva Massimo D'Antona già all'inizio degli anni Novanta di come la democrazia sindacale somigliasse sempre più alla democrazia politica a causa di un processo di istituzionalizzazione della figura del sindacato, conseguente al riconoscimento di una vasta delega di compiti normativi alla contrattazione collettiva, che veniva considerata dal legislatore già allora come «istituzione sociale capace di autoregolazione e a questo titolo integrata nel sistema dei pubblici poteri»⁽¹⁷⁾. Nello specifico, la contrattazione collettiva assumeva una funzione sempre più politica, di tipo organizzativo-procedurale, rispetto a quella tradizionale normativa di fissazione delle quantità standard di lavoro e di salario. Questo perché i soggetti collettivi contraenti cogestivano aspetti della strategia d'impresa e condividevano quote di potere dell'impresa nei confronti dei lavoratori⁽¹⁸⁾.

Le norme sul welfare occupazionale sembrano porsi in linea di continuità con questo processo, anzi, in qualche misura, superandolo (come si cercherà di argomentare *infra*, par. 4.2), proprio per l'effetto di spingere le parti sindacali ad

⁽¹⁶⁾ U. Romagnoli, *Diritti sociali e Costituzione: dalla cittadinanza alla cittadinanza industriale*, in G. Casadio (a cura di), *Diritti sociali e del lavoro nella costituzione italiana*, Ediesse, 165.

⁽¹⁷⁾ M. D'Antona, *Diritti sindacali e diritti del sindacato* cit., 50.

⁽¹⁸⁾ M. D'Antona, *Diritti sindacali e diritti del sindacato* cit., 50.

assumersi una nuova una funzione politico-istituzionale multidimensionale⁽¹⁹⁾, che potrebbe essere così sintetizzata: a) una dimensione positiva di sviluppo della funzione organizzativo-procedurale, che dispiega il proprio effetto *all'interno del sistema delle relazioni industriali*, volta alla ridefinizione partecipativa dei modelli d'impresa nonché alla progettazione di strategie di incremento della produttività⁽²⁰⁾; b) una dimensione negativa, espressione del trasferimento al contratto collettivo di un potere politico, che produce effetti *all'esterno del sistema relazioni industriali* e alleggerisce il peso delle prestazioni sociali gravanti sullo Stato anche grazie alla sua capacità di riequilibrare le componenti interne alla spesa pubblica⁽²¹⁾. Quest'ultima dimensione funzionale permette l'apertura di opportunità negoziali politiche per il sindacato che, in questo modo, si fa garante di interessi dei propri rappresentati; interessi che sono espressione di diritti fondamentali, e non appartengono loro in quanto *insider* al mercato del lavoro.

2.1. La concertazione sociale e il nuovo spazio d'azione per il sindacato

La normativa fiscale premiale, con agli artt. 51 e 100 del TUIR, incentiva il sindacato all'intermediazione di utilità in favore dei rappresentati senza fornire però una precisa declinazione tipologica dei *fringe benefits* oggetto dell'intervento premiale.

Sono le ricerche empiriche a mostrare come la concertazione sociale operi entro un *range* flessibile e ampio di beni che si concentrano su bisogni assistenziali dei lavoratori (sanità, istruzione, beni ad uso personale, trasporti), bisogni previdenziali, misure per l'integrazione della dimensione professionale e familiare (conciliazione vita-lavoro, *smartwork*), istituti finalizzati a promuovere l'integrazione, misure di welfare di stampo partecipativo per *stakeholder* ad elevato grado di professionalità in grado di rafforzare il senso di appartenenza identitaria del lavoratore al contesto aziendale (in particolare il riferimento è *Employee Stock Ownership Plans* ESOP e cioè piani di partecipazione diretta dei

⁽¹⁹⁾ Si veda B. Caruso, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali* cit., 369-388; V. Bavaro, *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali in Italia (a proposito di un'indagine territoriale)*, DRI, 2017, 1, 41.

⁽²⁰⁾ L. Pilotti, *Welfare aziendale tra Industry 4.0 e smart working: leve di wellness partecipative, creative per la crescita della produttività cognitiva e del paese*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci editore, 2019, 214-240. Si veda Anche C. Murena, *Welfare aziendale e fidelizzazione dei lavoratori*, LDE, 2020, 3.

⁽²¹⁾ F. Razzetti - F. Maino, *Attori e risorse tra primo e secondo welfare*, in *Quarto rapporto sul secondo welfare in Italia*, 2019, Centro di ricerca e documentazione Luigi Einaudi, 2019, 49-52.

ceti professionali cruciali per lo sviluppo dell'azienda alla proprietà di quote della società datrice di lavoro)⁽²²⁾.

Da qui la conferma di una molteplicità di soluzioni che offrono sostegno alle più disparate esigenze del lavoratore⁽²³⁾ e l'apertura di spazi d'azione politica per il sindacato a tutela dei rappresentati. In questo senso al sindacato viene conferita anche capacità di ricalibratura del *welfare state* tradizionale in risposta alle nuove forme di vulnerabilità dei cittadini. Tali bisogni sono in continuo divenire e richiedono una progettazione rapida di politiche flessibili e servizi mirati, difficilmente realizzabili dalle amministrazioni pubbliche⁽²⁴⁾.

Il Quarto rapporto sul secondo welfare in Italia evidenzia come la spesa sociale pubblica italiana abbia un'articolazione interna fortemente sbilanciata verso la componente previdenziale, ipertrofica rispetto ad altre voci di spesa pubblica⁽²⁵⁾, ed è proprio in questi campi, prerogativa del potere amministrativo, che si dispiega la portata riequilibratoria della delega di funzione. Senza pretesa d'eshaustività, si segnala che il welfare occupazionale costituisce potenzialmente un metodo per il contrasto all'inadeguatezza del Sistema Sanitario Nazionale, divenuto incapace, a causa dei continui tagli di bilancio, di far fronte ai bisogni sanitari generali della popolazione, aumentati negli ultimi anni anche in ragione del suo progressivo invecchiamento⁽²⁶⁾. Attraverso l'istituzione di fondi di sanità

⁽²²⁾ M. Castro, *Il welfare aziendale, ragione e prospettive di una strategia*, in T. Treu (a cura di), *Welfare aziendale 2.0, nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016.

⁽²³⁾ Tra le misure di welfare occupazionale si annoverano: fondi sostegno affitto, coperture assicurative agevolate, permessi aggiuntivi per cure parentali, convenzioni con enti, società cooperative per assistenza a disabili, il servizio di maggiordomo aziendale, sconti, convenzioni per colonie e campus per i figli dei dipendenti, agevolazioni varie per viaggi, shopping, salute e benessere e tempo libero, promozione e diffusione della cultura particolare attenzione è riservata a temi precisi indirizzati a incrementare fondi integrativi di previdenza complementare (71%) o di assistenza sanitaria integrativa (63%) per un'analisi di maggior dettaglio. Si veda: L. Sbarra - A.R. Munno - G. Bianco - S. Spiller - R. Benaglia (a cura di), *✓ Rapporto OCSEL 2019*, reperibile all'indirizzo web <https://www.cisl.it/osservatori/ocsel-contrattazione-di-2-livello/report/14754-v-rapporto-ocsel.html>.

⁽²⁴⁾ F. Razetti - F. Maino, *Un rinnovato protagonismo per stakeholder e corpi intermedi? Il secondo welfare tra evoluzioni concettuali e sviluppi empirici*, in F. Maino - M. Ferrara (a cura di), *Nuove alleanze per un welfare che cambia: quarto rapporto sul secondo welfare in Italia*, Giappichelli, 2019, 49-80, https://www.secondowelfare.it/edt/file/Quarto_Rapporto_sul_secondo_welfare.pdf

⁽²⁵⁾ F. Razetti, F. Maino, *Un rinnovato protagonismo per stakeholder* cit., 49-80.

⁽²⁶⁾ La componente di spesa pubblica destinata alla sanità è infatti stazionaria sin dal 2008 sino al 2019, viceversa si registra un aumento della spesa sanitaria privata a carico diretto dei cittadini, che implica il rischio di un aggravio di costi soprattutto in capo ai soggetti più svantaggiati dal punto di vista delle condizioni di salute e/o con scarsa disponibilità di reddito. La salute costituisce l'area di spesa per il welfare più rilevante per le famiglie, con un valore complessivo di 37,7 miliardi nel 2018. Per approfondire si veda F. Razetti, F. Maino, *op. ult. cit.*, 53-58.

integrativa, l'adesione ad enti e le casse di mutuo soccorso, peraltro istituti regolabili dal contratto collettivo nazionale di categoria e quindi accessibili ad un numero maggiore di lavoratori dipendenti, è possibile sostenere la spesa sanitaria privata delle famiglie⁽²⁷⁾.

Una sorte simile è riservata ai fondi di previdenza integrativa potenzialmente correttivi degli effetti collegati all'esercizio del diritto di conversione del premio di risultato in *fringe benefits*. In tale ipotesi, a fronte di un immediato risparmio contributivo, il lavoratore dovrà fare i conti con una diminuzione del reddito da pensione percepito. La perdita potrebbe, però, essere scongiurata qualora la porzione di premio convertita venisse destinata a fondi di previdenza integrativa o complementare, con funzione sussidiaria rispetto al sistema nazionale di previdenza ⁽²⁸⁾.

Il welfare occupazionale, inoltre, può essere inteso come strumento per incentivare la condivisione dei ruoli familiari di cura, che ad oggi pesano principalmente sulla donna. Il sindacato, in questo modo, può farsi promotore di politiche mirate di welfare familiare che incidano più sulla condivisione dei compiti di cura familiare che sulla conciliazione vita-lavoro e ritagliarsi, così, un ruolo attivo nella promozione della partecipazione e permanenza femminile al lavoro⁽²⁹⁾.

3. Tensioni evolutive: la segmentazione delle tutele sociali

Al di là degli effetti virtuosi, la delega di funzione sociale al contratto collettivo può costituire, da un lato un fattore di incremento dei dualismi che già caratterizzano il mercato del lavoro, dall'altro un fattore di potenziale contrazione del welfare universalistico, con il conseguente rischio di una segmentazione di tutele sociali per gli stessi lavoratori. Ciò in ragione dell'intreccio tra la disciplina fiscale e le regole di funzionamento del sistema delle relazioni industriali, che rendono il welfare occupazionale un sistema ad efficacia soggettiva limitata.

Quanto alla disciplina fiscale, si premette sin d'ora che l'intervento della leva fiscale sul welfare occupazionale è avvenuto con meccanismi redistributivi, indiretti, di agevolazione (*tax expenditures*) tesi a favorire l'acquisizione di servizi

⁽²⁷⁾ F. Razetti, F. Maino, *op. ult. cit.*, 71.

⁽²⁸⁾ G. Mallone - T. Tafaro, *Premio in welfare oggi, quale pensione domani?*, RPS, 2017, 2, 47-59.

⁽²⁹⁾ C. Alessi, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, DRI, 2018, 3, 804-821.

e prestazioni sociali attraverso il mercato privato⁽³⁰⁾. Lo Stato ha quindi rinunciato ad incassare parte delle imposte normalmente a carico di imprese e lavoratori, potenzialmente destinate al finanziamento del primo welfare, per diminuire il costo del lavoro gravante su di un numero limitato di imprese e la pressione fiscale gravante su un numero limitato di lavoratori che ne sono alle dipendenze (*infra*, par. 3).

Uno dei limiti del welfare occupazionale, infatti, riguarda la sua diffusione disomogenea, che riflette: 1) le differenze tra nord industrializzato e il sud Italia poco industrializzato; 2) lo squilibrio tra grandi e piccole-medie imprese, nonché la scarsa diffusione della contrattazione collettiva di secondo livello tra le PMI; 3) Il dualismo tra lavoratori “forti”, garantiti e lavoratori “deboli”, precari, e ciò senza contemplare tutti quei soggetti che non hanno accesso al mercato del lavoro.

Le ricerche empiriche, pur riconoscendo una crescita della diffusione del welfare occupazionale, ne danno una chiara dimostrazione.

3.1. Le ricerche empiriche

I dati elaborati dall’OCSEL⁽³¹⁾ e dalla CGIL⁽³²⁾ mostrano come negli ultimi anni sia avvenuta una rapida crescita della contrattazione di secondo livello sul welfare, ma anche come la sua ripartizione geografica veda ancora in testa il Nord Italia⁽³³⁾, a causa della differente concentrazione di imprese sul territorio: più della metà delle imprese censite dall’ISTAT nel 2019 infatti è attiva al Nord (il 29,2% nel Nord-ovest e il 23,4% nel Nord-est), mentre le percentuali diminuiscono al 21,4% per Centro e al 26,0% nel Mezzogiorno⁽³⁴⁾.

In relazione alla classe dimensionale delle imprese che contrattano welfare, inoltre, si nota come la frequenza di contrattazione sociale sia maggiore nelle imprese di grandi dimensioni⁽³⁵⁾. La dimensione delle imprese, infatti,

⁽³⁰⁾ Si veda E. Pavolini - U. Ascoli, *The dark side of the moon, il ruolo del welfare fiscale nel sistema di protezione sociale italiano*, PS, 1, 2019, 1, 41-43.

⁽³¹⁾ A.R. Munno - G. Bianco - S. Spiller - R. Benaglia - V. Rapporto OCSEL, *Il lavoro cambia...la contrattazione costruisce risposte*, dicembre 2019 e A.R. Munno - G. Bianco - S. Spiller - R. Benaglia, IV Rapporto OCSEL, *Il lavoro cambia...la contrattazione costruisce risposte*, luglio 2018.

⁽³²⁾ *Secondo rapporto sulla contrattazione di secondo livello CGIL*, Gennaio 2020, 61 ss.

⁽³³⁾ Si veda anche *Welfare Index PMI Rapporto 2019*, in particolare 84 ss.

⁽³⁴⁾ Censimento Permanente delle imprese reperibile all’indirizzo web <https://www.istat.it/it/archivio/238337>

⁽³⁵⁾ Secondo rapporto sulla contrattazione di secondo livello CGIL, *op. cit.*, 64; si veda anche E. Barazzetta - V. Santoni, *Welfare aziendale e contrattazione: sfide e opportunità per le parti*

costituisce discriminante del tipo di iniziativa sindacale⁽³⁶⁾ e deve essere correlata alla concreta composizione della popolazione aziendale italiana. Gli ultimi dati Istat disponibili, mostrano che i due terzi delle imprese italiane (821 mila, pari al 79,5% del totale) sono microimprese (con 3-9 addetti in organico), 187 mila (pari al 18,2%) sono di piccole dimensioni (10-49 addetti), mentre le medie (con 50-249 addetti) e le grandi imprese (con 250 addetti e oltre) rappresentano il 2,3% del campione analizzato⁽³⁷⁾. Procedendo con una stima⁽³⁸⁾, seppur approssimativa, del numero di lavoratori impiegati nelle imprese oggetto dell'indagine, si nota come le imprese piccole (con 3-9 addetti), che difficilmente vedranno applicato al loro interno un contratto collettivo aziendale⁽³⁹⁾, contino un numero di lavoratori che è potenzialmente compreso tra i 2.463.000 sino ai 7.389.000. Il numero dei lavoratori alle dipendenze di imprese di media dimensione (da 10 a 49 addetti) è compreso entro una forchetta di valori che va da un minimo di 1.870.000 ad un massimo di 9.163.000, mentre per le imprese di grandi dimensioni (50- più di 250 addetti) i valori variano da un minimo di 1.200.000 sino ad un massimo di 6.000.000.

Incrociando dunque i dati relativi alla percentuale di imprese differenziate in base alla tipologia di grandezza e quelli relativi al numero di lavoratori ivi potenzialmente impiegati, anche senza procedere ad un calcolo accurato, si può comunque dare contezza dell'impatto differenziato che la dimensione delle imprese ha sul tasso di copertura soggettiva del welfare occupazionale.

L'efficacia limitata del welfare occupazionale, infine, dipende non solo dal suo legame con il contratto collettivo di lavoro, ma anche da quello con il

sociali, in *Nuove alleanze per un welfare che cambia: quarto rapporto sul secondo welfare in Italia*, Giappichelli, 2019, 102 ss.

⁽³⁶⁾ Da considerare è che il requisito quantitativo per la costituzione delle rappresentanze aziendali preclude in concreto una diffusione universale del welfare contrattato.

⁽³⁷⁾ Si veda Censimento nazionale delle imprese per l'anno 2019, reperibile all'indirizzo web <https://www.istat.it/it/censimenti-permanenti/imprese>

⁽³⁸⁾ La stima è stata ottenuta moltiplicando il numero delle imprese così come divise in categoria (piccole - medie-grandi) per il numero massimo e minimi di lavoratori assunti presso le diverse categorie di imprese: dai 3 ai 9 per le piccole, dai 10 ai 49 addetti per le imprese di medie dimensioni e dai 50 ai 250 lavoratori dipendenti per le grandi imprese.

⁽³⁹⁾ Ciò principalmente in considerazione delle regole per la costituzione di RSA e RSU in azienda ed in particolare il riferimento è all'art. 35 dello Statuto dei lavoratori che limita il campo di applicazione del titolo terzo dello Statuto, e dunque anche dell'art. 19, alle sole unità produttive con oltre 15 dipendenti. Al problema della difficoltà di stipula di un contratto collettivo aziendale si può ovviare attraverso la stipula di contratti di rete aventi ad oggetto piani di welfare (*infra*, par. 3.2).

contratto di lavoro subordinato. Ciò comporta una disparità d'accesso ai benefici conseguenti all'elargizione delle misure contrattate tra *insider* ed *outsider* al mercato del lavoro. Quanto a questi ultimi, si consideri che in base alla nota trimestrale congiunta sulle tendenze all'occupazione relativa al quarto trimestre del 2019, il tasso di disoccupazione nazionale nel periodo di riferimento si attestava attorno al 9,8% (peraltro la nota si riferisce ad un periodo precedente all'emergenza covid-19 che, con grandi probabilità, determinerà un aumento del dato percentuale ivi presentato); il mercato del lavoro Italiano, inoltre, continua a dimostrarsi particolarmente escludente per i giovani under 34 e con un forte divario occupazionale tra generi⁽⁴⁰⁾.

I dati fin qui riportati si riferiscono all'intero territorio nazionale, ma la situazione non cambia qualora si analizzi una realtà territoriale particolare. Si pensi ad una realtà imprenditoriale ristretta, ma florida, come quella del territorio bresciano⁽⁴¹⁾. Qui i dati dell'Osservatorio sul Mercato del Lavoro e sulle Relazioni collettive (OSMER)⁽⁴²⁾ relativi agli anni 2016-2018 mostrano il tendenziale aumento del numero di accordi collettivi di secondo livello aventi ad oggetto misure di welfare, ma anche la loro scarsa copertura soggettiva in

⁽⁴⁰⁾ Nota trimestrale sulle tendenze dell'occupazione relativa al III trimestre 2019 reperibile all'indirizzo web <https://www.istat.it/it/archivio/239900>

⁽⁴¹⁾ La Provincia di Brescia è la seconda provincia più industrializzata della Lombardia, seconda solo a Milano.

⁽⁴²⁾ Ad oggi, la banca dati dell'Osservatorio, costituito nel 2005, su iniziativa di docenti e ricercatori del Dipartimento di Giurisprudenza e del Dipartimento di Economia e Management dell'Università degli studi di Brescia, conta un totale di 2.861 accordi aziendali stipulati tra il 2008 e il 2018. Il Data base OSMER è particolarmente articolato, anche se non comprende la totalità degli accordi siglati nello stesso periodo dalle imprese bresciane poiché la fonte prevalente utilizzata è rappresentata dagli accordi depositati presso l'Ispettorato Provinciale del Lavoro. Come è noto l'obbligatorietà a tale deposito riguarda solo gli accordi con un contenuto che si avvale di aspetti decontributivi e agevolativi sul piano previdenziale e/o fiscale. Nulla vieta però il deposito anche di accordi che non presentino tali prerogative. La fonte utilizzata ha quindi consentito di raccogliere la totalità degli accordi depositati obbligatoriamente integrati da un numero significativo di accordi depositati volontariamente e – in aggiunta – da un numero di accordi crescente fornito dalle parti sociali. Complessivamente si ritiene che il campione sia ampiamente rappresentativo della produzione contrattuale in provincia di Brescia nei dieci anni considerati almeno sul piano generale. Si veda Y. Dormidontova, *Database OSMER: i contenuti dei contratti dal 2008 al 2018 reperibile all'indirizzo web <http://www.osmer.org/>* e per approfondire : S. Albertini - M. Castellani, *L'evoluzione della contrattazione decentrata in provincia di Brescia dal 2008 al 2014*, in C. Alessi - L. Guaglianone (a cura di), *Ragioni e passioni della contrattazione collettiva di secondo livello, tendenze italiane ed europee*, Aracne, 2017, 111; S. Albertini - N. Casnici - M. Castellani, *I fattori determinanti la contrattazione integrativa aziendale nell'industria bresciana nel periodo di crisi*, Paper presentato alla XXXIII Aiel National Conference of Labour Economics, Ancona, 20-21 settembre 2018; F. Malzani, *Lavoro di qualità e contrattazione decentrata. L'esperienza bresciana*, in *Ragioni e passioni della contrattazione collettiva* cit., 147 ss.

relazione alle imprese che popolano il territorio bresciano. Infatti, secondo la *data base* OSMER, il numero di imprese censite che applica la contrattazione in materia di welfare è pari a 53, mentre il campione totale di aziende presenti attualmente in anagrafica è pari a 1.330, che, se confrontato con l'insieme delle realtà imprenditoriali dell'intero territorio bresciano per l'anno 2018, pari a 105.432⁽⁴³⁾, rende l'idea della limitata copertura soggettiva del welfare occupazionale sul territorio locale. Inoltre, le 53 imprese oggetto d'analisi sono tutte di medio-grandi dimensioni (nessuna ha un numero di dipendenti inferiore a 15). Con riguardo al campione oggetto d'analisi, infine, anche se non è possibile calcolare con precisione il numero di lavoratori dipendenti che beneficiano delle misure di welfare, si può stimarne il numero massimo e il numero minimo, compreso in una forchetta di valori che varia da 9.910 dipendenti a 23.733⁽⁴⁴⁾. A prescindere dalla scarsa precisione del dato ottenuto, la copertura soggettiva del welfare contrattato risulterebbe comunque esigua se rapportata al tasso di occupazione dei lavoratori subordinati che, in provincia di Brescia, nel 2018 ammontava a 441.900⁽⁴⁵⁾.

Vero è che la possibilità di accedere ai benefici fiscali legati al welfare contrattato, seppur in un momento successivo alla legge di stabilità del 2016, è stata estesa all'ipotesi in cui ciò avvenga in conformità con le disposizioni del

⁽⁴³⁾ Dati relativi alle imprese attive e presenti nel registro delle imprese riferiti all'anno 2018, reperibili sul sito internet della Camera di commercio di Brescia all'indirizzo web https://www.asrlombardia.it/asrlomb/it/opendata/Imprese_attive_presenti_nel_Registro_delle_Imprese_al_31_12_per_sezione_di_attivit_economica__Comunale?t=Tabella&restric tBy=CCANNO_63889777=2018,CCLIVELLO_TERRI1116512879=Provincia,CCTERRI TORIO_811872728=Brescia.

⁽⁴⁴⁾ I valori utilizzati per ottenere la stima del numero massimo di dipendenti beneficiari del welfare sono stati calcolati con riferimento alle tradizionali categorie utilizzate per indicare la grandezza delle imprese e che variano così: a) da 0 a 9; b) da 11 a 19; c) da 20 a 49; d) da 50 a 99; e) da 100 a 249; f) da 250 a 499; g) da 500 a 999; h) da 1000 a 4999; i) n > di 5000. Ciascuna delle imprese che applica un contratto collettivo di lavoro efficace per l'anno 2018 e che include nel proprio oggetto prestazioni di welfare occupazionale, catalogate nell'anagrafica del *Database* Osmer, è stata ricondotta entro una delle categorie di cui appena sopra in base al numero di lavoratori alle proprie dipendenze per il periodo di riferimento. Tutte le imprese considerate ai fini del calcolo del dato hanno applicato nell'arco del 2018 un contratto collettivo avente ad oggetto clausole di welfare occupazionale, come ricavabile da una lettura del testo degli accordi presenti all'intento della Banca Dati Osmer. Da rilevare è che nessuna delle imprese registrate in anagrafica conta più di 5000 dipendenti, e solo una di queste ha un numero di lavoratori compreso tra i 1000 e 4999.

⁽⁴⁵⁾ Forze lavoro nel 2018 in provincia di Brescia, pag. 6, documento redatto dalla Camera di commercio artigianato e agricoltura di Brescia e reperibile all'indirizzo web http://www.bs.camcom.it/files/Studi/Approfondimenti_tematici_2019/forze-lavoro-2018_24_04_2019.pdf

CCNL ovvero di un accordo interconfederale⁽⁴⁶⁾. In questo modo si è reso il welfare occupazionale più inclusivo, si è così ampliato il suo potenziale campo d'efficacia soggettiva, ma la contrattazione di piani di welfare a livello di categoria non è esente da problemi. Innanzitutto, nulla può riguardo la convertibilità del premio di risultato. Inoltre, potrebbe celare il rischio di un passaggio dal welfare di stampo prevalentemente universalistico, quest'ultimo fondato sullo status di cittadino o legato alla verifica dello stato di bisogno dell'individuo, ad un welfare di categoria⁽⁴⁷⁾, comunque legato all'appartenenza al mercato del lavoro ed in particolare alla condizione di lavoro subordinato, ad oggi incerta ed instabile⁽⁴⁸⁾.

Quanto a questo rischio sorgono alcune questioni, che tuttavia non possono essere compiutamente affrontate in questa sede, ma che si intende comunque sollevare, anche solo per segnalarne l'esistenza. Il riferimento è al dubbio riguardo l'imputabilità di detto rischio alla sola legge di stabilità del 2017 che, come anticipato (*supra* par. 1.2) ha per prima cooptato nel sistema di sgravi ed agevolazioni fiscali anche i contenuti dei contratti collettivi nazionali e degli accordi confederali. In realtà, già gli interventi legislativi a sostegno del welfare aziendale unilaterale, prima, e del welfare occupazionale legato al contratto collettivo di secondo livello poi, possono dirsi sintomatici della potenziale migrazione da un sistema di welfare di stampo prevalentemente universalistico ad un welfare di categoria. Si può però ipotizzare che, sino al 2017, il tema non avesse una dimensione quantitativa così rilevante, considerata la minore copertura soggettiva della contrattazione aziendale o territoriale. Pertanto, pare solo il caso di segnalare alcuni studi che, già nel 2012, si occupavano del tema

⁽⁴⁶⁾ Il legislatore con la legge di stabilità 2017 (l. n. 232/2016) fornisce un'interpretazione autentica della precedente legge di bilancio (l. n. 208/2015) che all'art. 1 c. 187, per individuare quali accordi collettivi fossero abilitanti all'accesso agli sgravi fiscali, operava un rinvio all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, il quale facendo riferimento ai contratti collettivi di qualsiasi livello include anche quelli nazionali e interconfederali. La norma interpretativa avrebbe valenza retroattiva, pertanto, le nuove disposizioni inciderebbero anche sulle corresponsioni previste dai contratti collettivi sottoscritti nel corso del 2016. Si veda D. Comandè, *op. cit.*, 824 ss.

⁽⁴⁷⁾ Il rischio del passaggio da un welfare universalistico, al welfare di categoria sarebbe da imputare alla legge di stabilità del 2017 che ha cooptato nel sistema di sgravi ed agevolazioni fiscali anche i contenuti dei contratti collettivi nazionali e degli accordi confederali.

⁽⁴⁸⁾ Contra B. Caruso, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali* cit., 386-387 secondo cui il welfare occupazionale settoriale fungerebbe da rimedio al rischio di fratture sociali prodotte invece dal welfare aziendale.

della tutela dei diritti sociali e del loro legame con il concetto di cittadinanza e dei rischi legati all'incentivazione del welfare aziendale⁽⁴⁹⁾.

3.2. Le reti di imprese

In alcuni contesti, per ovviare al problema della limitata diffusione del welfare occupazionale tra le piccole e medie imprese, sono andate costituendosi *partnership* territoriali tra imprese, enti locali e pubbliche amministrazioni, che hanno provato a rendere il welfare aziendale più inclusivo, nonché un elemento di sviluppo economico-sociale per il territorio di riferimento⁽⁵⁰⁾. Una soluzione potrebbe essere quella di operare a livello territoriale o di rete, istituendo fondi paritetici alimentati da contributi contrattualizzati ed in grado di erogare prestazioni e servizi per il distretto territoriale d'ubicazione. Merita menzione l'esperienza del distretto pratese, nata dall'esigenza di definire un sistema di welfare distrettuale per le aziende insediate nell'intero territorio. L'insieme delle imprese presenti sul territorio di Prato e Provincia si caratterizza, infatti, per una prevalenza di micro e piccole-medie imprese, con riferimento alle quali l'adozione della dimensione aziendale dell'intervento sarebbe risultata, in concreto, quasi impossibile, dispersiva ed inefficace⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Si veda U. Ascoli - M. L. Mirabile - E. Pavolini, *Dal Welfare di cittadinanza al welfare nel lavoro? Contrattazione collettiva e iniziativa d'impresa in Italia*, RPS, 2012, 3, 57, ove gli autori affrontano il tema dell'universalismo dei diritti e del loro legame con il concetto di cittadinanza.

⁽⁵⁰⁾ F. Alachevich, *Welfare territoriale nel distretto pratese, un gioco a somma positiva?*, DLRI, 2015, 1, 143-152. In questi casi però si segnala di come sia impossibile prescindere da precondizioni quali buone relazioni e buoni canali di comunicazione tra tutti gli attori sociali, imprese e lavoratori, sindacati e poteri locali per il buon esito della negoziazione di sistemi di welfare occupazionale. Viceversa con riguardo la ritenuta inidoneità delle circoscrizioni territoriali amministrative al rispetto delle connessioni organizzative tra imprese, che in taluni casi esulano dallo stretto contesto territoriale, si veda V. Bavaro, *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali* cit., il "Distretto" infatti fa riferimento all'ambito territoriale provinciale così come previsto dalle norme di diritto amministrativo e trascura le connessioni organizzative tra imprese che esulano dallo stretto contesto territoriale.

⁽⁵¹⁾ Il nucleo centrale di questo accordo è costituito dalle previsioni in materia di finanziamento delle prestazioni sociali: viene costruito un portale di domanda e offerta di servizi, ad ampio spettro; si prevede che le aziende possano decidere autonomamente di avvalersene per convertire la retribuzione integrativa verso l'erogazione di servizi; si prevede che le imprese negozino con le organizzazioni sindacali tale scelta, attraverso uno schema tipo di accordo e che comunque i lavoratori restino liberi di scegliere tra inserimento in busta paga o creazione di conto corrente per usufruire di servizi. Si veda R. Pessi, *L'accordo sul modello di welfare aziendale nel distretto industriale pratese: l'avvio di una possibile esperienza di welfare society*, DLRI, 2015, 1, 133-142. Sorgerebbe l'esigenza di un'evoluzione dal *welfare state* alla *welfare society*, in cui il benessere dei cittadini è rimesso non più al solo Stato, ma alla società nel suo complesso. L'idea è quella di trasformare e alleggerire lo Stato sociale, con un modello di welfare capace

Anche il ricorso al contratto collettivo di rete tra imprese, però, non va esente da difficoltà di carattere applicativo. In particolare, risulterebbe problematico il raccordo tra i diversi livelli di contrattazione collettiva nell'ipotesi in cui la rete dovesse coinvolgere imprese appartenenti a diverse categorie contrattuali, da raccordare oggettivamente ad una pluralità di CCNL, i quali potrebbero avere disciplinato i medesimi istituti generali in modo differente e previsto rinvii al secondo livello contrattuale per istituti diversi tra loro. Altrettanto problematica è l'ipotesi in cui i lavoratori siano rappresentati da diverse associazioni sindacali di categoria. Problemi pratici si prospetterebbero nelle ipotesi in cui le parti intendano stipulare un contratto collettivo di rete a livello interconfederale o a livello intercategoriale⁽⁵²⁾, che ad oggi dovrebbero essere risolti attraverso un aggiornamento dell'assetto della contrattazione collettiva, sia sotto il profilo dei soggetti, sia del raccordo oggettivo con i vincoli derivanti dai contratti collettivi applicati alle imprese coinvolte nella contrattazione di rete⁽⁵³⁾.

3.3. Possibili scenari per un welfare che diviene selettivo: la contrazione del welfare universale

Il problema maggiore legato al carattere soggettivamente selettivo del welfare occupazionale, come anticipato, riguarda la quantificazione della *tax expenditures* per suo il finanziamento sottoforma di mancato gettito fiscale, in

di risolvere la crisi del sistema tradizionale. L'effetto ultimo sarebbe quello di ridisegnare il ruolo del *welfare state* che diverrebbe centro di coordinamento delle relazioni sociali.

⁽⁵²⁾ L'efficacia dell'accordo interconfederale sarebbe condizionata all'adozione di contratti aziendali da parte delle imprese coinvolte nella rete, ma questa soluzione presuppone che le imprese coinvolte abbiano una contrattazione aziendale, cosa che appare praticamente impossibile per le PMI con meno di quindici dipendenti. Quest'ultima circostanza vanificherebbe il fine a cui tende l'accordo e cioè di rendere accessibile il welfare occupazionale a tutte quelle imprese e lavoratori che non ne hanno concretamente accesso. Inoltre, laddove vi sia contrattazione, in concreto l'accordo dovrebbe essere validato secondo le procedure del T.U. del 2014. Nel caso di accordo intercategoriale, sottoscritto dalle organizzazioni sindacali territoriali facenti capo le categorie coinvolte nell'accordo con efficacia pari ad un contratto territoriale, potrebbero verificarsi divergenze di approccio negoziale, mentre nel caso di imprese ubicate in circoscrizioni territoriali differenti seppur facenti capo al medesimo gruppo o alla medesima filiera produttiva potrebbero verificarsi ulteriori aggravii procedurali. Si veda V. Bavaro - S. Laforgia, *Contrattazione collettiva e "prossimità delle imprese"*, *op. cit.*, 119 ss.

⁽⁵³⁾ Per approfondire la questione si veda V. Bavaro - S. Laforgia, *Contrattazione collettiva e "prossimità delle imprese"*, in M. T. Carinci (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti di impresa, scelte organizzative e diritto del lavoro*, Giuffrè, 2015, 116-119. Nel senso dell'adozione di intese uniformi per aggregati di imprese accomunate dall'appartenenza a distretti o dall'adesione a contratti di rete si veda A. Perulli, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, RGL, 2013, I, 83 -155.

altri termini il problema di chi debba sostenere i costi legati alla politica fiscale redistributiva e chi sia concretamente ammesso a godere dei suoi benefici.

Emanuele Pavolini e Ugo Ascoli, in uno studio del 2019 sul rapporto tra welfare fiscale⁽⁵⁴⁾ e welfare occupazionale in Italia, cercano di stimare l'ammontare della *tax expenditure*⁽⁵⁵⁾ rispetto alla spesa in protezione sociale direttamente erogata dallo Stato in favore dei cittadini. In particolare, nel 2017 la spesa in welfare fiscale per finanziare il welfare occupazionale (con riferimento alla sanità e previdenza integrative e alla detassazione dei premi di risultato), avrebbe avuto un ammontare complessivo compreso tra 1,2 e 1,7 miliardi di euro⁽⁵⁶⁾. Costo rilevante e sostenuto dalla collettività, ma il cui effetto, come dimostrato anche dalle ricerche empiriche richiamate nel paragrafo precedente, va a beneficio di un numero ristretto di individui. I due studiosi, inoltre, concludono prospettando uno scenario futuro per il *welfare state*, che comporterà una radicale trasformazione del suo funzionamento. Se, infatti, dovesse confermarsi il trend già in atto, lo Stato continuerà a garantire il rispetto dei diritti sociali intervenendo sempre più tramite trasferimenti monetari e agevolazioni fiscali piuttosto che attraverso servizi erogati direttamente ai cittadini.

La promozione legislativa del welfare occupazionale, in mancanza di correttivi, finirà pertanto per portare lo Stato sociale verso una deriva liberista⁽⁵⁷⁾ e produrre segmentazione sociale: si creeranno un insieme di lavoratori

⁽⁵⁴⁾ I due studiosi in via preliminare si occupano del problema definitorio del concetto di welfare fiscale. Ai fini della presente ricerca sarà sufficiente richiamare l'ampia definizione fornita dall'OCSE nel 2010, secondo la quale il welfare fiscale è identificabile come «il trasferimento di risorse pubbliche ottenuto tramite la riduzione del carico fiscale rispetto ad una tassazione considerata di riferimento, piuttosto che tramite una spesa diretta dello stato».

⁽⁵⁵⁾ E. Ascoli - U. Pavolini, *op. cit.*, 33-37. La spesa per welfare fiscale nel 2017, in ragione della definizione di riferimento prescelta ai fini del calcolo oscillerebbe per l'anno 2017 tra, i 46,7 e i 110 miliardi di euro, concentrata in alcune specifiche aree di intervento: lavoro, redditi e pensioni; cuneo fiscale; abitazione; salute; famiglia ed infanzia; terzo settore; istruzione.

⁽⁵⁶⁾ E. Ascoli - U. Pavolini, *op. cit.*, 41. Contra A. Pandolfo, *Principi costituzionali e regole generali del welfare contrattuale*, in T. Treu (a cura di), *Welfare aziendale 2.0, nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, 53-72; F. Razetti - Maino F., *Un rinnovato protagonismo per stakeholder cit.*, 49 ss.; i quali invece sostengono che una stima corretta e completa dovrebbe considerare non solo le mancate entrate, ma anche i maggiori introiti (fiscali e contributivi) generati dal welfare aziendale, grazie all'attivazione di nuove attività imprenditoriali, ai possibili effetti in termini di emersione del lavoro nero, soprattutto nel settore dei servizi alla persona, oltretutto all'atteso aumento della produttività indotto nelle imprese che introducono il welfare per i propri dipendenti.

⁽⁵⁷⁾ M. Rusciano, *Leggificare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del Lavoro*, LD, 2016, 956, ove l'Autore afferma che il welfare aziendale sia l'ultimo segmento di un «diritto del lavoro aziendale» che si pone in contrasto con la Costituzione e con la logica giuslavoristica.

subordinati, forti e protetti attraverso meccanismi assicurativi da un lato, e gli altri cittadini, lavoratori autonomi, lavoratori marginali e discontinui, dall'altro⁽⁵⁸⁾. Di fronte ad un problema sociale di portata generale, sembra più idoneo un intervento legislativo di carattere generale da parte dello Stato, che fornisca coordinate e limiti per l'azione delle parti sociali (*infra*, par. 5).

È possibile scongiurare il verificarsi dello scenario limite poc'anzi prospettato e rendere virtuoso l'incastro tra primo welfare e welfare occupazionale? Se sì, come? Queste le domande a cui si tenterà di dare risposta nei paragrafi successivi.

4. L'istituzionalizzazione dell'autonomia collettiva

4.1. Le premesse

Le riflessioni sviluppate nei paragrafi precedenti costituiscono le premesse della tesi che si intende sostenere e che a questo punto sarà utile richiamarle in sintesi: 1) il contratto collettivo si occupa sempre più della tutela di interessi generali, espressione di diritti fondamentali dell'individuo che esulano dalla composizione del conflitto tra lavoro e capitale e della mera regolazione del mercato del lavoro; 2) lo Stato con la legge di stabilità 2016 delega al contratto collettivo, fonte elastica e di natura privatistica, una funzione di protezione sociale tipicamente istituzionale; 3) delegare parte della funzione pubblica di protezione sociale all'autonomia collettiva esclude inevitabilmente l'accesso al welfare occupazionale ad alcune tipologie di imprese e lavoratori.

4.2. L'istituzionalizzazione del sistema delle relazioni industriali: le tesi di Massimo D'Antona

Massimo D'Antona, già tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, si occupava del tema della delega di funzioni pubbliche al contratto collettivo e studiava il crescente ruolo dei pubblici poteri nella regolazione del rapporto di lavoro e della crisi dell'impresa. In quegli anni già si avvertivano gli effetti del mutamento dell'ambiente economico sociale e della tendenza dell'impresa a dirigere la propria regolazione, nel senso di una maggiore flessibilità organizzativa, verso il mercato. Il diritto del lavoro tendeva ad essere più

⁽⁵⁸⁾ S. Renga, *La protezione sociale e il lavoro che manca* in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, op. cit., 767.

flessibile: lo Stato devolveva alcune funzioni pubbliche di regolazione del mercato del lavoro al sindacato⁽⁵⁹⁾.

Si può notare facilmente come le tecniche legislative tipiche di integrazione degli interessi collettivi nelle decisioni politico-amministrative, finalizzate sia alla funzionalizzazione della contrattazione collettiva, sia al raggiungimento di un risultato di interesse pubblico, presentino elementi strutturali simili a quelli della disciplina normativa del welfare contrattato.

Si ritiene pertanto necessario riportare, in modo schematico, tre tipologie di accordi collettivi delegati alla regolazione dei suddetti interessi pubblici:

a) *I contratti di solidarietà difensivi*, accordi collettivi tipizzati dalla legge in grado di produrre effetti equivalenti a quelli delle decisioni di organi amministrativi, che conferiscono all'autonomia collettiva un potere di protezione del mercato del lavoro interno alle imprese. Il loro modello d'intervento si avvale di una legislazione incentivante e promozionale, che consente alle parti sociali di eliminare il passaggio di mediazione politico-amministrativa, tipico del procedimento di concessione della cassa integrazione guadagni straordinaria. Così facendo, lo Stato devolveva direttamente alle parti sociali, a livello aziendale, il potere di decidere riguardo a prestazioni economiche proprie e condizionava l'efficacia dell'accordo alla maggior rappresentatività del sindacato (come deliberata dal Cipi).

b) *I contratti di solidarietà espansivi*, accordi aziendali finalizzati all'incremento dell'organico, che si avvalgono di una normativa premiale con sgravi contributivi e incentivi dettati anche in relazione al risultato dell'accordo. Ciò avviene in considerazione della circostanza che l'accordo consente la nuova assunzione di lavoratori contestualmente alla riduzione dell'orario di lavoro e del salario degli occupati. Al contratto collettivo aziendale veniva delegata una funzione regolativa del mercato del lavoro con impatto interno ed esterno all'impresa e con potere accrescitivo dell'occupazione.

c) *Gli accordi di autorizzazione in materia di part-time, di contratto a termine, di contratto di formazione e lavoro* che comportano la devoluzione dalla legge all'autonomia collettiva della tutela di interessi generali pubblici e il conferimento alle parti sindacali un potere di disporre di risorse normative dello Stato, svolgendo queste ultime attività oggettivamente amministrativa.

In queste ipotesi le parti sindacali vengono chiamate ad operare come pubblici poteri, ponendo in essere un'attività amministrativa di tipo

⁽⁵⁹⁾ M. D'Antona, *Pubblici poteri nel mercato del Lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, RIDL, 1987, I, 226-291.

autorizzativo, equivalente a quella dei provvedimenti di organi pubblici. La logica devolutiva vedeva lo Stato concedere: libertà di flessibilizzare le forme di lavoro alle imprese; potere di controllo sull'impiego flessibile alla contrattazione collettiva ed anche una funzione regolativa del mercato del lavoro secondario⁽⁶⁰⁾.

Con quest'ultima specifica categoria di accordi, si assiste alla delegificazione di alcune regole del mercato del lavoro, nel senso di uno spostamento della funzione regolativa sull'impiego flessibile dalla legge alla contrattazione collettiva, che da quel momento controlla la percentuale massima o le condizioni di flessibilizzazione del lavoro.

Soprattutto, ed è questo il punto sul quale è indispensabile richiamare l'attenzione, la delega di controllo sull'occupazione flessibile al contratto collettivo, è finalizzata alla realizzazione di un interesse generale e pubblico che trascende i meri interessi professionali di categoria dei lavoratori rappresentati dal sindacato che partecipa al procedimento⁽⁶¹⁾.

Nelle ipotesi poc'anzi richiamate l'effetto ultimo è la giuridificazione dell'autonomia collettiva, alla quale veniva delegato un potere amministrativo. Si determinava così una compenetrazione tra la sfera dell'autonomia collettiva e i meccanismi di regolazione statale, resa efficace attraverso una delega di funzione agli accordi sindacali sottoscritti dalle parti collettive⁽⁶²⁾.

L'opinione di D'Antona, che si intende qui condividere, è che delegare una funzione pubblica ad una fonte regolativa di grado inferiore rispetto alla norma giuridica delegante, richiedeva la regolazione dei soggetti legittimati alla produzione della fonte secondaria, in modo coerente con la nuova natura privatistica della fonte normativa flessibile, cioè il contratto collettivo. La regolazione della fonte di produzione secondaria si rende pertanto necessaria per poter controllare la sua conformità con i valori dell'ordinamento⁽⁶³⁾.

⁽⁶⁰⁾ Gli accordi di autorizzazione rimuovono i vincoli legali che gravano sull'autonomia negoziale del datore di lavoro, sostituendoli con norme collettive di tipo organizzativo: limiti percentuali, condizioni e modalità della utilizzazione flessibile della manodopera.

⁽⁶¹⁾ M. D'Antona, *Pubblici poteri nel mercato del Lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, *op.cit.*, 708.

⁽⁶²⁾ M. D'Antona, *Diritto Sindacale in Trasformazione*, in G. Ghezzi (a cura di), *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, Ediesse, 2000, 69.

⁽⁶³⁾ M. D'Antona, *Le varie dimensioni giuridiche dell'azione sindacale e della contrattazione*, *op. cit.*, a tal proposito proprio il compianto studioso scriveva «Nel momento in cui decresce la legislazione regolativa a seguito della sua devoluzione a fonti più elastiche, si affaccia la legislazione che regola il soggetto sociale a cui viene devoluto il potere di allentare la disciplina generale».

4.3. Segue: welfare occupazionale e giuridificazione dell'autonomia collettiva

Come già anticipato, rispetto alle tipologie di accordi richiamati nel paragrafo precedente, la disciplina del welfare occupazionale presenta alcuni elementi strutturali simili (sia in relazione agli accordi di solidarietà, sia in relazione agli accordi collettivi sul controllo dell'occupazione flessibile).

Si ritiene che con i primi (a/ b) abbia in comune il modello d'intervento, che si avvale di una tecnica promozionale di tipo premiale: il legislatore promette defiscalizzazione e decontribuzione in cambio dell'inclusione di prestazioni sociali nel contratto collettivo per indirizzare l'attività di concertazione verso alcune materie nuove e che in passato erano oggetto di pratiche unilaterali d'impresa.

Con i secondi (c), invece, l'identità riguarda la tipologia di interessi che la disciplina mira a tutelare. Il welfare occupazionale tutela interessi pubblici, generali riferiti alla collettività nella sua interezza, che non si identificano in via esclusiva con gli interessi di categoria dei soli soggetti aderenti alle associazioni stipulanti l'accordo collettivo (*infra*, par. 1.2).

La loro riconducibilità ai diritti fondamentali, costituzionalmente tutelati, è però l'elemento aggiuntivo che costituisce una novità rispetto al passato e alla tipologia di interessi coinvolti nel processo di istituzionalizzazione dell'autonomia collettiva così come descritto da D'Antona. Viene infatti delegata una funzione di protezione dei diritti sociali al sindacato, incentivato ad affiancare il *welfare state* nella tutela dei diritti sociali, ma dei soli soggetti da esso rappresentati, secondo un modello di organizzazione della società di stampo neocorporativo⁽⁶⁴⁾ (*infra*, par. 4.4).

Sono le analogie e le differenze con i suindicati meccanismi che inducono a ritenere quindi che la normativa fiscale sul welfare sviluppi ulteriormente il processo di istituzionalizzazione del sistema delle relazioni industriali, con il rischio che la tutela dei diritti sociali (quali diritto alla salute, alla previdenza, all'assistenza) divenga frammentata e sfugga al controllo statale. Si ripropone dunque il problema della giuridificazione dell'autonomia collettiva, che richiede una regolazione della contrattazione collettiva capace di garantire la corrispondenza effettiva tra la volontà dei rappresentati e quella espressa dai rappresentanti nel contratto collettivo.

⁽⁶⁴⁾ T. Treu, *Il futuro del diritto del lavoro: Contrattualismo, Interventismo, Liberismo, Vita e Pensiero*, 1985, 390.

Quanto alla natura dell'intervento regolativo, si ritiene che non possa avere natura contrattuale, perché in questo modo si ripresenterebbero i medesimi problemi legati alla natura privatistica del T.U. sulla rappresentanza del 2014; un *corpus* di regole con efficacia soggettiva limitata e che non permette l'estensione automatica dei meccanismi di legittimazione democratica del sindacato e delle regole, ivi concordate, a tutte le associazioni sindacali esistenti⁽⁶⁵⁾ (*infra*, par. 5).

4.4. Segue: welfare occupazionale e neocorporativismo

Se si osserva la delega di funzione sociale al contratto collettivo dalla diversa prospettiva delle scelte di politica economica, si può cogliere come il legislatore intenda includere l'autonomia collettiva, nel modello di regolazione della società in senso neocorporativo⁽⁶⁶⁾. La conseguenza è la liberalizzazione di parte della funzione di protezione sociale dello Stato; di fatto alle parti sindacali vengono conferiti poteri di intervento nella politica economico-sociale a seguito della messa a disposizione all'autonomia collettiva di risorse fiscali.

Sono le ricerche empiriche (*supra*, par. 3) ad evidenziare come uno degli effetti ultimi della novella fiscale sia l'assunzione di compiti amministrativi, gestionali, previdenziali, assistenziali in capo a sindacati e imprese, che rende la loro azione congiunta funzionale al raggiungimento di obiettivi di politica economica e all'alleggerimento del peso delle politiche sociali gravante sul *welfare state*.

Se è evidente che nel modello di regolazione della società il *welfare state* cede parte delle sue risorse al sottoinsieme sociale dell'autonomia collettiva, un controllo circa la compatibilità delle norme prodotte dal sistema autonomo con i principi generali dell'ordinamento diviene assolutamente necessario. Lo scopo è di evitare derive liberiste⁽⁶⁷⁾ del sistema di protezione sociale, considerato nella sua interezza e di scongiurare il verificarsi degli scenari limite che si sono prospettati poc'anzi (*supra*, par. 3.2). Solo una legge, seppur strumento meno flessibile di un intervento auto regolativo affidato alla stessa autonomia

⁽⁶⁵⁾ R. Pessi, *Il diritto del Lavoro e la Costituzione*, Cacucci Editore, 2019, 134.

⁽⁶⁶⁾ T. Treu, *Il futuro del diritto del lavoro: Contrattualismo, Interventismo, Liberismo*, *op. cit.*, 390 ss., con particolare riferimento al paragrafo 2; M. D'Antona, *Diritto Sindacale in Trasformazione*, *op. cit.*, 69.

⁽⁶⁷⁾ M. Rusciano, *Leggificare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del Lavoro*, *op. cit.*, 954 ss., per il quale, il pensiero neo-liberistico dell'economia, che domina la contemporaneità e che però può essere contrastato dalle garanzie costituzionalizzate del lavoro.

collettiva, ha il potere di garantire che il *welfare state* non si pieghi alle logiche del mercato e non tradisca la natura originale del sistema di protezione sociale: «strumento di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale e che trova il suo nucleo nei diritti inviolabili della persona umana di cui all'art. 2 della Costituzione»⁽⁶⁸⁾.

5. Una legge sindacale come soluzione al problema della limitata efficacia soggettiva del welfare occupazionale?

Fino a qui l'osservazione da differenti angolazioni delle previsioni sul welfare occupazionale permette di cogliere due problemi distinti: da un lato l'estensione limitata dell'ambito di applicazione soggettiva del welfare occupazionale; dall'altro il suo collocarsi nel processo di istituzionalizzazione dell'autonomia collettiva, che impone: sia la revisione delle regole poste alla base della legittimazione democratica del sindacato, sia la verifica della rispondenza ai dettami della Costituzione della produzione normativa in materia di welfare che trae origine dal contratto collettivo di lavoro di categoria o aziendale (*supra*, parr. 4.3 e 4.4).

Alla luce di quanto affermato nei paragrafi precedenti, si ritiene che lo strumento più idoneo a fornire una soluzione comune ad entrambe le questioni, può essere una legge sindacale⁽⁶⁹⁾.

1) Innanzitutto, in ragione della sua *efficacia generale*. Un intervento regolativo affidato alla sola autonomia collettiva, di per sé, non avrebbe carattere risolutivo di dette tensioni; fatta salva l'ipotesi della sottoscrizione dell'accordo da parte di tutti i soggetti sindacali e datoriali presenti nel contesto delle relazioni industriali italiane. Si tratta di uno scenario del tutto improbabile, anche alla luce dell'attuale stato del sistema di relazioni industriali, che vede il proliferare di associazioni sindacali e datoriali. Viceversa, una soluzione condivisa presupporrebbe, come condizione di partenza, almeno una comune linea di accordo sull'opportunità di introdurre strumenti di welfare per le parti collettive contraenti. Tale accordo di vedute è difficile da raggiungere in un contesto così frammentato e che vede alcune tra le organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale opporsi all'introduzione di sistemi di welfare contrattato.

⁽⁶⁸⁾ S. Renga, *La protezione sociale e il lavoro che manca* cit., 764.

⁽⁶⁹⁾ Contra T. Treu, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, WP CSDLE, It., n. 386/2019, che prospetta la diversa ipotesi della necessaria autorizzazione del livello di contrattazione territoriale.

Non si può trascurare l'esistenza di un ampio dibattito dottrinale che ruota attorno alla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 della Costituzione e all'ipotesi della possibilità, o meno, di estendere l'efficacia *erga omnes* del CCNL a tutti gli appartenenti ad una determinata categoria contrattuale attraverso una legge sindacale⁽⁷⁰⁾.

In questa sede non si intende addentrarsi nel dibattito, ma solo affermare, a titolo di premessa e a sostegno della tesi che si intende sostenere, la compatibilità tra una legge sindacale attuativa della regola dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo e il quarto comma dell'articolo 39 della Costituzione⁽⁷¹⁾.

Il legislatore costituente, sin dall'entrata in vigore della Costituzione, prevedeva un meccanismo di registrazione dei sindacati finalizzato all'acquisizione della personalità giuridica e alla conseguente efficacia *erga omnes* del contratto collettivo nazionale di categoria, da attuare, successivamente, tramite legge; meccanismo mai attuato a causa delle resistenze delle grandi confederazioni sindacali e imprenditoriali, che in quegli anni potevano contare sul monopolio della rappresentanza all'interno delle categorie di lavoratori. Oggi, viceversa, lo scenario è mutato e l'autonomia collettiva ha perso l'unità sindacale che ne costituiva la solida base d'azione, lasciando spazio a un pluralismo concorrenziale di confederazioni sindacali, che ha determinato il proliferare del numero dei CCNL.

b) In secondo luogo, in ragione della sua *capacità di mantenere gli sviluppi contenutistici della contrattazione collettiva*, nel caso di specie, in materia di welfare, *entro il quadro delle garanzie costituzionali del lavoro*: evitare che si verifichino disparità di trattamento e diseguaglianze tra lavoratori appartenenti alla stessa categoria professionale; evitare disparità tra aziende appartenenti al medesimo settore produttivo; evitare derive liberiste della produzione normativa delle parti sociali che si sviluppa a livello di categoria e aziendale.

A tal proposito, si condivide l'opinione di Mario Rusciano che, nel 2016, elencava cinque ragioni politiche poste alla base di una legge sindacale, segnalando come fosse indispensabile il riconoscimento come fonte giuridica del rapporto di lavoro di un unico contratto collettivo per ogni categoria; contratto nato in esito ad una trattativa sindacale assicurata soltanto da rappresentanti democraticamente investiti e unitariamente rappresentativi della

⁽⁷⁰⁾ Per un'analisi approfondita della questione di veda: *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della costituzione, tre proposte a confronto*, RGL, 2016, 1. L'intero numero della rivista è dedicato al tema dell'attuazione della seconda parte dell'articolo 39 della Costituzione e in modo sistematico presenta le diverse posizioni dottrinali a riguardo.

⁽⁷¹⁾ M. D'Antona, *Il quarto comma dell'articolo dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, DLRI, 1998, 665-698, con particolare riferimento al pt. 7.

categoria. La seconda parte dell'art. 39 della Costituzione avrebbe l'essenza di una norma sulla produzione giuridica, attraverso la quale il legislatore intendeva già tracciare una linea di confine per lo spazio d'azione dell'autonomia collettiva⁽⁷²⁾.

Il compito di ristabilire un ordine tra la contrattazione collettiva, pertanto, spetterebbe solo ed esclusivamente al legislatore, unico soggetto in grado di allestire un disegno organico, nel quale le due fonti di produzione del diritto del lavoro, la legge e il contratto collettivo, con funzione vicaria della legge, si possano dividere i compiti della regolazione del mercato del lavoro⁽⁷³⁾.

c) Infine, per una ragione *di stampo più pratico*: ordinare e diminuire quantitativamente, con una norma di legge, anche se in modo rigido, la contrattazione collettiva nazionale di categoria⁽⁷⁴⁾, ovviando al problema della frammentazione dei CCNL all'interno di una data categoria professionale, favorirebbe l'estensione dell'ambito di applicazione soggettiva del welfare occupazionale.

Il risultato sarebbe quello di agevolare in concreto i processi di interazione tra i diversi livelli di contrattazione collettiva e la regolazione collettiva dei diversi istituti contrattuali. Si è già detto delle difficoltà pratiche di raccordo tra livelli di contrattazione collettiva (*supra, par 3.2*), che impediscono la stipula di contratti di rete tra le PMI, escluse nella maggior parte dei casi, a priori, dal welfare occupazionale. La definizione delle categorie produttive e la contestuale riduzione del numero di CCNL, ne agevolerebbe invece l'accesso, risolvendo, quantomeno, i problemi di raccordo del contratto di rete con i diversi livelli contrattuali, che caratterizzano il sistema della contrattazione collettiva nazionale.

Attualmente i contratti collettivi nazionali di lavoro vigenti in Italia per il settore privato e registrati nell'archivio CNEL sono in totale 1310, che fanno

⁽⁷²⁾ M. Rusciano, *Leggificare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del Lavoro*, *op. cit.*

⁽⁷³⁾ M. Rusciano, *Leggificare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del Lavoro*, *op. cit.*

⁽⁷⁴⁾ A. Mattei, *Welfare, contrattazione e prassi*, *DLM*, 2018, I, 59-88. Alla luce dei dati forniti dal CNEL, già nel 2018 l'autore rilevava come dal 2008 sino al 2017 vi sia stato un considerevole aumento dei contratti collettivi nazionali che negli anni precedenti alla crisi economica ammontava a 398. Nel 2015 i contratti collettivi nazionali registrati presso l'archivio CNEL ammontavano a 705, quindi 307 in più rispetto agli otto anni precedenti. Il numero veniva ulteriormente incrementato nel 2016 a 757, fino agli 868 censiti nel settembre 2017 con un incremento del 74% dal 2010 al 2017. L'inflazione delle intese porterebbe inevitabilmente a indebolire il ruolo della contrattazione collettiva e all'accrescimento d'incertezza, regole e riferimenti sul piano applicativo.

capo a 96 settori merceologici e sono riconducibili entro 14 macrosettori contrattuali⁽⁷⁵⁾. Ipotizzando, per assurdo, l'efficacia di un solo contratto collettivo per ogni settore merceologico, il raccordo tra il livello contrattuale nazionale di categoria e i contratti di rete tra PMI con piani di welfare occupazionale risulterebbe più semplice all'atto pratico. A tal proposito è ipotizzabile che le OO.SS. di categoria e territoriali, congiuntamente con le organizzazioni datoriali, siano facilitate e maggiormente incentivate nell'attività di concertazione e contrattazione sul welfare a livello territoriale. Si potrebbe porre un freno a quel processo che, con grandi probabilità, porterà allo scenario limite di creazione di una società duale, con lavoratori forti protetti e dall'altro lato, lavoratori deboli, scarsamente tutelati e gli altri cittadini.

Ad ogni modo, è necessario rilevare che una legge sindacale capace di fare ordine nel *mare magnum* della contrattazione collettiva non garantirebbe, con certezza matematica, l'ampliamento dell'ambito di efficacia soggettiva del welfare occupazionale. Infatti, in un regime di libertà sindacale, come quello Italiano, nessuna norma di legge potrebbe vincolare la contrattazione collettiva a prevedere misure di welfare. È impossibile assicurare a priori che la contrattazione collettiva allarghi il campo d'efficacia soggettiva del welfare occupazionale. Tantomeno, si potrebbe dare per certo che siano previste, dai soggetti sindacali, adeguate forme di raccordo tra le disposizioni dei diversi livelli di contrattazione o che la materia non continui a dipendere da una contrattazione aziendale.

Da considerare è però la concreta e crescente tendenza delle piccole e medie imprese, per il tramite delle associazioni datoriali di riferimento, a far rete, per la progettazione di piani di welfare e che emerge dalle ricerche empiriche⁽⁷⁶⁾. Questa tendenza fa ben sperare nel buon esito della previsione.

Detto questo, non è possibile trascurare il contesto di mercato all'interno del quale si collocherebbe la normativa in questione: e cioè quello dell'*industry 4.0* che si caratterizza per un alto grado di automazione dei processi produttivi e per un regime di iperconcorrenza tra imprese, fenomeni che esigono flessibilità organizzativa e che hanno portato all'aumento della precarietà attraverso la

⁽⁷⁵⁾ Per un'analisi approfondita si veda il report reperibile sul sito del CNEL all'indirizzo web <https://www.cnel.it/Archivio-Contratti>.

⁽⁷⁶⁾ Anche W. Chiaromonte - M. L. Vallauri, *op. cit.*, 3 richiamano una serie di accordi territoriali di promozione del welfare che, costituendo reti e partnership per il welfare aziendale e territoriale, dedicano un'attenzione particolare alla diffusione del fenomeno nelle PMI. È questo il caso di Treviso, Como, Lodi, Verona, Padova, Rovigo e Prato. Si veda inoltre F. Maino - F. Razzetti, *Fare rete per fare welfare. Dalle aziende ai territori: strumenti, attori, processi*, Giappichelli, 2019; con particolare riferimento al cap. III, 71 ss.

moltiplicazione delle situazioni di debolezza e peraltro alla crisi delle grandi delle grandi organizzazioni di interessi⁽⁷⁷⁾. Motivo per il quale, il potenziale effetto positivo sulla diminuzione dei rischi legati al welfare occupazionale, da parte di una legge sindacale, avrebbe una portata limitata se non accompagnata da politiche attive del lavoro finalizzate alla riduzione del lavoro precario e politiche economiche di crescita, le uniche in grado di creare occupazione⁽⁷⁸⁾.

In realtà, l'opinione di chi scrive è che, anche alla luce degli ultimi eventi emergenziali e della prospettiva che questi eventi si ripropongano con il tempo, il *welfare state* dovrebbe essere profondamente ripensato. Sarebbe auspicabile, in particolare, la maggiore destinazione in modo diretto di risorse pubbliche in campo sanitario, assistenziale, per il contrasto alla povertà, ma resta forte la consapevolezza che i vincoli di bilancio abbiano condizionato se non minato la tutela effettiva dei diritti sociali.

È sensato prendere atto che nell'immediato sia difficile un'azione di recupero e riallocazione delle risorse pubbliche a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Ad oggi, un sistema di protezione sociale, che si componga di vari livelli interattivi, dove un livello di welfare privato a carattere sussidiario possa colmare le lacune del primo, sembra essere divenuto una necessità: ma, allo stesso tempo, non si può negare che legare il welfare, finanziato pubblicamente, al mercato del lavoro comporta il rischio che anche il welfare si pieghi alle logiche dell'economia e del libero mercato, diffondendosi in modo disomogeneo e contribuendo ad aumentare le disuguaglianze sociali.

È indubbio che una politica redistributiva del welfare produce benefici (*supra*, par.2), tra i quali spiccano l'alleggerimento dei costi del lavoro gravanti sulle imprese che debbono sopravvivere in un regime di iper-concorrenza e il sostegno al consumo. La sfida è scongiurare la segmentazione delle tutele sociali. Ora, come si è cercato di argomentare in queste pagine, l'autonomia collettiva, da sola, senza una cornice legale, sembra inidonea a tutelare interessi generali e pubblici, espressione di diritti fondamentali, come quelli che dal 2016 costituiscono il nuovo oggetto della contrattazione collettiva.

Il problema principale, sul quale ci si dovrà necessariamente interrogare negli anni a venire, dunque, riguarda la compatibilità con i principi di eguaglianza e solidarietà sociale di un sistema di welfare sussidiario, legato al mercato del lavoro, ma finanziato dalla collettività, che ne dovrà sostenere gli alti costi, i suoi

⁽⁷⁷⁾ C. Crouch, *Se il Lavoro si fa Gig*, il Mulino, 2019.

⁽⁷⁸⁾ S. Renga, *La protezione sociale e il lavoro che manca* cit., 767.

potenziali effetti discriminatori e l'effetto concorrenziale rispetto all'azione dello Stato sociale.

Bibliografia

- Ascoli E. - Pavolini U., *The dark side of the moon, il ruolo del welfare fiscale nel sistema di protezione sociale italiano*, in *PS*, 2019, 1, 23-46.
- Alachevich F., *Welfare territoriale nel distretto pratese, un gioco a somma positiva?*, in *DLRI*, 2015, 1, 143-152.
- Albertini S. - Castellani M., *L'evoluzione della contrattazione decentrata in provincia di Brescia dal 2008 al 2014*, in C. Alessi - L. Guaglianone (a cura di), *Ragioni e passioni della contrattazione collettiva di secondo livello, tendenze italiane ed europee*, Aracne, 2017, 111-131.
- Albertini S. - Casnici N. - Castellani M., *Features shaping second-level bargaining: the case of the Brescian Industrial System*, in *Studi Organizzativi*, 2020, 2, 9-35.
- Alessi C., *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *DRI*, 2018, 3, 804-821.
- Barbera M., *"Noi siamo quello che facciamo". Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, in *DLRI*, 2014, 4, 631-645.
- Bavaro V., *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali in Italia (a proposito di un'indagine territoriale)*, *DRI*, 2017, 1, 13-43.
- Bavaro V. - Laforgia S., *Contrattazione collettiva e "prossimità delle imprese"*, in M. T. Carinci (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa, scelte organizzative e diritto del lavoro*, Giuffrè, 2015, 107-124.
- Buoso S., *Primo e secondo welfare: il contrasto della debolezza sociale oggi*, in *WP CSDL E*, It. n. 342/2017.
- Buoso S., *Il contrasto alla debolezza sociale oggi*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, 974-987.
- Caruso B., *"The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *RIDL*, 2016, I, 186-207.
- Caruso B., *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del welfare aziendale, nuove strategie di gestione del lavoro o neo consumismo?*, in *RIDL*, 2018, I, 370 ss.
- Chiaromonte W. - Vallauri M.L. (a cura di), *Modelli ed esperienze di welfare aziendale*, Giappichelli, 2018.
- Comandè D., *Il nuovo welfare contrattuale nei negoziati collettivi nazionali: stato dell'arte e criticità*, in *RDSS*, 2017, 4, 821-842.
- Crouch C., *Se il Lavoro si fa gig*, il Mulino, 2019.
- D'Antona M., *Diritto Sindacale in Trasformazione*, in Ghezzi G. (a cura di), *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, Ediesse, 2000, 57-84.
- D'Antona M., *Le varie dimensioni giuridiche dell'azione sindacale e della contrattazione*, in Amato F. - Mattone S. (a cura di) *Il sindacato alla svolta degli anni '90: contrattazione, rappresentanza, democrazia*, 1989, 93-97.
- D'Antona M., *Il quarto comma dell'articolo dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, 665-698.
- D'Antona M., *Pubblici poteri nel mercato del Lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *RIDL*, 1987, I, 226-291.
- D'Onghia M., *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *LD*, 2018, 1, 93-112.

- D'Onghia M., *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale. La Corte costituzionale con la sentenza n. 70/2015 passa dalle parole (i moniti) ai fatti*, in *RDSS*, 2015, 2, 319-352.
- Dormidontova Y., *Database OSMER: i contenuti dei contratti dal 2008 al 2018*, 2019, <http://www.osmer.org/>.
- Ferraro G., *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della costituzione, tre proposte a confronto*, in *RGL*, 2016, 1, 19-30.
- Maino F. - Ferrera M. (a cura di), *Primo rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Centro di ricerca e documentazione Luigi Einaudi, 2013.
- Maino F. - Ferrera M., (a cura di), *Nuove alleanze per un welfare che cambia: quarto rapporto sul secondo welfare in Italia*, Giappichelli, 2019.
- Maino F.- Razzetti F., *Fare rete per fare welfare. Dalle aziende ai territori: strumenti, attori, processi*, Giappichelli, 2019.
- Mallone G., *Imprese e lavoratori: il welfare aziendale e quello contrattuale*, in F. Maino - M. Ferrera (a cura di), *Primo rapporto sul Secondo Welfare in Italia*, Centro di ricerca e documentazione Luigi Einaudi, 2013, 49 ss.
- Mallone G. - Tafaro F., *Premio in welfare oggi, quale pensione domani?*, in *RPS*, 2017, 2, 47-59.
- Malzani F., *Lavoro di qualità e contrattazione decentrata*, in C. Alessi - L. Guaglianone (a cura di), *Ragioni e passioni della contrattazione collettiva di secondo livello, tendenze italiane ed europee*, Aracne, 2017, 147-164.
- Mattei A., *Welfare, contrattazione e prassi*, in *DLM*, 2018, I, 59-88.
- Messagli E. - Spattini S. - Tiraboschi M., *Fare Welfare in Azienda*, ADAPT University Press, 2018.
- Minolfi F., *La contrattazione collettiva nei gruppi di impresa: uno sguardo comparato*, in (a cura di) M. T. Carinci, *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa, scelte organizzative e diritto del lavoro*, Giuffrè, 2015, 125-136.
- Murena C., *Welfare aziendale e fidelizzazione dei lavoratori*, in *LDE*, 2020, 3.
- Pandolfo A., *Principi costituzionali e regole generali del welfare contrattuale*, in Treu T. (a cura di), *Welfare aziendale 2.0, nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, Wolters Kluwer, 2016, 53-72.
- Perulli A., *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *RGL*, 2013, I, 83-155.
- Pessi R., *L'accordo sul modello di welfare aziendale nel distretto industriale pratese: l'avvio di una possibile esperienza di welfare society*, in *DLRI*, 2015, 1, 133-142.
- Pessi R., *Il diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, 2019.
- Pilotti L., *Welfare aziendale tra Industry 4.0 e smart working: leve di wellness partecipative, creative per la crescita della produttività cognitiva e del paese*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, 214-240.
- Razetti F. - Maino F., *Un rinnovato protagonismo per stakeholder e corpi intermedi? Il secondo welfare tra evoluzioni concettuali e sviluppi empirici*, in F. Maino - M. Ferrara (a cura di), *Nuove alleanze per un welfare che cambia: quarto rapporto sul secondo welfare in Italia*, Giappichelli, 2019, 49-80, https://www.secondowelfare.it/edt/file/Quarto_Rapporto_sul_secondo_welfare.pdf
- Renga S., *La protezione sociale e il lavoro che manca*, in C. Alessi - M. Barbera - L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, 763-771.

- Romagnoli U., *Diritti sociali e Costituzione: dalla cittadinanza alla cittadinanza industriale*, in G. Casadio (a cura di), *Diritti sociali e del lavoro nella costituzione italiana*, Ediesse, 2006.
- Rusciano M., *Leggificare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del Lavoro*, in *LD*, 2016, 4, 953-961.
- Treu T., *Il futuro del diritto del lavoro: Contrattualismo, Interventismo, Liberismo*, *Vita e Pensiero*, 1985, 387-412.
- Treu T., *Il Welfare aziendale: problemi opportunità, strumenti*, in *WP CSDLE It.*, n. 297/2016.
- Treu T., *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *WP CSDLE It.*, n. 386/2019.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders

ANTONIO BAYLOS GRAU
Universidad de Castilla La Mancha

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695



Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders

ANTONIO BAYLOS GRAU
Universidad de Castilla-La Mancha
Catedrático de Derecho de Trabajo
Antonio.Baylos@uclm.es

ABSTRACT

After reconstructing the vicissitudes that preceded the adoption of the regulation amending the Workers' Statute, in the comment, the author analyses the innovations to the statute produced by the 2021 law; specifically, the author points out that there are two fundamental innovations: the extension of the information rights of unitary representatives and the presumption of employment of persons working in this sector. These changes are not free from possible conflicts, for example with regard to the rules on working time, remuneration and the system of occupational risk prevention, or the implementation of collective representation rights, but they nevertheless make the rule pioneering insofar as it has a general scope, valid for any company that uses these artificial intelligence tools to determine the organisation of work and set working or employment conditions.

Keywords: Food delivery; workers' statute; subordination; right to information.

Doi:<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13116>

Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Los precedentes de la norma española. – 2. La presunción de laboralidad de los riders – 3. El derecho de información sobre el algoritmo.

1. Los precedentes de la norma española

Los avatares que precedieron a la firma del Acuerdo social son ya conocidos de los lectores de L&L Issues, porque arrancan de la ofensiva jurídica de las empresas de plataformas para conseguir un pronunciamiento judicial que situara en el área del trabajo autónomo – precisando después en el del trabajo autónomo económicamente dependiente, con la figura del TRADE digital⁽²⁾ – la relación de trabajo de los repartidores en el sector de la entrega de comida, dominado por grandes empresas multinacionales del sector.

Esta ofensiva se saldó de manera negativa para dichas empresas, y la STS 805/2020, de 25 de septiembre⁽³⁾ consagró la plena laboralidad de este tipo de

⁽¹⁾ Il testo della legge spagnola segue il commento di Antonio Baylos, anche in traduzione italiana.

⁽²⁾ Es decir, precisando mediante una norma especial que los trabajadores de reparto eran económicamente dependientes pero jurídicamente autónomos, con lo que podrían gozar de una protección mínima correspondiente según la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo del 2007, una figura especial que sin embargo apenas ha tenido recorrido en la realidad económica y social española. Según las informaciones de las propias organizaciones de trabajadores autónomos, en el año 2019, los TRADE (Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes) representaron el 12% del total de autónomos, es decir, unos 400.000 profesionales cuyos ingresos dependían en más de un 75% de un solo cliente, que es el requisito que marca la ley para orientar la dependencia o subordinación económica. Sin embargo este cálculo no se corresponde con el registro de contratos de TRADE al que obliga la ley, que apenas supera las 10.000 personas, de manera que aunque materialmente puedan ser autónomos dependientes, para el sistema jurídico siguen siendo trabajadores autónomos a los que no se les aplica el régimen demediado de derechos que prevén los arts 11 y ss. de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo y permanecen completamente *extra muros* del derecho del trabajo.

⁽³⁾ A. Todoli Signes, *Commento alla sentenza del Tribunale Supremo spagnolo che considera i riders lavoratori subordinati*. *Tribunal Supremo Sala de lo Social*, 25 settembre 2020, n. 805, in *LLI*, 2020, 2, 2, R.1-R.13. En la base de esta sentencia se encuentra la doctrina de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de noviembre de 2019. Cfr. R. Morón Prieto, *El necesario fortalecimiento del concepto de trabajador por cuenta ajena: algunas reflexiones con ocasión del caso Glovo*, *Revista de Derecho Social*, 2019, nº 88, 153-165.

trabajadores. Sobre esta base, y pese a que algunas empresas de plataformas, modificando los contratos con sus empleados, siguieron pleiteando en los tribunales para intentar obtener pronunciamientos diferentes⁽⁴⁾, a la vez que reduplicaban sus esfuerzos para intentar acudir al Tribunal de Justicia con idéntico objetivo, la negociación, larga y complicada entre las partes sociales en una mesa de diálogo que se constituyó a finales de octubre de 2020, se prolongó hasta llegar al acuerdo alcanzado el 10 de marzo de 2021, cinco meses después⁽⁵⁾. Un acuerdo que resultó demasiado corto para los sindicatos y que no obtuvo un consenso generalizado en el sector empresarial, pero que sin embargo fue valorado muy positivamente por la doctrina académica en la medida en que establecía un piso mínimo de derechos y abría importantes espacios de desarrollo respecto de la mejora de las condiciones de trabajo y la propia organización del mismo⁽⁶⁾.

A partir de esta fecha, se iniciaron los trámites internos para poder aprobar en el Consejo de ministros la norma de urgencia, dos meses de obligadas consultas técnicas durante las cuales ha seguido existiendo presiones internas para modificar si no el acuerdo, si al menos matizar su contenido mediante la introducción de ciertas matizaciones en la Exposición de Motivos, presiones internas en el seno del Gobierno originadas por el potente lobby de las empresas de plataformas que tiene una gran influencia en el área económica del gobierno, que sin embargo no han obtenido su objetivo.

De hecho, la fuerza de esta norma reside en su prolongado proceso de negociación que ha culminado en un acuerdo tripartito, con el consenso expreso por tanto de la CEOE-CEPYME que ha justificado su apoyo al texto como una forma de defensa de la competencia para evitar la utilización de falsos autónomos en este sector⁽⁷⁾, un sector en el que algunas empresas de

⁽⁴⁾ En la saga judicial se entremezclan casos de las compañías Glovo y Deliveroo. El Tribunal Supremo, en un Auto de 26 de mayo de 2021, ha reiterado su doctrina inadmitiendo a trámite un recurso de casación de la empresa Deliveroo contra una Sentencia del Tribunal de justicia de Madrid que declaró la laboralidad de 532 repartidores de esta firma.

⁽⁵⁾ F. Ferrando Garcia, *Algunas reflexiones sobre la regulación del trabajo a través de las plataformas digitales*, <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/ALGUNAS-REFLEXIONES-SOBRE-LA-REGULACION-DEL-TRABAJO-A-TRAVES-DE-PLATAFORMAS-DIGITALES.pdf> efectúa un recorrido sobre la resistencia empresarial de las empresas de plataformas frente a la calificación de laboralidad de los trabajadores a su servicio.

⁽⁶⁾ E. Rojo Torrecilla, *La laboralidad de los repartidores. Un buen acuerdo en el diálogo social*, <https://www.net21.org/la-laboralidad-de-los-repartidores/>; J. Cruz Villalón, *Una presunción plena de laboralidad para los 'riders'*, <https://elpais.com/economia/2021-05-12/una-presuncion-plena-de-laboralidad-para-los-riders.html>

⁽⁷⁾ J. Cruz Villalón, *Una presunción plena de laboralidad para los 'riders'*, *cit.*

plataformas ya reconocían la condición de trabajadores por cuenta ajena a los *riders*. Esta es la razón por la que Glovo, la principal empresa del sector y la más implicada en la batalla jurídica junto con Deliveroo, haya hecho pública su decisión de abandonar la CEOE haber “dado la espalda” a esta compañía al pactar la ley, que “lastra el desarrollo de la economía digital”. La salida se hará efectiva en junio de este año y lleva aparejada la formación de una nueva asociación empresarial de compañías de reparto, llamada APS, por el momento “solo formada por empresas perseguidas por la Inspección de Trabajo por usar fraudulentamente a autónomos en el reparto”, según informaciones periodísticas⁽⁸⁾.

No obstante, según esas mismas fuentes, la CEOE ha anunciado que Deliveroo, Amazon y Uber Eats siguen en la organización empresarial, junto con la patronal de empresas digitales Adigital, que también defendía el mantenimiento del modelo de repartidores autónomos a través de la figura del TRADE digital. Veremos qué consecuencias puede tener esta escisión de algunas importantes empresas del reparto de la organización empresarial, un hecho infrecuente en nuestro país que coincide con algunos movimientos relevantes que cuestionan el monopolio representativo del asociacionismo empresarial en la pequeña y mediana empresa, como la creación de una nueva asociación empresarial que une a pequeños empresarios y a trabajadores autónomos y que se denomina CONPYME⁽⁹⁾.

El caso es que, con el retraso indicado, el Boletín Oficial del Estado del 12 de mayo, publicaba el RDL 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales⁽¹⁰⁾. En su Exposición de Motivos se enuncia una visión propositiva y favorable a la regulación estatal de estas relaciones sobre la base de hacer compatible el progreso inducido por la introducción de la digitalización y el goce de los derechos básicos que permiten hablar de ciudadanía también en las relaciones de subordinación en el trabajo. “La aplicación de estos medios tecnológicos – la digitalización - ha introducido elementos novedosos en las relaciones laborales, cuyas ventajas son evidentes. Las ventajas y consecuencias

⁽⁸⁾ https://www.eldiario.es/economia/glovo-marcha-ceoe-pactar-ley-rider-forma-asociacion-empresas-sancionadas-falsos-autonomos_1_7873510.html

⁽⁹⁾ Una noticia de la constitución de esta nueva patronal en <https://baylos.blogspot.com/2021/05/representacion-y-representatividad.html>

⁽¹⁰⁾ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7840

positivas sobre las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras son perfectamente compatibles con la finalidad del derecho del trabajo en su función reequilibradora de intereses, protectora de la parte más débil contractualmente o de gestión de los recursos humanos y mejora de la productividad de las empresas”. Y añade, de manera enfática: “Un mercado de trabajo con derechos es garantía de una sociedad moderna, asentada en la cohesión social, que avanza democráticamente; un mercado centrado en las personas, que convierte a su tejido productivo en menos volátil y más resiliente ante los cambios”.

Frente a otros supuestos de la regulación efectuada en medio de la crisis de aspectos no directamente relacionados con la misma, aunque tengan evidentes puntos de conexión, como sucede con la regulación del trabajo a distancia (RDL 28/2020 de 22 de septiembre, de trabajo a distancia⁽¹¹⁾) no se ha optado en esta ocasión por una estrategia de “circunvalación” del Estatuto de los Trabajadores⁽¹²⁾, promulgando una norma especial al margen de éste. Por el contrario, el RDL 9/2021 procede a reformar el Estatuto de los Trabajadores en dos puntos. Uno mediante la ampliación de los derechos de información de las representaciones unitarias y electivas en la empresa⁽¹³⁾, y el otro mediante la incorporación de una Disposición Adicional 23^a que incorpora la presunción de laboralidad de las personas que trabajen en este sector.

De esta manera el RDL 9/2021 se define como norma pionera en esta materia en relación con el derecho comparado, y hace hincapié en lo que sin duda constituye el elemento que le blindará frente a posibles críticas desde todos los ángulos, el de que el texto legal supone “la solución compartida por los interlocutores sociales más representativos cuyas aportaciones han resultado decisivas”. Esa “aportación decisiva” del diálogo social se condensa en dos elementos: se reconoce un derecho de información de los representantes de los trabajadores sobre el mecanismo algorítmico de la gestión del personal y la organización del trabajo y se inserta una declaración inclusiva de laboralidad de las personas que trabajan en este sector. Este es el elemento que se va a priorizar a continuación.

(11) Una exposición de los contenidos de la norma en S. Bini, *Il lavoro a distanza in Spagna: dalla emergenza alla normalità*, LLI, 2020, 2, C.1-C.22.

(12) M^a E. Casas Baamonde, *El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia*, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n^o 11, 1413-1437 e qui 1425.

(13) Es decir, Comités de Empresa y Delegados de Personal, regulados en el Título II del Estatuto de los Trabajadores.

2. La presunción de laboralidad de los riders

La norma establece una presunción fuerte y específica de laboralidad, que se conecta con la general del art. 8.1 ET⁽¹⁴⁾, de manera que se considera que la relación es laboral y sometida al derecho del trabajo y en consecuencia también hace nacer por tanto de manera superpuesta a ésta, la relación jurídico-pública de seguridad social con las obligaciones consiguientes de alta y cotización por estos sujetos, si concurren los tres requisitos siguientes:

- a) Debe tratarse de una actividad que sea de reparto o distribución “de cualquier producto de consumo o mercancía”;
- b) la empleadora tiene que ejercer facultades de organización, dirección y control, sea “de forma directa, indirecta o implícita” a través de una plataforma digital, y
- c) consecuentemente se ha de utilizar un algoritmo para gestionar el servicio o para determinar las condiciones de trabajo en dicha empresa o en dicho servicio.

Son requisitos claros a partir de los cuales no será necesario, como sin embargo se debatía principalmente en los pleitos planteados, insistir en la intensidad mayor o menor de la dependencia o subordinación de las personas que trabajan para una empresa de reparto a través de plataformas digitales, sino que la ley presume de manera terminante que la inclusión en el ámbito laboral se produce en cuanto se trate de una actividad de reparto gestionada u organizada mediante algoritmos a través de una plataforma digital, sin atender a la intensidad mayor o menor de la subordinación, que puede ser indirecta o implícita.

Se trata de una declaración inclusiva en el ámbito del Derecho del Trabajo que sólo puede destruirse mediante el cuestionamiento de los elementos básicos que la componen. Se puede conjeturar que el supuesto concreto no coincida con ese ámbito típico – como puede suceder con la confusión entre el sector del reparto de mercancías y el del transporte del art. 1.3 ET⁽¹⁵⁾ – o, lo que

(14) “El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”.

(15) “Se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”, un precepto que proviene de la reforma de 1994, tras la declaración de laboralidad de los llamados “pony-express” o mensajeros por los tribunales laborales. En ese caso la acción legislativa incidió

seguramente podrá producirse, por la concurrencia de una relación societaria como sucede en las cooperativas de trabajo asociado que puedan constituirse en este sector del *delivery*. Sin embargo, hay que tener en cuenta la fuerza expansiva de esta presunción legal, que incide de manera decisiva en la eliminación de la figura de falsos autónomos y por lo tanto asimismo en la desvirtuación de la utilización fraudulenta de estas formas societarias para escapar a la calificación de laboralidad plena de la relación de trabajo.

Un intento de fraude de ley que puede intentarse y ante el cual la Inspección de Trabajo y los propios sindicatos han de estar atentos. La experiencia italiana nos muestra, además, la posibilidad de que las empresas reticentes al Acuerdo Tripartito alcanzado en marzo – que ya antes cuestionaban el fallo del Tribunal Supremo – y ahora a la norma recién publicada, puedan utilizar la vía del convenio colectivo para intentar introducir a su través elementos de desvirtuación de la laboralidad de la relación. En estos casos, la ilegalidad de una cláusula convencional que pretenda limitar la declaración inclusiva producida por la ley, resulta evidente, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del acuerdo.

La norma solo tiene por objeto la declaración de laboralidad de las personas que prestan servicios a las empresas de reparto a través de plataformas digitales. Reacciona ante la consideración generalizada de figuras de falsos autónomos como forma de eludir las obligaciones laborales y de seguridad social por parte de los empleadores. Deja por tanto abierta toda la problemática de la adaptación de los derechos laborales individuales y colectivos a esta categoría de personas que trabajan, lo que posiblemente será objeto de nuevas y posteriores decisiones judiciales, hasta el momento centradas en la calificación jurídica de la relación a partir de demandas de oficio de la Inspección de Trabajo o, residualmente, de despido. La imperatividad de las normas sobre jornada, salario y sistema de prevención de riesgos laborales, es un primer terreno de conflicto.

La puesta en práctica de los derechos de representación colectiva y la implantación sindical supondrá sin duda otro momento complicado. Hay que tener en cuenta que el RDL 9/2021 introduce el derecho de la representación colectiva a ser informado sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, incluidos los perfiles, que afectan a la toma de decisiones sobre la organización del trabajo, condiciones de trabajo y mantenimiento del empleo, de manera que esta

excluyendo expresamente a los transportistas de un cierto tonelaje (pequeños camiones o furgonetas).

prescripción exige la constitución de un sujeto colectivo que pueda gestionar esta información para proceder por tanto a la negociación de estas condiciones. La peculiar estructura organizativa de este sector, en donde el centro de trabajo no existe, impone la necesidad de una adaptación de la normativa del Título II del Estatuto de los Trabajadores⁽¹⁶⁾. Además, la estructura asociativa y el tejido sindical entre los *riders* se diferencia por el momento de manera importante del que es característico de otros sectores en donde la presencia sindical confederal está asegurada⁽¹⁷⁾.

Un convenio colectivo de sector sería una iniciativa muy interesante en la medida que posibilitaría generalizar unas condiciones salariales y de empleo homogéneas en el sector y ayudaría a impulsar experiencias de representación en la empresa y de fijación de una cierta institucionalidad colectiva en el sector, con determinación de la audiencia electoral y la delimitación a su través de los sujetos representativos. Sin embargo, la separación que se ha dado en el sector empresarial junto con la actual imprecisión de sujetos sindicales por parte de los trabajadores, puede permitir el ensayo de fórmulas de acuerdo colectivo extraestatutario donde las empresas de plataformas – o la asociación de empresas disidentes de la CEOE – seleccionen previamente un interlocutor y elaboren un acuerdo colectivo que les “blinde” respecto de los contenidos laborales que impone, en defecto de convenio, la legislación laboral. La utilización de la negociación colectiva con esta finalidad puede ser la siguiente ofensiva de las multinacionales que actúan en el sector del *food delivery* en su largo combate contra la consecución de derechos laborales para el personal a su servicio. Habrá que estar atentos a esta posible nueva fase del conflicto.

3. El derecho de información sobre el algoritmo

El segundo punto que aborda el RDL 9/2021 es el derecho de información sobre los algoritmos que organizan el servicio y las condiciones de trabajo de esta actividad. Se trata de una prescripción original, que se hace cargo, según se explica en la exposición de motivos de la norma, de “la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral y la necesidad de que la legislación laboral tenga en cuenta esta repercusión tanto en los derechos colectivos e

⁽¹⁶⁾ Que regula el derecho de representación en la empresa a través de la audiencia electoral a los órganos unitarios o electivos: Comités de empresa y Delegados de Personal.

⁽¹⁷⁾ Cfr. E. Garrido Pérez, *La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, *Revista de Derecho Social*, 2017, n° 80, 209-232.

individuales de las personas trabajadoras como en la competencia entre las empresas”. En realidad estas afirmaciones son de una gran vaguedad, se relacionan con los derechos digitales que la nueva Ley de Protección de Datos Personales – Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre - formuló en su momento como manifestaciones reforzadas del poder de dirección que sólo conoce el límite del derecho a la intimidad en la protección de datos digitales del trabajador, configurado como un derecho individual⁽¹⁸⁾ y como tal reiterado en la referencia a la capacidad regulativa de la materia por los convenios colectivos a tenor del art. 91 LOPDP sobre los “derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”⁽¹⁹⁾.

El enfoque que adopta el RDL 9/2021 es diferente. Parte en efecto de la importancia que progresivamente la digitalización reviste en la determinación de las condiciones de trabajo y de empleo de un número creciente de empresas, pero desplaza el eje de su intervención al campo de los intereses colectivos y de la representación, electiva o sindical, de las personas que trabajan en las empresas y centros de trabajo. De esta manera, “los cambios que están introduciendo en la gestión de los servicios y actividades empresariales, en todos los aspectos de las condiciones de trabajo”, merecen que el legislador dirija su atención y análisis a los algoritmos, “sobre todo porque dichas alteraciones se están dando de manera ajena al esquema tradicional de participación de las personas trabajadoras en la empresa”, una forma elegante de señalar el dominio unilateral por parte del empleador de las medidas de control del proceso de producción y la determinación de las condiciones de trabajo.

El mecanismo elegido por la norma ha sido el de ampliar los derechos de información básicos de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, añadiendo al apartado 4 del art. 64 ET⁽²⁰⁾ un nuevo párrafo según el cual el comité de empresa, “con la periodicidad que proceda en cada caso”, tendrá derecho 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

⁽¹⁸⁾ Cfr. J.L. Goñi Sein, *El impacto de las nuevas tecnologías disruptivas sobre los derechos de privacidad (intimidad y “extimidad”) del trabajador*, *Revista de Derecho Social*, 2021, nº 93.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. Baylos, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella legge sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali in Spagna*, *LLI*, 2019, 1, C.1-14.

⁽²⁰⁾ “El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo”

condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». Se trata de un precepto cuyo significado innovador ha sido puesto de manifiesto por varios comentaristas⁽²¹⁾, al tratarse de un cambio de perspectiva normativa, que en esta ocasión sitúa el tema del control digital de la dirección de la organización del trabajo en el espacio del interés colectivo y por tanto hace entrar en juego a los sujetos que lo representan, tanto los órganos de representación unitarios y electivos como las secciones sindicales y el delegado sindical.

Conviene señalar además que, frente a lo que constituye el elemento más reconocido de la norma, la regulación laboral de las personas que trabajan en el sector de reparto de comida a través de las plataformas digitales, la regla prevista en el art. 64.4 ET no se limita a este sector, sino que tiene un alcance general, para toda empresa que utilice estos instrumentos de inteligencia artificial para la determinación de la organización del trabajo y fijación de las condiciones laborales o de empleo.

Se ha advertido sin embargo que el reconocimiento de este derecho se sitúa en el nivel de participación más débil, el que se refiere a los derechos de información, sin que por consiguiente se haya intentado establecer un deber de iniciar un proceso de consultas sobre este particular, como sucede en supuestos más importantes como la modificación de condiciones de trabajo, traslados de empresa, sucesión de empresas o despidos colectivos, por ejemplo. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho de información tiene una gran potencialidad si resulta bien interpretado. En efecto, aunque la información se restringe en el propio art. 64 ET a la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada, sin que por consiguiente implique la apertura de un diálogo con el mismo, que es lo que caracteriza los derechos de consulta, lo cierto es que el párrafo 6 del mismo artículo señala que la información debe facilitarse “en un momento, en una manera y con un contenido apropiado” que permitan a los representantes de los trabajadores “proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe”. Lo relevante es el reconocimiento de este derecho de información que traslada al empresario el deber de informar sobre esta materia. No hay realmente compartimentos estancos en la graduación de

⁽²¹⁾ A. Todolí Signes, *Nueva ley rider y un pequeño comentario a la norma*, <https://adriantodoli.com/2021/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma/>; E. Rojo Torrecilla, *Y llegó la norma que declara la relación laboral de ‘las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales’*. *Primeras notas y comentarios al RDL 9/2021 de 11 de mayo*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/05/y-llego-la-norma-que-declara-la.html>.

derechos de representación, todos ellos convergen al final en un proceso de negociación, y a este fin es al que está directamente encaminado el precepto previsto en el RDL 9/2021.

Hay que tener en cuenta que lo que se viene a conocer como *Algorithmic Management*, que refuerza el poder de dirección y de control a través de instrumentos tecnológicos sofisticados de supervisión digital no sólo facilita el control disciplinario y la evaluación del desempeño o capacidad profesional de las personas trabajadoras, sino que actúa mediante una inmensa recolección de datos personales de las personas que trabajan en la empresa y encauza la conducta digital de éstas, con repercusiones evidentes sobre la salud laboral y los riesgos psíquicos, o decisiones relevantes en orden a la contratación y evaluación en el acceso al empleo. El elemento decisivo y original que aporta este derecho de información reconocido en la norma recién publicada es el de la transparencia de los parámetros y criterios empleados en la toma de decisiones del empleador tanto en las condiciones de trabajo como en las de empleo. Ello implica el cuestionamiento de la neutralidad de estos parámetros por discriminatorios o impeditivos del ejercicio de derechos fundamentales, como ya ha sido efectuado ante los jueces por los sindicatos italianos, pero a este problema de enorme relevancia se une la determinación a través de estas herramientas digitales de las condiciones concretas de prestación del trabajo, el impacto sobre las condiciones de trabajo.

Por eso el derecho de información sobre el algoritmo va directamente encaminado a su utilización sindical en el marco de la negociación colectiva. O dicho de otra manera, es evidente la idoneidad de la negociación colectiva para imponer y regular los criterios, reglas e instrucciones de inteligencia artificial que afecten a los procesos de toma de decisiones sobre la organización del trabajo y sus efectos sobre las condiciones de desarrollo de la prestación laboral. La importación de un principio de transparencia informativa que permita el “contenido apropiado” que facilite y oriente la intervención colectiva de la representación de los trabajadores es el eje de esta facultad, y dentro del programa de acción de la Confederación Europea de Sindicatos, esta propuesta quiere ser llevada al proyecto de norma europea sobre Inteligencia Artificial²².

Ciertamente que el reconocimiento de este derecho, cuya omisión por parte del empresario es una infracción grave a tenor del art. 7 de la LISOS, y puede ser objeto de un conflicto colectivo, requiere su utilización efectiva en la

(22) <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence>

práctica sindical negocial. En principio, parecería particularmente encaminado hacia la negociación colectiva de empresa, lo que plantea el problema de la doble legitimación, unitaria y sindical, para la elaboración del convenio colectivo, si bien abre también, en este mismo espacio, la posibilidad de acuerdos informales de empresa. Pero además los convenios sectoriales pueden establecer reglas de carácter general, la adopción de un principio de transparencia y la eliminación de elementos previsiblemente discriminatorios u obstaculizadores del ejercicio de derechos fundamentales, sin perjuicio de posteriores concreciones en el nivel de empresa. La estrategia sindical sobre la negociación colectiva en el período post-Covid deberá tener muy en cuenta estas posibilidades.

Bibliografía

- Baylos A., *Il ruolo della contrattazione collettiva nella legge sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali in Spagna*, in *LLI*, 2019, 1, C.1-14.
- Bini S., *Il lavoro a distanza in Spagna: dalla emergenza alla normalità*, in *LLI*, 2020, 2, C.1-C.22.
- Casas Baamonde M^a E., *El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia*, in *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n° 11, 1413-1437.
- Cruz Villalón J., *Una presunción plena de laboralidad para los 'riders'*, <https://elpais.com/economia/2021-05-12/una-presuncion-plena-de-laboralidad-para-los-riders.html>
- Ferrando Garcia F., *Algunas reflexiones sobre la regulación del trabajo a través de las plataformas digitales*, <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/ALGUNAS-REFLEXIONES-SOBRE-LA-REGULACION-DEL-TRABAJO-A-TRAVES-DE-PLATAFORMAS-DIGITALES.pdf>.
- Garrido Pérez E., *La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, in *Revista de Derecho Social*, 2017, n° 80, 209-232.
- Goñi Sein J.L., *El impacto de las nuevas tecnologías disruptivas sobre los derechos de privacidad (intimidad y "extimidad") del trabajador*, in *Revista de Derecho Social*, 2021, n° 93.
- Morón Prieto R., *El necesario fortalecimiento del concepto de trabajador por cuenta ajena: algunas reflexiones con ocasión del caso Glovo*, in *Revista de Derecho Social*, 2019, n° 88, 153-165.
- Rojo Torrecilla E., *La laboralidad de los repartidores. Un buen acuerdo en el diálogo social*, <https://www.net21.org/la-laboralidad-de-los-repartidores/>
- Rojo Torrecilla E., *Y llegó la norma que declara la relación laboral de 'las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales'. Primeras notas y comentarios al RDL 9/2021 de 11 de mayo*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/05/y-llego-la-norma-que-declara-la.html>.
- Todoí Signes A., *Commento alla sentenza del Tribunale Supremo spagnolo che considera i riders lavoratori subordinati. Tribunal Supremo Sala de lo Social, 25 settembre 2020, n. 805*, in *LLI*, 2020, 2, 2, R.1-R.13.
- Todoí Signes A., *Nueva ley rider y un pequeño comentario a la norma*, <https://adriantodoli.com/2021/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma/>

DISPOSICIONES GENERALES

JEFATURA DEL ESTADO

Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales

I.

Las tecnologías de la información y la comunicación han tenido la virtualidad de transformar, en todo el mundo, las relaciones sociales, los hábitos de consumo y, con ello, han generado oportunidades de nuevas formas de negocio que giran, entre otros factores, en torno a la obtención y gestión de datos y a la oferta de servicios adaptados a esta nueva etapa.

Del mismo modo, los métodos de cálculo matemáticos o algoritmos se han aplicado a las relaciones de trabajo revolucionando la forma en que se prestan los servicios, optimizando recursos y resultados. Estos métodos presentan un fuerte potencial para contribuir a mejorar las condiciones de vida de las personas. Buena muestra de ello han sido los resultados de una digitalización forzada o acelerada a lo largo de la crisis sanitaria, habilitando servicios y atención sanitaria personalizados a distancia, permitiendo el mantenimiento de negocios a través de servicios en línea; o garantizando la continuidad de las prestaciones de trabajo a distancia.

La aplicación de estos medios tecnológicos ha introducido elementos novedosos en las relaciones laborales, cuyas ventajas son evidentes. Las ventajas y consecuencias positivas sobre las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras son perfectamente compatibles con la finalidad del derecho del trabajo en su función reequilibradora de intereses, protectora de la parte más débil contractualmente o de gestión de los recursos humanos y mejora de la productividad de las empresas.

Esta es la fórmula de compatibilidad que garantiza que la revolución tecnológica aporte sus efectos positivos de forma equitativa y redunde en el progreso de la sociedad en la que se ha instalado. Un mercado de trabajo con derechos es garantía de una sociedad moderna, asentada en la cohesión social, que avanza democráticamente; un mercado centrado en las personas, que convierte a su tejido productivo en menos volátil y más resiliente ante los cambios.

A pesar de las enormes dificultades, especialmente las técnicas, que ha supuesto afrontar este reto, el diálogo social ha permitido que nuestro país avance de forma pionera en esta materia y lo haga de la mano de un diagnóstico y una solución compartida por los interlocutores sociales más representativos cuyas aportaciones han resultado decisivas. Este real decreto-ley, por tanto, es fruto del Acuerdo adoptado, el pasado 10 de marzo de 2021, entre el Gobierno, CC. OO., UGT, CEOE y CEPYME, tras el trabajo desarrollado por la Mesa de Diálogo constituida, a tal efecto, el 28 de octubre de 2020.

II.

El presente real decreto-ley cuenta con un artículo y dos disposiciones finales, cuya finalidad es la precisión del derecho de información de la representación de personas trabajadoras en el entorno laboral digitalizado, así como la regulación de la relación trabajo por cuenta ajena en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

El artículo único modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en dos aspectos. En primer lugar, modifica el artículo 64, relativo a los derechos de información y consulta de la representación legal de las personas trabajadoras añadiendo un nuevo párrafo d) a su apartado 4, en el que se reconoce el derecho del comité de empresa 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.

En segundo lugar, introduce una nueva disposición adicional sobre la presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía, cuando la empresa ejerce sus facultades de organización, dirección y control, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Dicha presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores.

La labor esencial realizada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se encuentra en el origen de buena parte de las sentencias que han resuelto a favor o en contra de la laboralidad de las prestaciones de servicios en plataformas digitales de reparto y que han culminado con la STS 805/2020, de 25 de septiembre.

La nueva disposición adicional incorpora los criterios y parámetros establecidos por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, primera dictada en unificación de doctrina, valiéndose para ello de la prevalencia del principio de realidad en el sentido señalado por sentencias precedentes, como la STS 263/1986, de 26 de febrero de 1986, o STS de 20 de enero de 2015, recurso 587/2014, y en la que se destaca, asimismo, la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al contexto actual. En dicha sentencia se fundamenta lo siguiente:

«Desde la creación del derecho del trabajo hasta el momento actual hemos asistido a una evolución del requisito de dependencia-subordinación. La sentencia del TS de 11 de mayo de 1979 ya matizó dicha exigencia, explicando que “la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa”. En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (artículo 3.1 del Código Civil)» (FJ 7.º).

Partiendo de esta máxima, el Alto Tribunal analizó la relación entre la plataforma de reparto demandada y el trabajador concernido por el recurso, reiterando, como ya lo había establecido en numerosas ocasiones con anterioridad (por todas, SSTS de 22 de abril de 1996, recurso 2613/1995; y de 3 de mayo de 2005, recurso 2606/2004), que las facultades empresariales de dirección, organización o control de la actividad y, en tal sentido, las notas de dependencia y ajenidad, pueden traducirse a la realidad de formas diferentes a las clásicas cuando la empleadora asume los riesgos de la operación y es beneficiaria de sus frutos,

realizando una labor de coordinación, organización o control de la prestación u ostentando la potestad sancionadora, y ello aunque sus prerrogativas se manifiesten de forma indirecta o implícita, a través de la gestión algorítmica, de las condiciones de trabajo o del servicio prestado.

A través de una nueva disposición adicional vigesimotercera, y por acuerdo adoptado en la mesa del diálogo social, se traslada a la ley la jurisprudencia sobre esta materia, con el objetivo de que el Estatuto de los Trabajadores refleje estas nuevas realidades de forma clara.

De este modo, en el Estatuto de los Trabajadores se contempla que las facultades empresariales, a las que se refiere el artículo 20 de dicha norma, pueden ser ejercidas de numerosas maneras y, entre ellas, por medio de la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo a través de una plataforma digital, que son, por lo tanto, los activos clave y esenciales de la actividad. En consecuencia, la forma indirecta o implícita de ejercicio de las facultades empresariales abarca los supuestos en los que una cierta flexibilidad o libertad por parte de la persona trabajadora en la ejecución del trabajo sea solo aparente, por llevar en realidad aparejada consecuencias o repercusiones en el mantenimiento de su empleo, en su volumen o en el resto de sus condiciones de trabajo.

Asimismo, se refuerza, a través de la invocación explícita del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, la importancia de valorar la naturaleza real del vínculo, el contenido de las prestaciones, y la configuración asimétrica y efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual, como un elemento necesario para garantizar el efecto útil y protector que corresponde al derecho laboral.

Los algoritmos merecen nuestra atención y análisis, por los cambios que están introduciendo en la gestión de los servicios y actividades empresariales, en todos los aspectos de las condiciones de trabajo y, sobre todo, porque dichas alteraciones se están dando de manera ajena al esquema tradicional de participación de las personas trabajadoras en la empresa. En este sentido, otra de las reflexiones compartidas por la mesa de diálogo social consiste en señalar que no podemos ignorar la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral y la necesidad de que la legislación laboral tenga en cuenta esta repercusión tanto en los derechos colectivos e individuales de las personas trabajadoras como en la competencia entre las empresas.

La eficacia de la nueva disposición adicional vigesimotercera, basada, como se ha expuesto, en la valoración de la naturaleza real del vínculo, va a depender en gran medida de la información verificable que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de plataformas, que debe permitir discernir si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita por dicha disposición, siempre desde el mayor respeto a los secretos industrial y comercial de las empresas conforme a la normativa, que no se ven cuestionados por esta información sobre las derivadas laborales de los algoritmos u otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial.

Por último, se incluye una disposición final primera relativa al título competencial y una disposición final segunda relativa a la entrada en vigor, que establece un periodo de tres meses, contados a partir de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado», periodo que se estima necesario para posibilitar el conocimiento material de la norma y la adopción de las medidas necesarias para su aplicación.

III.

En relación con la concurrencia de los presupuestos habilitantes de extraordinaria y urgente necesidad, debe tenerse en cuenta la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, resumida en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia 61/2018, de 7 de junio, conforme a la cual se requieren, por un lado, «la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación», y, por otro, «la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella».

A la hora de justificar la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad, debemos referirnos a la litigiosidad comentada en esta exposición de motivos y la doctrina contenida en la STS 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, que impone, de lege ferenda, la adopción de una solución legislativa que procure un panorama necesario de normalización y seguridad jurídica para personas trabajadoras y empresas.

De un lado, la urgente necesidad de articular equilibradamente una realidad económica nueva —en su forma de organización— con la protección de quienes son personas trabajadoras que, si bien prestan servicios de un modo que se aparta del tradicional, están sometidas a un control en su prestación, básicamente sobre los procesos y los resultados.

En este sentido, debe entenderse la propuesta y su urgencia bajo el principio de protección inherente, que no puede dejarse al albur de actuaciones administrativas o judiciales a las que se encomienda la función de garantizar el efecto útil de los derechos incluidos en el Estatuto de los Trabajadores.

Resulta fundamental para conseguir este nivel de protección adoptar un concepto material de persona trabajadora y un concepto funcional de empresa, superando elementos instrumentales que impidan garantizar el efecto útil de un conjunto de derechos mínimos de los que se ocupa de manera genuina el Derecho del trabajo. De otra manera, corremos el riesgo de que un número creciente de personas que desempeñan su actividad en el contexto atípico de las plataformas digitales de reparto queden excluidas de su ámbito de aplicación y condenadas a una situación de extrema vulnerabilidad.

Los ingresos que perciben las personas trabajadoras, las cotizaciones a la Seguridad Social, la renta disponible de los hogares y otros efectos adicionales y añadidos que inciden en la fortaleza y capacidad de recuperación del tejido empresarial, hacen especialmente necesaria esta regulación, ante los retos comprometidos con la Unión Europea en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Por ello, es urgente contar con un medio que procure certezas, seguridad y previsibilidad mediante la adopción de esta nueva técnica que refleja en el texto del Estatuto de los Trabajadores las características de una realidad productiva altamente digitalizada, pero que no altera el contenido ni el alcance de las notas que definen la naturaleza laboral de una relación de servicios conforme a lo establecido en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, ni sus consecuencias. Resulta igualmente urgente, además, garantizar la igualdad de trato entre las empresas «tradicionales» y las que utilizan medios de control digital basadas en la gestión de datos algorítmicos, sobre la base de una competencia transparente y leal entre unas y otras.

Todo lo anterior pone de manifiesto la urgencia de garantizar condiciones de trabajo justas en la economía de las plataformas digitales de reparto, a través de una presunción de laboralidad de las personas que prestan servicios en dicho ámbito, que asegure la igualdad de trato de las empresas, ya operen con formas de trabajo estándar o no estándar; así como

procurar, por último, la efectividad de la modificación legislativa operada, mediante la incorporación de mecanismos para conseguir su cumplimiento y aplicación efectivos.

En este sentido, la aprobación y publicación de la medida otorgará seguridad jurídica a los operadores, que dispondrán de un plazo razonable para realizar las adaptaciones necesarias al nuevo marco legal, periodo de tiempo que se considera como mínimo indispensable a tal fin.

IV.

Esta norma se ajusta a los principios de buena regulación contenidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en particular, a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

Así, de acuerdo con los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa se encuentra justificada por una razón de interés general, habiéndose identificado los fines perseguidos y entendiéndose que es el real decreto-ley el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. Por otra parte, las medidas contenidas en el real decreto-ley son adecuadas y proporcionadas a las necesidades que exigen su dictado, habiéndose constatado que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios. A su vez, como garantía del principio de seguridad jurídica, esta iniciativa normativa se adopta de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, generando un marco normativo de certidumbre, que facilita su conocimiento y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas afectadas.

Con esta norma, de igual manera, se observa el principio de transparencia, al definir claramente la situación que la motiva y sus objetivos, descritos en la parte expositiva del texto y en el apartado correspondiente de la memoria del análisis de impacto normativo, sin que se hayan realizado los trámites de participación pública que se establecen en el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al amparo de la excepción que, para los reales decretos-leyes, regula el apartado 11 del aludido precepto.

Por último, en relación con el principio de eficiencia la norma no incorpora ninguna carga administrativa adicional.

Este real decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en las materias de legislación laboral.

La inmediatez con la que es necesario incorporar las modificaciones referidas al Estatuto de los Trabajadores exige la adopción de la presente norma a través del instrumento del decreto-ley, toda vez que la situación a la que se pretende dar respuesta no puede abordarse mediante el procedimiento legislativo ordinario o a través de su tramitación urgente. En este sentido, ha de tenerse en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional, en base a la cual el decreto-ley constituye un instrumento constitucionalmente lícito, siempre que el fin que justifica la legislación de urgencia sea subvenir a una situación concreta, dentro de los objetivos gubernamentales, que por razones difíciles de prever requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, máxime cuando la determinación de dicho procedimiento no depende del Gobierno (sentencias 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; 11/2002,

de 17 de enero, FJ 4, 137/2003, de 3 de julio, FJ 3, y 189/2005, de 7 de julio, FJ 3; 68/2007, F. 10, y 137/2011, F. 7).

En su virtud, haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución Española, a propuesta de la Vicepresidenta Tercera del Gobierno y Ministra de Trabajo y Economía Social, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 11 de mayo de 2021,

DISPONGO:

Artículo único. *Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.*

El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda modificado como sigue:

Uno. Se introduce una nueva letra d) en el artículo 64.4, con la siguiente redacción:

«d) 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.»

Dos. Se introduce una nueva disposición adicional vigesimotercera, con la siguiente redacción:

«*Disposición adicional vigesimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.*»

Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma.»

Disposición final primera. *Título competencial.*

Este real decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado las competencia exclusiva en materia de legislación laboral.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

El presente real decreto-ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, el 11 de mayo de 2021.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN

Regio Decreto Legge 9/2021, dell'11 maggio, che modifica il testo rivisto della Legge sullo Statuto dei Lavoratori, approvato dal Regio Decreto Legislativo 2/2015, del 23 ottobre, per garantire i diritti lavorativi delle persone dedicate alla consegna nel campo delle piattaforme digitali.

I.

Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione hanno avuto la virtualità di trasformare, in tutto il mondo, le relazioni sociali, le abitudini di consumo e, con questo, hanno generato opportunità per nuove forme di *business* che ruotano, tra gli altri fattori, intorno alla raccolta e alla gestione dei dati e all'offerta di servizi adeguati a questa nuova fase.

Allo stesso modo, metodi di calcolo matematico o algoritmi sono stati applicati ai rapporti di lavoro, rivoluzionando il modo in cui vengono forniti i servizi, ottimizzando le risorse e i risultati. Questi metodi hanno un forte potenziale per contribuire al miglioramento delle condizioni di vita delle persone. Un buon esempio sono stati i risultati della digitalizzazione forzata o accelerata nel corso della crisi sanitaria, permettendo servizi personalizzati a distanza e assistenza sanitaria, permettendo il mantenimento del *business* attraverso servizi online; o garantendo la continuità dei servizi di lavoro a distanza.

L'applicazione di questi mezzi tecnologici ha introdotto elementi nuovi nei rapporti di lavoro, i cui vantaggi sono evidenti. I vantaggi e le conseguenze positive sulle condizioni di lavoro dei lavoratori sono perfettamente compatibili con lo scopo del diritto del lavoro nella sua funzione di riequilibrare gli interessi, proteggere la parte contrattualmente più debole o gestire le risorse umane e migliorare la produttività delle imprese.

Questa è la formula di compatibilità che garantisce che la rivoluzione tecnologica porta i suoi effetti positivi in modo equo e ridonda al progresso della società in cui è stata installata. Un mercato del lavoro con diritti è garanzia di una società moderna, basata sulla coesione sociale, che avanza democraticamente; un mercato centrato sulle persone, che rende il suo tessuto produttivo meno volatile e più resistente di fronte ai cambiamenti.

Nonostante le enormi difficoltà, soprattutto tecniche, che comporta affrontare questa sfida, il dialogo sociale ha permesso al nostro paese di fare progressi pionieristici in questo campo e di farlo di pari passo con una diagnosi e una soluzione condivisa dalle parti sociali più rappresentative, i cui contributi sono stati determinanti. Il presente Regio Decreto Legge, pertanto, è il risultato dell'accordo adottato lo scorso 10 marzo 2021 tra il Governo, le CC. OO., UGT, CEOE e CEPYME, a seguito del lavoro svolto dal Tavolo di Dialogo istituito a tal fine il 28 ottobre 2020.

II.

Questo regio decreto legge ha un articolo e due disposizioni finali, il cui scopo è quello di specificare il diritto all'informazione della rappresentanza dei lavoratori nell'ambiente di

lavoro digitalizzato, così come la regolamentazione del rapporto di lavoro nel campo delle piattaforme digitali di consegna.

L'articolo unico modifica il testo rivisto della Legge sullo Statuto dei Lavoratori, approvato dal Regio Decreto Legislativo 2/2015, del 23 ottobre, in due aspetti. In primo luogo, modifica l'articolo 64, relativo ai diritti d'informazione e di consultazione della rappresentanza legale dei lavoratori aggiungendo un nuovo paragrafo d) alla sua sezione 4, che riconosce il diritto del comitato aziendale di essere informato dall'azienda su parametri, regole e istruzioni su cui si basano gli algoritmi o i sistemi di intelligenza artificiale che influiscono sul processo decisionale che può influenzare le condizioni di lavoro, l'accesso e il mantenimento dell'occupazione, compresa la profilazione.

In secondo luogo, introduce una nuova disposizione aggiuntiva sulla presunzione di occupazione delle attività di consegna o distribuzione di qualsiasi tipo di prodotto o merce, quando l'azienda esercita i suoi poteri di organizzazione, gestione e controllo, mediante la gestione algoritmica del servizio o delle condizioni di lavoro, attraverso una piattaforma digitale. Questa presunzione non pregiudica le disposizioni dell'articolo 1.3 dello Statuto dei lavoratori.

Il lavoro essenziale svolto dall'Ispettorato del Lavoro e della Previdenza Sociale è all'origine di molte delle sentenze che si sono pronunciate a favore o contro lo *status* di impiego della prestazione di servizi su piattaforme di consegna digitale, culminate nella STS 805/2020, del 25 settembre.

La nuova disposizione aggiuntiva riprende i criteri e i parametri stabiliti dalla Corte Suprema in detta sentenza, la prima emessa in conformità alla dottrina, utilizzando a tal fine la prevalenza del principio di realtà nel senso indicato dalle sentenze precedenti, come la STS 263/1986, del 26 febbraio 1986, o la STS del 20 gennaio 2015, ricorso 587/2014, e che evidenzia anche la necessità di adattare i requisiti di dipendenza e alienità al contesto attuale. Tale sentenza si fonda su quanto segue:

“Dalla creazione del diritto del lavoro fino ad oggi abbiamo assistito ad un'evoluzione del requisito di dipendenza-subordinazione. La sentenza del CS dell'11 maggio 1979 aveva già qualificato questo requisito, spiegando che 'la dipendenza non implica una subordinazione assoluta, ma solo l'inserimento nel circolo direttivo, organizzativo e disciplinare dell'impresa'. Nella società post-industriale la nota di dipendenza è diventata più flessibile. Le innovazioni tecnologiche hanno portato alla creazione di sistemi di controllo digitalizzati per la fornitura di servizi. L'esistenza di una nuova realtà produttiva obbliga ad adattare le note di dipendenza e dipendenza esterna alla realtà sociale dell'epoca in cui le norme devono essere applicate (articolo 3.1 del Codice Civile)" (FJ 7.º).

Sulla base di questa massima, la Corte Suprema ha analizzato la relazione tra la piattaforma di consegna convenuta e il lavoratore interessato dal ricorso, ribadendo, come aveva stabilito in numerose occasioni precedenti (per esempio, SSTS del 22 aprile 1996, ricorso 2613/1995; e del 3 maggio 2005, ricorso 2606/2004), che i poteri di direzione, organizzazione o controllo dell'attività da parte del datore di lavoro e, in questo senso, le note di dipendenza e di lavoro esterno, possono tradursi in realtà in modi diversi da quelli classici quando il datore

di lavoro assume i rischi dell'operazione ed è beneficiario dei suoi frutti, svolgendo l'opera di coordinamento, organizzazione o controllo della prestazione o detenendo il potere sanzionatorio, e questo anche se le sue prerogative si manifestano indirettamente o implicitamente, attraverso la gestione algoritmica delle condizioni di lavoro o del servizio prestato.

Con una nuova ventitreesima disposizione aggiuntiva, e con un accordo adottato al tavolo del dialogo sociale, la giurisprudenza in materia viene trasferita nella legge, con l'obiettivo di assicurare che lo Statuto dei lavoratori rifletta chiaramente queste nuove realtà.

Così, lo Statuto dei Lavoratori contempla che i poteri imprenditoriali, di cui all'articolo 20 di questo regolamento, possono essere esercitati in numerosi modi e, tra questi, attraverso la gestione algoritmica del servizio o delle condizioni di lavoro attraverso una piattaforma digitale, che sono, quindi, gli *asset* chiave ed essenziali dell'attività. Di conseguenza, la forma indiretta o implicita di esercizio dei poteri dell'azienda copre i casi in cui una certa flessibilità o libertà da parte del lavoratore nell'esecuzione del servizio sia solo apparente, perché in realtà ha conseguenze o ripercussioni sul mantenimento del loro impiego, sul suo volume o sul resto delle loro condizioni di lavoro.

Allo stesso modo, attraverso l'esplicita invocazione dell'articolo 8.1 dello Statuto dei Lavoratori, si rafforza l'importanza di valutare la natura reale del rapporto, il contenuto delle prestazioni e la configurazione asimmetrica ed effettiva degli obblighi assunti nell'accordo contrattuale come elemento necessario per garantire l'effetto utile e protettivo che corrisponde al diritto del lavoro.

Gli algoritmi meritano la nostra attenzione e analisi per i cambiamenti che stanno introducendo nella gestione dei servizi e delle attività aziendali, in tutti gli aspetti delle condizioni di lavoro e, soprattutto, perché questi cambiamenti stanno avvenendo al di fuori dello schema tradizionale di partecipazione dei lavoratori nell'impresa. In questo senso, un'altra delle riflessioni condivise dalla tavola rotonda del dialogo sociale è quella di sottolineare che non si può ignorare l'impatto delle nuove tecnologie nella sfera del lavoro e la necessità che la legislazione del lavoro tenga conto di questa ripercussione sia sui diritti collettivi e individuali dei lavoratori che sulla concorrenza tra imprese.

L'efficacia della nuova ventitreesima disposizione aggiuntiva, basata, come detto, sulla valutazione della natura reale della relazione lavorativa, dipenderà in larga misura dalle informazioni verificabili disponibili sullo sviluppo dell'attività attraverso le piattaforme, che dovrebbero permettere di discernere se le condizioni della prestazione di servizi espresse in una specifica relazione rientrano nella situazione descritta da tale disposizione, sempre con il massimo rispetto per i segreti industriali e commerciali delle aziende in conformità con la normativa, che non sono messi in discussione da queste informazioni sui derivati del lavoro degli algoritmi o altre operazioni matematiche al servizio dell'organizzazione aziendale.

Infine, include una prima disposizione finale relativa al titolo di competenza e una seconda disposizione finale relativa all'entrata in vigore, che stabilisce un periodo di tre mesi dalla pubblicazione nella «Gazzetta Ufficiale dello Stato», periodo ritenuto necessario per

consentire la conoscenza materiale del regolamento e l'adozione delle misure necessarie alla sua applicazione.

III.

In relazione al concorso dei presupposti abilitativi di straordinaria e urgente necessità, deve essere presa in considerazione la dottrina del nostro Tribunal Constitucional, sintetizzata nella base giuridica 4 della Sentenza 61/2018, del 7 giugno, secondo la quale, da un lato, è richiesta "l'esposizione esplicita e motivata delle ragioni che sono state prese in considerazione dal Governo nella sua approvazione", e, dall'altro, "l'esistenza di un collegamento necessario tra la situazione di emergenza definita e la misura specifica adottata per porvi rimedio".

Nel giustificare la concomitanza della necessità straordinaria e urgente, dobbiamo fare riferimento alla litigiosità commentata in questa relazione e alla dottrina contenuta nella STS 805/2020, del 25 settembre 2020, che impone, *de lege ferenda*, l'adozione di una soluzione legislativa che fornisca un necessario panorama di normalizzazione e certezza giuridica per i lavoratori e le imprese.

Da un lato, l'urgente necessità di bilanciare una nuova realtà economica - nella sua forma di organizzazione - con la protezione di coloro che sono lavoratori che, pur fornendo servizi in un modo che si discosta da quello tradizionale, sono soggetti a controllo nella loro prestazione, fondamentalmente sui processi e sui risultati.

In questo senso, la proposta e la sua urgenza devono essere comprese sotto il principio della protezione intrinseca, che non può essere lasciata alla mercé di azioni amministrative o giudiziarie a cui è affidata la funzione di garantire l'effetto utile dei diritti inclusi nello Statuto dei Lavoratori.

Per raggiungere questo livello di protezione, è essenziale adottare una concezione materiale del lavoratore e una concezione funzionale dell'impresa, superando gli elementi strumentali che impediscono di garantire l'effetto utile di un insieme di diritti minimi dei quali si occupa il Diritto del lavoro. Altrimenti, corriamo il rischio che un numero crescente di persone che lavorano nel contesto atipico delle piattaforme di consegna digitale siano escluse dal loro campo di applicazione e condannate a una situazione di estrema vulnerabilità.

Il reddito percepito dai lavoratori, i contributi di sicurezza sociale, il reddito disponibile delle famiglie e altri effetti aggiuntivi e aggiunti che incidono sulla forza e la resilienza del tessuto imprenditoriale, rendono questo regolamento particolarmente necessario, date le sfide impegnate per l'Unione europea nel piano di recupero, trasformazione e resilienza.

Pertanto, è urgente disporre di un mezzo che dia certezza, sicurezza e prevedibilità attraverso l'adozione di questa nuova tecnica che riflette nel testo dello Statuto dei Lavoratori le caratteristiche di una realtà produttiva altamente digitalizzata, ma che non altera il contenuto e la portata delle norme che definiscono la natura lavorativa di un rapporto di servizio in conformità con le disposizioni dell'articolo 1.1 dello Statuto dei Lavoratori, né le sue conseguenze. È altrettanto urgente, inoltre, garantire la parità di trattamento tra le imprese

«tradizionali» e quelle che utilizzano mezzi digitali di controllo basati sulla gestione algoritmica dei dati, sulla base di una concorrenza trasparente e leale tra loro.

Tutto ciò evidenzia l'urgenza di garantire condizioni di lavoro eque nell'economia delle piattaforme digitali di consegna, attraverso una presunzione di impiego delle persone che prestano servizi in questo settore, che assicuri la parità di trattamento delle imprese, sia che operino con forme di lavoro standard o non standard; così come assicurare, infine, l'efficacia della modifica legislativa apportata, incorporando meccanismi che garantiscano il suo effettivo rispetto e applicazione.

In questo senso, l'approvazione e la pubblicazione della misura fornirà certezza giuridica agli operatori, che avranno un periodo di tempo ragionevole per fare i necessari adattamenti al nuovo quadro giuridico, un periodo di tempo che è considerato il minimo necessario per questo scopo.

IV.

Il presente regolamento rispetta i principi di buona regolazione contenuti nell'articolo 129 della legge 39/2015, del 1° ottobre, sul procedimento amministrativo comune delle pubbliche amministrazioni, in particolare i principi di necessità, efficacia, proporzionalità, certezza del diritto, trasparenza ed efficienza.

Così, in conformità con i principi di necessità ed efficacia, l'iniziativa normativa è giustificata da un motivo di interesse generale, avendo identificato gli scopi perseguiti e comprendendo che il Regio Decreto Legge è lo strumento più appropriato per assicurare la sua realizzazione. D'altra parte, le misure contenute nel Regio Decreto Legge sono adeguate e proporzionate alle necessità che richiedono la sua emanazione, avendo constatato che non esistono altre misure meno restrittive dei diritti, o che impongono meno obblighi ai destinatari. A sua volta, come garanzia del principio della certezza del diritto, questa iniziativa normativa viene adottata in modo coerente con il resto del sistema giuridico nazionale e dell'Unione Europea, generando un quadro normativo di certezza, che facilita la sua conoscenza e, di conseguenza, l'azione e la decisione delle persone e delle imprese interessate.

Allo stesso modo, si osserva il principio di trasparenza con questo regolamento, definendo chiaramente la situazione che lo motiva e i suoi obiettivi, descritti nella parte esplicativa del testo e nella sezione corrispondente del rapporto di analisi dell'impatto normativo, senza che si siano realizzate le procedure di partecipazione pubblica stabilite nell'articolo 26 della legge 50/1997, del 27 novembre, del Governo, con l'eccezione che, per i regi decreti legge, regola la sezione 11 del precetto citato.

Infine, in relazione al principio di efficienza, la norma non prevede alcun onere amministrativo aggiuntivo.

Il presente Real Decreto-Legge è emanato ai sensi dell'articolo 149.1.7 della Costituzione spagnola, che concede allo Stato la competenza esclusiva in materia di legislazione del lavoro.

L'immediatezza con cui è necessario incorporare le modifiche di cui allo Statuto dei lavoratori richiede l'adozione di questo regolamento attraverso lo strumento del decreto-legge, dato che la situazione a cui si intende rispondere non può essere affrontata attraverso la procedura legislativa ordinaria o attraverso il suo trattamento urgente. In questo senso, si deve prendere in considerazione la dottrina del Tribunal Constitucional, secondo la quale il decreto-legge costituisce uno strumento costituzionalmente legittimo, a condizione che il fine che giustifica la legislazione d'urgenza sia quello di affrontare una situazione specifica, all'interno degli obiettivi governativi, che per ragioni difficilmente prevedibili richiede un'azione normativa immediata in un periodo più breve di quello richiesto dalla procedura normale o d'urgenza per l'elaborazione parlamentare delle leggi, soprattutto quando la determinazione di detta procedura non dipende dal Governo (Sentenze 6/1983, del 4 febbraio, FJ 5; 11/2002, del 17 gennaio, FJ 4, 137/2003, del 3 luglio, FJ 3, e 189/2005, del 7 luglio, FJ 3; 68/2007, F. 10, e 137/2011, F. 7).

In virtù di ciò, avvalendosi dell'autorizzazione contenuta nell'articolo 86 della Costituzione spagnola, su proposta del Terzo Vicepresidente del Governo e Ministro del Lavoro e dell'Economia Sociale, e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri nella riunione dell'11 maggio 2021,

DISPONGO:

Articolo unico. *Modifica del testo consolidato della Legge sullo Statuto dei Lavoratori, approvato dal Regio Decreto Legislativo 2/2015, del 23 ottobre.*

Il testo consolidato della Legge sullo Statuto dei Lavoratori, approvato dal Regio Decreto Legislativo 2/2015, del 23 ottobre, è modificato come segue:

Uno. Una nuova lettera d) è introdotta nell'articolo 64.4, con la seguente formulazione:

«d) Essere informati 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».

Due. Viene introdotta una nuova ventitreesima disposizione aggiuntiva, con la seguente formulazione:

«Ventitreesima disposizione aggiuntiva. *Presunzione di impiego nell'ambito delle piattaforme di consegna digitale.*

In applicazione delle disposizioni dell'articolo 8.1, si presume che l'attività delle persone che forniscono servizi a pagamento consistenti nella consegna o distribuzione di qualsiasi prodotto di consumo o merce da parte di datori di lavoro che esercitano poteri aziendali di organizzazione, gestione e controllo direttamente, indirettamente o implicitamente, mediante la gestione algoritmica del servizio o delle condizioni di lavoro, attraverso una piattaforma digitale, sia inclusa nell'ambito della presente legge.

Questa presunzione non pregiudica le disposizioni dell'articolo 1.3 del presente regolamento».

Prima disposizione finale. *Titolo competente.*

Il presente Real Decreto-Legge è emanato ai sensi dell'articolo 149.1.7 della Costituzione spagnola, che concede allo Stato la competenza esclusiva in materia di legislazione del lavoro.

Seconda disposizione finale. *Entrata in vigore.*

Il presente decreto legge reale entra in vigore tre mesi dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dello Stato.

Dato a Madrid, l'11 maggio 2021.

FELIPE R.

Il presidente del governo,

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Concept and criticism of digital labour platforms

RODRIGO DE LACERDA CARELLI

Federal University of Rio de Janeiro

MURILO CARVALHO SAMPAIO OLIVEIRA

Federal University of Bahia

SAYONARA GRILLO

Federal University of Rio de Janeiro

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Concept and criticism of digital labour platforms

RODRIGO DE LACERDA CARELLI

Federal University of Rio de Janeiro

Professor

rodrigolcarelli@gmail.com

MURILO CARVALHO SAMPAIO OLIVEIRA

Federal University of Bahia

Professor

murilocsoliveira@gmail.com

SAYONARA GRILLO

Federal University of Rio de Janeiro

Professor

sayonara.ufrj@gmail.com

ABSTRACT

This paper critically addresses the changes brought by the digital economy and its digital platforms to Labour Law.

It examines the concept of labour platforms and its typologies and models, including the critique of the online and offline work categories and offers other alternative solutions. It confronts the role of Labour Law, considering the perspectives of wage labour regulation in these platforms, and reflects on the relation between precariousness, technology and its fetishes.

Keywords: digital platforms; platform labour; labour regulation; precariousness, types of contract.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13110>

Concept and criticism of digital labour platforms

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Labour Law: context and purpose. – 3. The firm and the platform: relation and concept. – 4. Technological fetish and the concealment of the capitalism pattern in platforms. – 5. Classifying digital labour platforms. – 6. Outlining a critical concept and the models of action of the platforms. – 7. Innovations and continuity of work via digital platforms. – 8. Labour Law responses to digital platforms.

1. Introduction ⁽¹⁾

In the beginning of the third millennium, technology is presented as the great protagonist of society's ongoing transformations, which includes the ways of working, relating, making friendships and loving. Artificial intelligence, platforms, algorithms, among others technological instruments, undermine the old business organizations and their methods of work management, which, for many, configures a disruption in the sense of a creative destruction of past models.

Apart from its disruptive context, as mentioned above, in this paper we intend to address the innovations on the ways of working in the digital economy, as well as to identify continuing characteristics of work in the perspective of economic-social capitalist structure. In this contrast between changes and permanence, we discuss which are the proposed answers in terms of regulation of work on digital platforms by Labour Law, however, not before critically presenting concepts, elements, classifications on the platforms and their ways of operation.

For this purpose, we adopted a dialectical epistemological understanding and resorted to an exploratory method to elaborate on this legal-projective paper as of a bibliographical review. With these methodological elements and aware of the horizons and experiences of various authors, we have developed a critical text on regulation of work in digital platforms.

2. Labour Law: context and purpose

⁽¹⁾ This work, with minor changes, was first published in Portuguese in *Revista Direito e Praxis*, v. 11, n. 4 (2020). English translation by Ana Julia Sampaio Oliveira.

In contemporary times, neoliberalism expands itself by producing subjectivities based on individualism and market competition, in addition to government policies and legislative innovations that constitute an increasingly authoritarian model. In this sense, political and economic measures to stimulate business activities instead of fundamental rights result in the reduction of labour protection and in an increase of its precariousness. By combining technological transformations and economic efficiency, yet repeating such neoliberal logic, digital platforms emerge and are in the process of consolidating themselves as a model of success in the digital economy, which is understood as a substantial change in productive activity that shifts its risks to the workers ⁽²⁾. Digital platforms present themselves as synthesis of economic efficiency combined with ideas of technological innovations, but they uncover a productive arrangement that is supported on the precariousness of a work structured under the ideology of a man being his own self-entrepreneur ⁽³⁾.

In the context of digital economy, in order to better understand the relation between the way of working promoted by digital platforms and Labour Law, it is necessary to rescue, in history and ontology, the ambiguous roles and purposes of this legal branch in capitalism.

In a synthetic conception and with a certain level of generalization, we can affirm that the role of Labour Law is to legally regulate expropriated work, that is, it was constituted as a normative system disciplining remunerated work in the capitalist social-economic organization.

Both the assumption and the justification for a unique regulation of this relationship between Capital and Labour is the perception of the deep imbalance between its parties – that is, the employer and the employee, which is the result of structured economic and social inequality in the labour market. Against the factual asymmetry and market illusions of a merchant self-regulation between its formally equal parties, Labour Law was constituted as a legal system aiming market regulation and as an immediate protection for people living off work, the non-owners, and in a mediated way, structuring the purchase and sale of workforce in capitalism.

The indissolubility between workforce and the worker as a person, the structural asymmetries caused by the impossibility of controlling the general job offer in the market, the necessity of immediate sale of working time to human

⁽²⁾ F. Trillo, *Economía digitalizada y relaciones de trabajo*, *Revista de derecho social*, 2016, 5, 59-82.

⁽³⁾ P. Dardot - C. Laval, *A nova razão do mundo*, Boitempo, 2016.

survival, altogether, make the economic conception of supply and demand biased. Hence, understanding the historicity of law, we emphasize that social and union struggles forge their own law, potentializing a more collective and resistant dimension. Such normativity, based not only on the principle of labour protection, but especially on the prominence of collective subjects, has instituted limits to the exhaustive labour conditions driven by technical innovations resulting from industrial revolutions and consequences of continuous phases of capital accumulation.

However, critical reading forces us to remember the limits of such labour protection, in view of political functions carried out by an institutional design based on the individual work regulation that remains subordinate and dependent. Coutinho describes the protectionist dimension as a myth: “[..] It is stating that it protects, when it does not always provide effective protection. After all, Labour Law is capitalist labour law.”⁽⁴⁾ Therefore, a classic conception of Labour law, structured on the basis of individual regulation may perform a legal legitimation function of capitalist wage-earning system, maintaining it without questioning the structure that creates and reproduces the inequality of employment relations.

Neoliberalism and the present technological revolution drive forward a process of precariousness of social rights of such magnitude that the aggravation of the precarious condition of those who live off their work requires that we recover the functions and meanings of labour regulation, particularly its counter-facto dimension. After all, as in its origins, Labour Law also exercises a function of control over technology and the economic power that supports and nourishes it.

3. The firm and the platform: relation and concept

Once the historical role of Labour Law is situated, we now begin to examine the notion of platform, its elements, and its relation with firm and work in the digital economy. In view of the myriad meanings, uses, confusions and misconceptions and deviations on what is meant by the term “digital platform”, we present a few guiding concepts of its notion and applications.

The idea of a platform surpasses the digital realm and comes from a non-recent form of entrepreneurial organization, but currently is presented as a model for all types of companies, that is, a business model. A platform would

⁽⁴⁾ A. Coutinho, *O princípio da proteção revistado*, *Revista Bonijuris*, 2001, 452, 5 ss.

be seen as the infrastructure or the environment that enables the interaction between two or more groups. A classic example is a marketplace (such as a trade fair), that is, the space, time, organization and structures over which the merchants rely on to conduct business. The most complete current model of this format is a shopping mall. In this sense, the mall's administrator rents its stores and maintains all of its infrastructure (cleaning, security, energy, advertising, parking, access, organization etc.) so that the merchants can meet with potential customers in order to enable any kind of dealing that could arise between them.

This business model expands in influence and use to the point of integrating the general concept of a company, according to its conceptualization as nexus of contracts, ⁽⁵⁾ or as a network of relational contracts. As of this innovation, there is a reintroduction of market logic within the firm.

The company, as it happens with a market, would be characterized as a network of contractual relations between subjects that can be reproduced in all of the company's sectors, from the ones connecting the vertex of the firm and its creditors, to its shareholders and those relations between management and workers. ⁽⁶⁾ Thus, the corporation would then be the responsible for the governance of such network or the flow of contractual relations. As a consequence, it results in a corporation that not only is dematerialized (the physical structures and its purposes can be passed on to third parties, remaining to the firm the management of the contractual entailment), but also de-hierarchized (the relations start to be considered as civil contracts, between equals, and not hierarchized as pyramidal organizations of a classic company that would involve levels of subordination between its structures and corporate management) that should be governed by the rules freely negotiated by the parties. ⁽⁷⁾

This notion brings out important consequences in the field of forms of employment contract, in the ways subordination and dependence, perhaps, in the own configuration of Labour Law. As of there, we can understand the new models of departments stores, and ever supermarkets, to the extreme of some beauty salons, where the establishment's spaces are offered to other companies

⁽⁵⁾ O. Hart, *An economist's perspective on the theory of the firm*, in *Columbia law Review*, 1989, 89, 7, 1757 - 1774.

⁽⁶⁾ A. Perulli, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, LD, 2015, 2, 259-283.

⁽⁷⁾ A. Perulli, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, op. cit., 267-269.

(or individuals) to meet clients. The modern ideal-type of company coincides in a certain extent with the concept of platform.

Such idea is transposed to the virtual dimension to identify what digital platforms are: digital infrastructures that allow the interaction between two or more groups ⁽⁸⁾. The evolution of the informational technology allows the model of e-commerce stores, each competing dispersed on its own website, to be replaced, or dominated, by centralized platforms in the form of a market that can control the entirety of its system. This technological evolution includes the use of the worldwide web via electronic devices with increasing accessibility, that also are agile, easy to use and with considerable portability, as well as the design of progressively more accurate algorithms and due to the construction of the infrastructure of huge data servers that we commonly (and misleadingly) call cloud.

The centralization of platforms expresses a process of capital concentration. The 2008 economic crisis demonstrated the weaknesses of financialization and of an economy founded on credit without poor guarantees. In the first moment after the crisis, the process of capitalist accumulation involved the adoption of austerity policies, with labour and social security reforms. At the same time, new ways of accumulation are established with the growth of “digital economy” or “capitalism of platforms”. The business concentration on large platforms is developed on a global scale, since it requires large financial injections, broadening the experiences of innovative business models (startups). The transformation of companies into platforms and from platforms into large corporations is an ongoing process.

4. Technological fetish and the concealment of the capitalist pattern in platforms

After these conceptual inputs, we present a critical intake on the technological fetish and the concealment that these innovations and speeches undertake. To this end, firstly, it is necessary to clarify that the digital environment did not imply a rupture with the capitalist productive structure. Economic and social relations transposed to an economy of digital platforms continue in the capitalist mode of creation, appropriation and reproduction of inequality.

⁽⁸⁾ N. Snircek, *Platform Capitalism*, Polity Press, 2017, 25.

The discursive approximation to an “economy of sharing” soon proved to be mere propaganda in the field of digital labour platforms⁽⁹⁾, which are organized by companies with typical capitalistic dynamics. In this sense, analyzing labour platforms is, in general, analyzing a model of work management that is organized by capitalist corporations, which explains the idea of a “platform capitalism”.⁽¹⁰⁾

These companies and their technological and organization network – website, mobile phone application, artificial intelligence systems and their algorithms – actually present themselves as innovative or disruptive organizations only when compared with the typical fordist firm organization. That is, when the analysis is guided by a more macro reading, in historical terms, we shall notice that these new business management arrangements are characterized by a recurrent productive restructuration with the externalization of the workers and, consequently, the imposition of precariousness. Hence, the 4.0 industry contains many continuities with the toyotist management through its expedients of externalization and high-tech employment.

The most significant and innovative feature these so-called “4.0 companies” have is a lean company organization, guided by maximum economic efficiency. These companies build an imaginary in which they have no factories, inputs, raw materials, means of production, workers and, therefore, no stock of produced goods or stores to sell their productions. Thus, it advertises an empty company, a “cloud company”⁽¹¹⁾.

Likewise, there is a hazy discourse directed at workers in so-called “cloud companies”. The economic and commercial relationship with the workers is naturalized as if it were a concession or a gift for vulnerable people. That is, it is sought to legitimize these new forms of precarious work, transforming in common sense the idea that such types of work are an “income opportunity” in the context of an economic crisis and immense unemployment. In this sense, the “cloud company” expresses a myth of help and assistance.

Behind the marketing ads and appearances, we realize that there is a significant physical structure, goods and human labour involved in these companies, however, there is an attempt to hide these productive factors due to their externalized position.

⁽⁹⁾ T. Slee. *Uberização: A Nova Onda do Trabalho Precarizado*, Elefante, 2017, 23.

⁽¹⁰⁾ R. Kalil. *Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho: crowdwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos*. PhD Thesis. Universidade de São Paulo, 2019.

⁽¹¹⁾ A. Leme. *Da máquina à nuvem: caminhos para o acesso à justiça pela via de direitos dos motoristas da Uber*, LTr Editora, 2019.

The use of technology is not a new expedient in the models of company management. However, technological innovations that contextualize these platforms are quite considerable, because technology takes over a role of an organization and not just a tool or technique accessory. The algorithm – understood as a set of procedures and instructions – enables management and operation based on millions of information and data, something impossible for human management. The storage of these millions of data about their users, workers, prices and demands allows a much deeper understanding of the economic activity and its market, also enabling artificial intelligence to present ideas, plans and changes in the business.

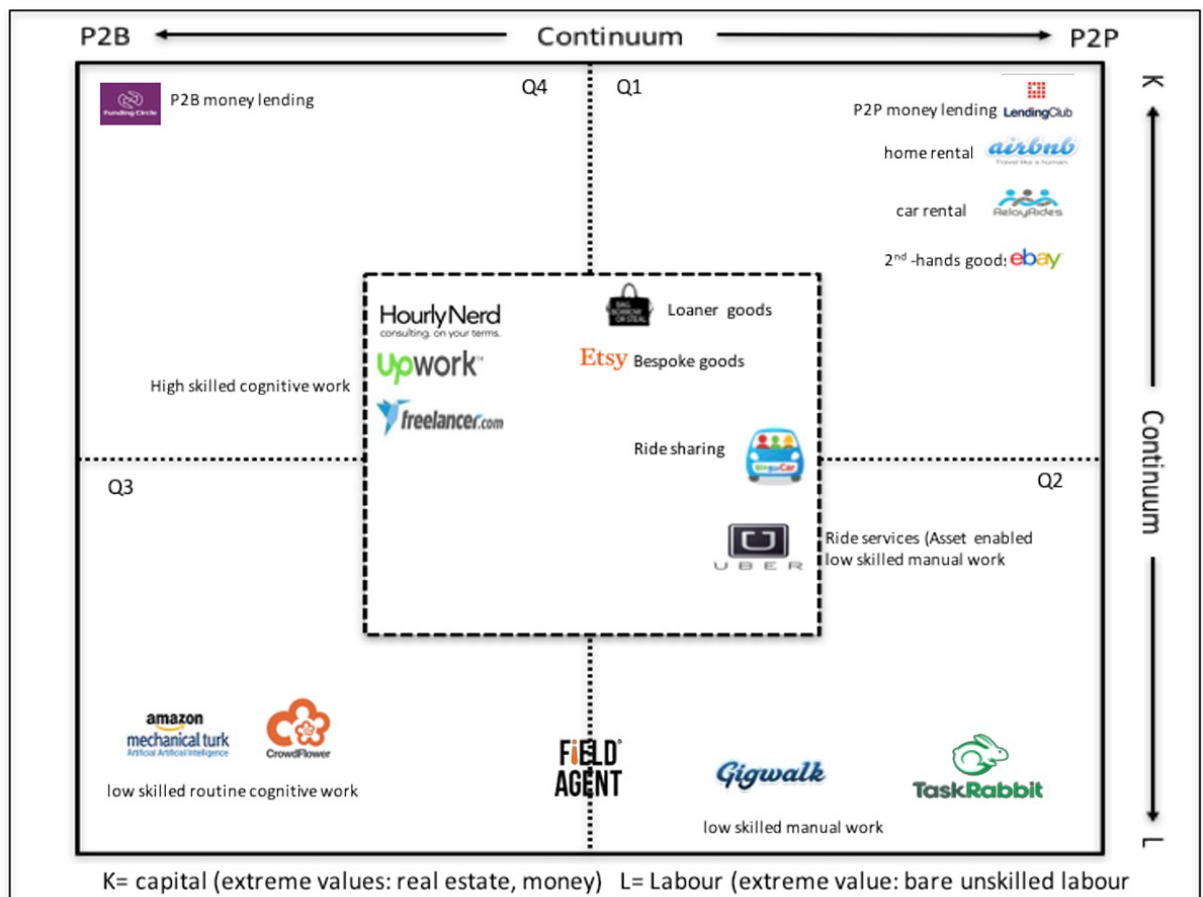
We have noticed that there is a lot of diversity and constant variation (upgrades) in the performance of these platforms. Therefore, a classificatory effort is necessary, in the classic sense of assorting the platforms by their common traits, attempting to systematize the knowledge through typologies.

5. Classifying digital labour platforms

We can find an interesting classification of digital labour platforms in Codagnone, Biagi and Abadie. ⁽¹²⁾From two variables the authors form four types of platforms (quadrants represented by letter Q) and a hybridization zone (the square in the middle). The horizontal variable would be on one side of the line if the platforms connect person and company, identified by P2B (peer-to-business) and on the other side if the connection is made between person and person (peer-to-peer). The vertical variable stands for the prevalence of utilization of capital on the platform (at the extreme, money or real estate), identified by the letter K or, if labour is the one that predominates, marked by letter L (if on the end, mere non-qualified labour). The quadrants then would be Q1, where the interaction person to person and capital utilization prevail, such as platforms for loans between individuals, real estate (e.g., Airbnb) and cars rental and exchanges of second-hand goods (such as Ebay and the Brazilian Mercado Livre).

⁽¹²⁾ C. Codagnone - C. Biagi - F. Abadie, *The passions and the interests: unpacking the 'Sharing Economy'*, Publication Office of the European Union, 2016.

Table 1



Source: C. Codagnone - C. Biagi - F. Abadie. *The passions and the interests: unpacking the 'Sharing Economy'*, Publication Office of the European Union, 2016.

In Q2 quadrant, there are the platforms in which the provision of unskilled work from person to person prevails, such as TaskRabbit (which, in Brazil, would be equivalent to Parafuzo). The Q3 Quadrant shows the low skilled work for companies, such as Amazon and Mechanical Turk and, in quadrant Q4, platforms for lending money from individuals to companies. In the internal chart, the authors indicate the existence of a hybrid zone, where there are platforms that provide skilled work to companies, and some that focus on sales of goods to individuals from individuals. In this hybrid zone, too,

platforms for transporting people such as Uber would be included, as they add an asset, even if of low value, to low-skilled manual labour.

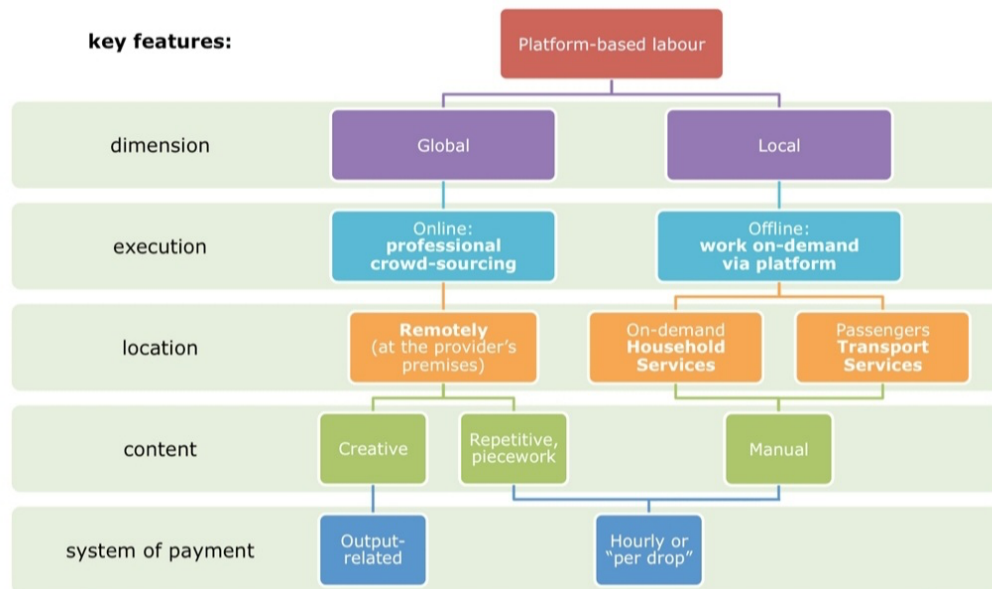
Platforms such as the Brazilian “GetNinjas” could be situated in the hybrid zone, as those function as a marketplace for workers with both high and low qualification. ⁽¹³⁾ According to this classification, delivery platforms could be placed both in the quadrant 3 or in hybridization zone, in case some worker’s goods were used in the provision of the service, such as a motorcycle or a bicycle. Although recognizing the value of this classification, it does not seem correct to place Uber, alongside with other “transportation of people or goods” companies, in a hybrid zone due to the low value of the goods brought in by the service provider or even the fact that in an increasing percentage no capital is added to the provision of services by the worker, since it is well known that a large part of the services provided by platforms drivers is currently carried out with rented vehicles and that delivery of goods is frequently carried out on foot or by bicycles from low-cost public rental services available in large cities. The prevalence, in these cases, is in reality of the intensive labour done by the workers, even when using their own vehicles, which is simply a work tool. The authors acknowledge that the intensive use of labour is an important element in the classification of platforms.

Aloisi and De Stefano ⁽¹⁴⁾ propose another division (table 3). Initially, labour platforms and platforms that facilitate the access to goods, property and capital are separated. The latter includes Airbnb, Blablacar (a service that allows the provision of actual rides), financial services through platforms and diverse marketplaces for selling goods. As for labour platforms, the authors, who focus on the most common types of labour platforms (crowdworking, on-demand domestic services and passenger transport), apply the classification of the table below. The authors, however, warn that it is very difficult to reach a rigid taxonomy, since we are still in an embryonic stage and there is a significant heterogeneity.

⁽¹³⁾ R. Carelli - A. Bittencourt. *Ninjas fazem bico: Um estudo de plataforma de crowdsourcing no Brasil*, *Revista Estudo Institucionais*, 2020, 3, 1309.

⁽¹⁴⁾ A. Aloisi - V. De Stefano. *European legal framework for “digital labour platforms”*, Publications Office of the European Union, 2018, 9.

Table 2



Source: A. Aloisi - V. De Stefano, *European legal framework for "digital Labour platforms"*, Publications Office of the European Union, 2018, 10.

This division offered by the authors has the advantages of being easily visualized and being based on platforms that are more likely to bring problems (or challenges) to work regulation. However, it lacks the inclusion of workers on goods and fast food delivery platforms, but that certainly would be included in the typology for passenger service platforms.

Nonetheless, it must be pondered that the classification of online and offline work, which is also found in other authors⁽¹⁵⁾, has its advantages, such as warning the possibility of conflict of laws concerning territory and jurisdiction, especially because it highlights the characteristic absence of territoriality of the said online work. However, this division is reinforced as a way to hide human labour, since it strengthens a mistake that we have seen raging in recent years: the belief that there are digital workers.

Now, there is no online work. The workers are always flesh and blood humans, with needs, desires and wills, and perform their functions in the real

⁽¹⁵⁾ A. Todoli. *O mercado de trabalho no século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho* in A. Leme et al., *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano. A intermediação de mão de obra a partir de plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*, LTr Editora, 2017.

world, being simply camouflaged by the notion of “digital work”, that gives the impression that it is performed by a virtual being in the cyberspace. That is, cyberspace does not exist: it is a fiction built not only to enable or justify an escape from legislation ⁽¹⁶⁾, but also to expand the market and to enable more competition among workers with consequent wage reduction.

Work is always physically located, even if online: what may be dislocated in an almost instantly is the product of the labour. Precisely because it is performed by a worker from one place and its result can be immediately received in another also locatable part of the planet is that the work on platforms may bring interesting and important challenges, even if they are not unprecedented (see conflicts regarding work on ships, for example). We believe that the difference between global and local would be enough to highlight such characteristic.

Back to Codagnone, Biagi and Abadie ⁽¹⁷⁾, who classify digital labour platforms as digital labour platforms as those that:

(1) work as digital marketplaces for atypical and casual work/ (2) where services of various kinds are produced preponderantly using labour as a factor (as opposed to selling products or renting properties or a car); (3) where work (e.g., provided services) is exchanged for money (4) where the combination is digitally mediated and administered, although the execution and delivery of the work may be electronically transmitted or physical/ (5) where the allocation of work and money is determined by a group of buyers and sellers operating with a price system.

This classification would exclude platforms like LinkedIn (due to the lack of the first element) and Airbnb (that lacks the second one).

Notwithstanding its extent, this classification fails by leaving out the element of the control on the final service, which would disfigure the marketplace condition of some platforms. This would be misguided, unless these platforms, such as Uber, were not classified as labour platforms. As seen above, platforms must be seen as a modern business form, not as a specific sector of the economy. The digital form and the platform model is only one of the possibilities, which should soon be predominant, for conducting business.

Bogliacino et al. stress the issue of control exercised by certain platforms, which would generate a hybrid between the market and hierarchy. They also

⁽¹⁶⁾ J. P. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996, <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.

⁽¹⁷⁾ C. Codagnone - C. Biagi - F. A. badie. *The passions and the interests; unpacking the 'Sharing Economy'*, *op. cit.*

state that in platforms like Uber, one side of the platform (those called “self-employed workers” or “independent contractors” loses control over pricing, delivery, marketing, quality and terms and conditions of goods or services offered, which would violate the direct interaction between the parties connected by the platform. Nonetheless, they leave this aside, as if it were just a detail, that these parties often lose their control not to the other party, but to platform itself.

The Eurofound Report ⁽¹⁸⁾ proposes another classification as of five variables: 1) place where the service is delivered (if on-location or online); 2) selection process (platform, client or worker); 3) level of the service’s qualification (low, medium or high); 4) task scale (micro tasks or projects); and 5) the way supply and demand are connected (by offer or contest).

We should also note that Codagnone et al. bring two other dimensions of digital labour platforms that must be taken into consideration for this classification: a) whether the transactions are completely online or if there is a physical delivery and b) which types of tasks are negotiated and which skills are required to perform them. From the intersection of these two dimensions the authors classify four types of digital labour platforms:

1. Online Labour Markets – OLMs, those that potentially have global reach which, in turn, would be subdivided between 1a) microtasks platforms (fulfillment of partial and repetitive tasks with low complexity) and 1b) tasks or projects platforms (complete actions that require some important degree of qualification) and

2. Mobile Labour Markets – MLMs, that would be intrinsically located, subdividing into 1a) manual work or 2b) services requiring high qualification.

Thus, we conclude that Codagnone et al. are more accurate than Aloisi and De Stefano, demonstrating that what is called an online labour platform has as defining characteristics that the work is delivered through the internet, and not that its execution is performed online, which, as seen, does not correspond to reality.

⁽¹⁸⁾ Eurofound, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Publications Office of the European Union, 2018.

6. Outlining a critical concept and the models of action of the platforms

Alongside the above presented classifications, we may try to formulate a coherent definition of digital labour platform and a possible classification. Digital labour platforms would be business models based on digital infrastructures that allow the interaction of two or more groups whose main object is intensive labour, always considering platform not as the nature of the service provided by the company, but as the method, exclusive or conjugated, for the accomplishment of the company business.

As seen, platforms, both digitals and those that are not digital yet, are simply a business organizational model that soon will be hegemonic (are we there yet?) and widespread, hence, should not be treated as an autonomous economic activity. A digital platform in the transportation sector has more similarities and occupies the same competition space as other company models that provide transportation services than with the other platforms. A platform like Airbnb competes with hotels and not with a delivery platform and brings regulatory problems for housing and tourism, and not to digital technology. A delivery platform brings specific problems to society that are the same ones as those of “physical” delivery companies. That is, for legal purposes, considering platforms as a specific sector is a serious mistake that brings real problems into regulating competition, labour, security and other legal assets.

Thus, at first one can propose to divide platforms between pure and mixed/hybrid. The pure digital labour platforms would be those in which the *modus operandi* would be of a real marketplace, without relevant controlling over the interaction between the trading parties, as the Brazilian GetNinjas exemplifies. The mixed or hybrid digital labour platforms would be those in which there is a mix between market and hierarchy, such as Uber. In pure platforms, the object of the business confuses itself with the business form at some point: maintaining the infrastructure needed to the interaction of the parties negotiating.

In mixed or hybrid platforms, on the opposite, the business model of a platform serves the final provision of a service that is confused with the service itself. While GetNinjas’ business is an intermediation between people who want professional services and others who make themselves available to provide such services, that is, functions as an employment agency, Uber’s business object is people transportation, allowing, mostly through linking offer and demand, that

is, by the connection of those two groups, which is completed by a series of activities that make it possible to provide the intended service.

In the case of mixed or hybrid platforms, it is noticeable that the groups that interact do not negotiate with each other: the business is done between each one of them and the platform. The price, conditions and way the service is provided are designed entirely or almost entirely by the platform.

Platforms may also be defined in regard to the branches or sectors of service provision, which can vary from transportation of people, goods and food, provision of domestic or digital services, or as a generic or specific intermediation between self-employed workers. This classification is not exhaustive, because it depends on the final service offered by the platform, which may virtually include the entire economy.

It is interesting to divide these platforms according to the place of delivery of the service result, which can be online or on-site, the first category being potentially global and the second necessarily local.

7. Innovations and continuity of work via digital platforms

By emphasizing this technological profile and its “lean” facet, digital platforms usually define themselves as technology companies that allow the implementation of connections in the labour market. They then propagate the idea that they are totally innovative or disruptive, so as to reject their legal framework in pre-existing legislation. Hence, they forge for themselves the inapplicability of traditional regulatory frameworks, such as civil, tax and labour, on the grounds that their activity is not regulated and that their innovations are strong and do not allow analogical application with similar actions of old companies. The speech based on lack of regulation is symptomatic in digital platforms, even with attempts to promote a type of self-regulation through classification systems or in the form of “social charters”, a kind of soft law by which companies, unilaterally, would choose which rights would be granted to the workers, such as currently stipulated by french law in the case of platforms for transporting people. ⁽¹⁹⁾

The largest individual transportation company presents itself as a simple connector of customers and drivers, however, it coordinates and manages the

⁽¹⁹⁾ R. Carelli - D. Kesselman, *La régulation du travail des chauffeurs de VTC:: disrption et résistance par la voie du droit*, in *Chronique internationale de l'Ires*, 2019, 4, 29 ss.

largest fleet of vehicles and respective drivers in the world, maintaining an almost universal standard in its way of service provision.

Assimilating to the maximum the idea of economic efficiency, on-demand labour platforms prove to be “lean”, since they artificially remove from their ownership a considerable part of productive factors and labour responsibility in regards to their employees, although many of them continue to establish direction and control in order to maintain a standard of work, using communication technologies, algorithms and artificial intelligence.

Notwithstanding the diversity of labour platforms and their multiple classifications, we have found two more subtypes of performance and operation. The first subtype exercised by these is simply enabling the connection between self-employed workers and clients, which we classified as “pure platforms” in the previous section. They are situated in the function of virtual space for connecting workers with people who demand their services. The idea of connection here is well expressed by the actuation as a virtual means of communication for buying and selling services. In this first role, the communicative facet of a typical “marketplace” prevails.

A second role - more directive and controller - is exercised by on-demand labour platforms as they elect a standardized and specific service to be sold. That is precisely why we classify these platforms, then, as those “hybrids”, in the sense that they organize, model, and price the interaction between two groups: the customers who demand private trips vs. the drivers who sell them.

Far beyond connecting workers and consumers, setting a standard in a service requires direction, control, and supervision that can manifest itself in various methods such as: mandatory instructions; classification by reputation; punitive power; enforcement expedients; and economic managerialism in the work of others.

However, the manifestation of this management of services is subtler and less explicit at first sight. This is because these on-demand labour platforms of a hybrid nature exclude from their organisational model the classical method of functional hierarchy and include a range of freedom for the worker with regard to activation and deactivation. Such disruption in relation to the fordist business model would make it difficult to visualize legal subordination, since there is no hierarchically superior person issuing orders to the worker and because the workers are the one who decide which are their working days and hours and rest periods.

On the other hand, these digital platforms do not innovate in other methods of direction and control of economic activity. By critically breaking

down superficialities and advertisements, it is noticeable that some hybrid labour platforms clearly manifest a directive power. In the case of transportation platforms, such as Uber, there are clear instructions on how to work and how to act under certain circumstances, evaluation of performance by third parties, aside from total electronic surveillance via GPS. ⁽²⁰⁾ De Stefano ⁽²¹⁾ emphasizes that, although there is no mandatory attendance from the platform driver, once they activate it, they follow instructions and, thus, remain under the company's control.

A standard of work is imposed through rewarding and punishing, resorting to gamification techniques: prizes for those who reproduce the standard of work and punishment for those who do not act in accordance with the instructions. In the end, the exclusion of workers who do not achieve the minimum score represents the manifestation of punitive power, something very typical and characteristic of the figure of the employer, whether fordist, toyotist or uberist model of management.

Another aspect in which hybrid labour platforms may reveal their directing and controlling characteristic is through the method of economic dirigisme. In this method, the pricing of the work of others, that is, the authoritarian and unilateral imposition of the worker's remuneration. If it were really independent labour, the service fare would be set by the workers, an expression of the autonomy and ownership of their own activity. Even more serious, in Uber's case, is the unilateral modification of rides fares, which, by changing the conditions initially set by the platform itself, it may, according to arguments of supply and demand that are impossible to audit, increase the "fee" they charge from their "partners", which constitutes flagrant asymmetry with such hyper economic dirigisme.

Therefore, these hybrid platforms, taking as an example the Uber standard, establish a factual economic and technological relation of profound inequality with their working "partners". That is, these companies are typically capitalist enterprises that use workers for maximum efficiency at the lowest possible cost, disguised as an innovative technology advertised as incompatible with existing regulations.

⁽²⁰⁾ A. Aloisi, *Il lavoro "a chiamata" e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, LLI, 2016, 2, 19-56.

⁽²¹⁾ V. De Stefano, *The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdfork, and Labor Protection in the "Gig Economy"*, Condition of work and employment series, n. 71, ILO, 2016.

In Uber's case, empirical research dispels the common sense that it consists in casual, well-paid work. In the research conducted by Federal University of Bahia (UFBA) on uberization, ⁽²²⁾it was detected a median profile of a driver who works, mostly, with exclusivity to the platform for more than eight hours a day and more than 44 weekly hours, in exchange of a gross remuneration that is, in general, inferior to 2 minimum wages. In Federal University of Rio de Janeiro's (UFRJ) survey, it was verified that 70% of the workers surpass 44 weekly hours and more than a third (35%) work more than 60 hours a week, receiving the gross value of R\$ 19,12 an hour. In addition to that, it must be taken into consideration that most (almost all) drivers do not have a notion of their expenses and do not count costs such as the depreciation of the vehicle or expenses in its maintenance. ⁽²³⁾

Such empirical basis reinforces the perception that platform workers live as typical wage earners and with low liquid remuneration. On the other hand, the critical analysis identifies that platforms act as service managers, through methods of control by performance and economic dependence. Thus, in the third millennium, there is a repetition of the social issue of the 19th century, in which the labour – even the one in excess – does not guarantee the economic progress of those who work, but the opposite, it ends up being a mechanism for the reproduction of poverty and social degradation.

8. Labour Law responses to digital platforms

The labour law responses for digital platforms can be reduced to four.

The first one is proposing there is no incidence of labour regulation on the situation, prevailing the private and mercantile characters of the relation. As the lack of personal hierarchy and the working freedom are emphasized, this response accentuates the disruptive nature of this technological arrangement to enable independent work in the new and broad virtual market, as the platforms function as a simple mediator of these relations, especially with its clever classification system that makes strangers hire strangers.

⁽²²⁾ M. Oliveira - A. Assis - J. Costa, *Relatório da pesquisa Pibic 2018-2019 Uberização do trabalho: análise crítica das relações de trabalho prestadas por aplicativos*, Universidade Federal da Bahia, 2019.

⁽²³⁾ R. Carelli, *O Caso Uber e o controle por programação: de carona para o Século XIX*, in Leme C. - Rodrigues B. - Chaves Jr. J.(eds.), *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*, Ltr Editora, 2017, 130 ss.

In the opposite plan, the other options affirm a need for labour regulation for the digital platforms. In this sense, they differ regarding how and to what extent Labour Law will affect these situations.

The second answer considers that, as it is an entirely new system, there is a need for a new legislation, understanding the infeasibility of a labour regulation made for factories to a non-factory digital company, in which remuneration is no longer a direct result of the hierarchically controlled time in which worker is available to work for his/her employer, but calculated by the effective time or the results of the service provision. This second answer always advocates a regulation with intermediary protection that guarantees some rights, taking as paradigms the figures of “para-subordinate” in Italy or of the “dependent autonomous work” in Spain, as examples of a labour figure with intermediate protection to be created by law.

In the field of intermediate regulation, Renan Kalil ⁽²⁴⁾ proposes the creation of a new category that would be the “dependent” work, a figure that is different from independent and subordinated work. Intending to guarantee some kind of protection to on-demand and crowdwork platform workers, but without economically impairing these business models, Kalil ⁽²⁵⁾ defends the application of some labour rights, such as those rights present in the (Brazilian) constitutional text, however, excluding the concept of time at the employer’s disposal (Consolidation of Labour Laws, CLT, art. 4).

The third answer consists in recognizing that it is a new and specific labour relation, however, all labour rights should be extended to cover it. This solution, similar to the one created in Brazil to independent seaport workers, was recently adopted in Italy for platform workers who are organized by the company (hetero-organized workers, according to terms of law). ⁽²⁶⁾

The fourth answer is the most traditional one: to apply the current labour legislation when the platform, of hybrid nature, manifests direction or control of the services, exactly as disposed in art. 2 of CLT. Consequently, this answer highlights that Brazilian legislation chose an open concept – “under dependence” as in art. 3 of CLT - and that it is already updated to a “telematic” subordination as seen, since 2011, in sole paragraph of its art. 6. However, that

⁽²⁴⁾ R. Kalil, *O Direito do Trabalho e o Capitalismo de Plataforma. A Regulação do Trabalho via Plataformas Digitais*, Blucher, 2020, 294.

⁽²⁵⁾ R. Kalil, *O Direito do Trabalho e o Capitalismo de Plataforma* cit.

⁽²⁶⁾ A. Aloisi - V. De Stefano, *Delivering employment rights to platform workers*, *rivista mulino.it*, 2020; M. Novella, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, *LLI*, 2019, 1, 82 ss.

presumes the recognition that Labour Law does not only focus on work in the typical fordist model, which necessarily depended on “subordination by hierarchy”, regulating different ways of human labour appropriation.

We immediately reject the proposal of exclusion from labour protection. Considering these workers as entrepreneurs that submit themselves to a commercial logic is contrary to constitutional and human rights aims of labour protection and is only built from a biased view of labour relations. In addition, the process of concentrating platform-companies and the intensification of new ways of direction and control of the worker as an embodied person, appropriated through digital platforms, suggest a renovation of the ways of wage earning and labour exploitation in capitalism, and not their overcoming.

We agree that in some specific cases of pure digital platforms work, the possible answer in Brazil’s current constitutional system may be the framing in the figure of the independent worker, with the extension of all labour rights, where applicable to the situation. The plurality of recipients of the services, intermediated by a third party, does not lead to the exclusion of Labour Law, since it can be included in the legal concept of on-demand workers (“trabalhador avulso”), with constitutional labour rights protection, in the broad sense or by analogy. ⁽²⁷⁾ A translator or a digital designer regimented by a pure labour platform for casual work to a multitude of distinguished clients does not have all the elements of an employment relationship characterized, although still is not an independent worker in the strict sense. The inclusion of these workers in the labour law protection, which previously was practically impossible, gains viability with the intermediation carried out by digital platforms, to which they can be attributed as a center of enforcement of rights, such as “Seaports Labour Management Boards” (“Órgão Gestor de Mão de Obra”).

On the opposite, we believe that creating a third figure to withdraw labour rights is not justified. There is no principle of justice that could justify the creation of a subcategory of workers who, in terms of rights, would be worth less than others. The work in hybrid labour platforms does not create specificities enough to justify the withdrawal of rights, mainly in regards to the basis of labour law, which is regulating working hours based on the period of time the worker is available to the employer. This would not only prevent the regulation of workers’ working hours, i.e. the time of the workers’ life in which there is availability to company activities, but also would make it impossible to

⁽²⁷⁾ R. Carelli - B. Carelli, *A zona cinzenta de trabalho e emprego, trabalhadores sob demanda em plataformas digitais e trabalhadores portuários avulsos: direitos trabalhistas além da relação de emprego*, *Contracampo*, 2020, 2, 28 - 41.

protect on-demand workers' salaries. The worker, even when waiting for assignments, is serving the company, which only functions due to the presence of workers there available (on duty) to immediately answer any customer's orders. This would maintain the exploratory system where the burdens of the economic activity fall on the workers and they have to stay active for long hours to earn a minimum remuneration.

However, regarding to hybrid labour platforms, we believe that the Brazilian legal framework in force is enough to regulate labour relationships that derive from them.

The frequent doctrinaire reduction of Labour Law to the fordist standard and, logically, to a "fordist" subordination does not have historic and conceptual grounds. Labour Law precedes and goes beyond the period of Fordist hegemony. Even before the success of Henry Ford's company and after the emergency of toyotist's way of working, the appropriation of the worker's labour, renovated by continuous technical and technological revolutions, in itself denotes workforce subordination and demands regulation and legal protection. As above enlightened, it is Labour Rights' role to regulate salaried labour under capitalism, including that in platforms companies.

In addition to this historical and ontological perspective, we consider that defending the application of Labour law in force in the case of "controller", "directive" or "mixed" labour platforms reveals itself as a political issue that is also symptomatic of the current correlation of forces in the ongoing conflict of capital versus work. Daniela Muñoz summarizes this political issue: ⁽²⁸⁾ «we are not facing a sophisticated legal problem that compromises traditional labour categories, on the opposite (and in the case of uber it is sophisticated only in its "artificial" sense), but rather a lack of capacity from States in imposing limits to companies and making them effective, and in which the communicative skills of the doctrine can solely defend that Labour Law is applied to those workers, which also opens possibilities to them – that turn uncertain ones when it comes to taking their cases to courts. This inability is not so much due to the difficulty of creating legal instruments, but rather of accumulating the strength to create political will».

Finally, recognising that platform workers may be considered as "dependents" or "telematic" subordinated is understanding that the small amount of freedom of turning on or off the application does not change the

⁽²⁸⁾ D. Muñoz, *Observaciones sobre el caso Uber: un museo de grandes novedades*, in Polido F. - Moura N. - M. Barbatto (eds.), *Trabalho, tecnologias e os desafios globais dos direitos humanos*, Lumen Juris, 2019, 97 -106.

platform's economic and technologically directed system of work. Particularly, the choice of day and working time is very much in line with the concept of intermittent or "zero hours" work (CLT, art. 452-A), as its non-activation or even deactivation does not invalidate the idea of legal subordination (art. 452-A, §3º). Likewise, the lack of personal hierarchy does not prevent the characterization of dependency, whether by algorithm subordination or by economic dependency.

Faced with the renewed asymmetry of the contemporary world, we argue that it is necessary to recover labour regulation for wage earners on these platforms, so that labour, in legal terms, does not continue to be treated as a mere commodity, now invisible and shrouded in technological fetishism. Not by chance, the most basic guidelines of labour law - minimum wage, maximum hours, a period of rest, and social security protection against labour risks - are the demands of workers on hybrid platforms.

In this critical paper, we face the changes brought by the digital economy with their business model (that is, digital platforms) and the existing responses to the application of Labour Law to workers of this new "digital" standard.

First, we demonstrated that the idea of a labour platform is a form of business organization based on technology and with an artificially lean nature, that is, an economic organization, as much as companies that function by fordist or toyotist models. It does not seem suitable to consider certain platforms just as a technological net that exclusively operates in the informative virtual world.

Second, the critical dimension enables us to unveil a range of fetishes and concealments that are fed by an unrestricted and deterministic adherence to technology, as if it were something autonomous and detached from the typically capitalist actions of companies behind the platforms. It is a technological fetish that attempts to naturalize political and economic decisions that construct arrangements of invisibilization of the worker, such as the idea of an autonomous platform in relation to the founding company, a notion of digital labour as a concealer of real labour, and a discourse of cyberspace as a mechanism to move away from labour regulations historically territorialized in nations.

Third, it is precisely the critical outlook that has urged us not to generalise and establish definitive and a priori analyses on labour platforms. According to classifications here discussed, there is a great variation between platforms and its modes of action, which demands more thorough examinations on the factual circumstances. Particularly, we argue that those platforms denominated as hybrid platforms act as business organizations that drive economic activity.

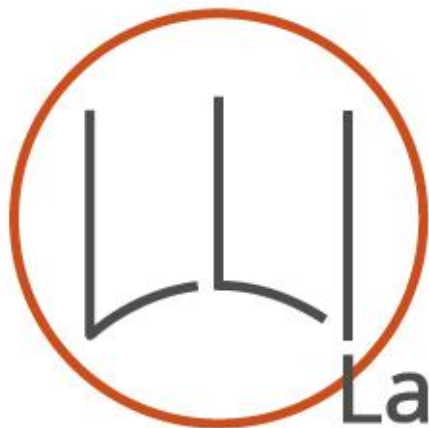
Fourth, hybrid labour platforms, by constituting, organizing and maintaining a pattern of wage labour, take on the typical facet of the employer in the exercise of managerial power and thus attract the incidence of labour law. The innovation of this business model takes place in the subtlest expedients for the manifestation of control. The fordist strategy of hierarchy and time vigilance is abandoned in order to make use of algorithmic control, a system of reputation, punitive power and economic dirigisme. New technological and business management methods for typical wage-earning work, including the generation of a new social question through the resumption of absolute added value: long hours; low pay; costs and production risks attributed to the worker.

By undoing these fetishes, propaganda and innovations in superficialities, we are witnessing a recurrent social process of job insecurity and permanent productive restructuring. While technology has allowed more efficiency, productivity and even certain freedoms at work, we are faced with more active working time, more social inequality and greater control over life in its entirety. The study of digital platforms from a critical perspective allows us to reveal not only technological fetishes and precariousness, but also to reflect on the functions of regulation and the meanings of Labour Law. For lawyers committed to the constitutional promises of dignity, the social valorisation of labour and the eradication of inequality, the application of (capitalist) Labour Law for leading platforms is more than a strong social-political option, it is a duty to make the constitutional and international human rights effective.

Bibliografia

- Aloisi A., *Il lavoro "a chiamata" e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *LLI*, 2016, 2, 19-56.
- Aloisi A. - De Stefano V., *European legal framework for "digital Labour platforms"*, Publications Office of the European Union, 2018, 9.
- Aloisi A. - De Stefano V., *Delivering employment rights to platform workers*, *rivistaimulino.it*, 2020.
- Barlow J. P., *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996, <https://www.eff.org/cyberspace-independence>
- Carelli R., *O Caso Uber e o controle por programação: de carona para o Século XIX*, in Leme C. - Rodrigues B. - Chaves Jr. J.(eds.), *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*, LTr Editora, 2017, 130-146.
- Carelli R. - Bittencourt A., *Ninjas fazem bico? Um estudo de plataforma de crowdsourcing no Brasil*, in *Revista Estudo Institucionais*, 2020, 3, 1289 - 1309.
- Carelli R. - Carelli B., *A zona cinzenta de trabalho e emprego, trabalhadores sob demanda em plataformas digitais e trabalhadores portuários avulsos: direitos trabalhistas além da relação de emprego*, in *Contracampo*, 2020, 2, 28 - 41.
- Carelli R. - Kesselman D., *La régulation du travail des chauffeurs de VTC: disruption et résistance par la voie du droit*, in *Chronique internationale de l'Ires*, 2019, 4, 29 - 50.
- Codagnone C. - Biagi C. - Abadie F., *The passions and the interests: unpacking the 'Sharing Economy'*, Publication Office of the European Union, 2016.
- Coutinho A., *O princípio da proteção revistado*, in *Revista Bonijuris*, 2001, 452, 5-7.
- Dardot P. - Laval C., *A nova razão do mundo*, Boitempo, 2016.
- De Stefano V., *The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the "Gig Economy"*, *Condition of work and employment series*, n. 71, ILO, 2016.
- Eurofound, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Publications Office of the European Union, 2018.
- Hart O., *An economist's perspective on the theory of the firm*, in *Columbia law Review*, 1989, 89, 7, 1757 - 1774.
- Kalil R., *O Direito do Trabalho e o Capitalismo de Plataforma: A Regulação do Trabalho via Plataformas Digitais*, Blucher, 2020.
- Kalil R., *Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho: crowdwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos*. PhD Thesis. Universidade de São Paulo, 2019.
- Leme A., *Da máquina à nuvem: caminhos para o acesso à justiça pela via de direitos dos motoristas da Uber*, LTr Editora, 2019.
- Muñoz D., *Observaciones sobre el caso uber: um museo de grandes novedades*, in Polido F. - Moura N. - M. Barbato (eds.), *Trabalho, tecnologias e os desafios globais dos direitos humanos*, Lumen Juris, 2019, 97 -106.
- Novella M., *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *LLI*, 2019, 1, 82 - 103.
- Oliveira M. - Assis A. - Costa J., *Relatório da pesquisa Pibic 2018-2019 Uberização do trabalho: análise crítica das relações de trabalho prestadas por aplicativos*, Universidade Federal da Bahia, 2019.
- Perulli A., *Constanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, in *LD*, 2015, 2, 259-283.

- Slee T., *Uberização: A Nova Onda do Trabalho Precarizado*, Elefante, 2017, 23.
- Snircek N., *Platform Capitalism*, Polity Press, 2017.
- Todoi A., *O mercado de trabalho no século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho* in A. Leme et al., *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano. A intermediação de mão de obra a partir de plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*, LTr Editora, 2017, 28-43.
- Trillo F., *Economía digitalizada y relaciones de trabajo*, in *Revista de derecho social*, 2016, 5, 59-82.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**The individual right to continuous training of workers:
an analysis of best practices
in the international framework**

CARLO VALENTI
Università di Verona

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695



The individual right to continuous training of workers: an analysis of best practices in the international framework

CARLO VALENTI

University of Verona

PhD student in European and International Law

University of Siena

Subject expert and teaching assistant in Labour Law

carlo.valenti@univr.it

ABSTRACT

The article moves from the impact of digitalisation on the international labour market to the importance of lifelong learning measures in countering the negative externalities arising from technological progress, such as labour fragmentation, obsolescence of traditional and repetitive jobs, and skill mismatch. It aims to provide insights regarding the latest efforts in implementing models for continuous training of workers in the current legal framework by carrying out an analysis of remarkable practical experiences and emphasising the different approaches to upskilling and reskilling of the working-age population. By taking into account the idea of an “individual right to continuous training” implemented both by legislative interventions and collective bargaining, this study highlights some of the best practices concerning lifelong learning that could be adopted to counter the growing polarisation between high and low qualified workers. In the final part, the study mainly aims to provide the basis for a discussion regarding effectiveness and scope of the examined measures. In this respect, it also suggests the importance of social safeguards not embedded into employment contracts alone but guaranteed by the labour market itself and applied to the whole labour force. In particular, it stresses the need to strengthen workers’ employability throughout their working

C. VALENTI, *The individual right to continuous training of workers: an analysis of best practices in the international framework*

life to counter involuntary unemployment, highlighting the importance and topicality of the theory of transitional labour markets (TLM).

Keywords: digitalisation; lifelong learning; individual right to continuous training; upskilling and reskilling; transitional labour markets.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/12922>

The individual right to continuous training of workers: an analysis of best practices in the international framework

SUMMARY: 1. The international labour market and the risks of automation: the need for a proper approach to lifelong learning. – 2. The recognition of an individual right to continuous training in Italy: different results from legislative and collective bargaining interventions. – 3. Different schemes for different approaches: individual learning accounts or individual saving accounts?. – 3.1. The importance of lifelong learning in France: from the *droit individuel à la formation* (DIF) to the *Compte personnel de formation* (CPF). 3.2. An overseas perspective on continuous training and individual learning accounts: the case of *SkillsFuture Credit* (SFC) in Singapore. 4. Conclusions.

1. The international labour market and the risks of automation: the need for a proper approach to lifelong learning

The main concerns related to the future of the global labour market commonly revolve around the implications of automation, particularly with regard to the dangers of an increase in unemployment and social inequalities ⁽¹⁾. Such issues have been further highlighted by the current pandemic crisis, which – combined with the disruptive power of technological progress – will indeed lead to serious effects on employment in both the short and long term ⁽²⁾.

Though it may be too early to assess the overall impact of the ongoing transformations, it can be safely stated that the digitalisation processes could result, if poorly managed, in a drastic loss of jobs ⁽³⁾ and socioeconomic distortions or, if well handled, in significant improvements in the quality of work and production and organisational efficiency ⁽⁴⁾. After all, the evolution of the means of production keeps inevitably changing working methods, tasks, and very concept of work, forcing labour law to enforce or even redraw its legal

⁽¹⁾ Cfr. D. Acemoglu - P. Restrepo, *The Race between Man and Machine: Implications of Technology for Growth, Factor Shares, and Employment*, in *American Economic Review*, 2018, 108 (6), 1488-1542; A. Sundararajan, *Crowd-Based Capitalism, Digital Automation, and the Future of Work*, in *University of Chicago Legal Forum*, 2017, 19, 487-511.

⁽²⁾ S. Smit - T. Tacke - S. Lund - J. Manyika - L. Thiel (eds.), *The future of work in Europe: Automation, workforce transitions, and the shifting geography of employment*, McKinsey Global Institute Discussion paper, 2020.

⁽³⁾ On this point, see the so-called “technological unemployment” in: J.M. Keynes, *Essays in Persuasion*, W.W. Norton & Co., 1963, 358-373.

⁽⁴⁾ D. Guarascio - S. Sacchi, *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, in *INAPP paper*, 2017, 2, 5 ss.

framework depending on the new context in order to intervene on the existing loopholes in the current legislation ⁽⁵⁾.

This perspective can also be observed in the latest efforts of the international doctrine and case-law, which confronted the challenges of the gig economy over the past several years by focusing on the true legal qualification of platform workers ⁽⁶⁾. Such abrupt changes in the traditional dualistic model of work – commonly based on the dichotomy “subordination and self-employment” ⁽⁷⁾ – have indeed prompted to plug the gaps in the law concerning the so-called “*tertium genus*” and rethink the nature of these hybrid workers arising from digitalisation on account of the present employment legislation.

In this regard, a recent and increasingly clear stance of the international courts ⁽⁸⁾ has gradually recognised the subordinate (or at least para-subordinate) nature of these professional figures, although *ad hoc* legislative interventions have been often suggested as the easiest and fastest way to regulate the gig economy and provide its workers with basic standards of social security. As is well known, labour law’s roots run deep into the socioeconomic ground, making it the most receptive juridical branch to technological progress and changes occurring in the socioeconomic framework ⁽⁹⁾.

Therefore, it is becoming clear that the new impending challenges of digitalisation demand not only to tackle pressing issues (gradual dematerialization of workplaces, strong diffusion of hybrid workers, lack of social safeguards for platform works, etc.), but also to focus on the medium to

⁽⁵⁾ Cfr. P. Ichino, *Le conseguenze dell’innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in RIDL, 2017, 4, I, 525-563; C. Carboni, *Lavoro ed evoluzione tecnologica*, in *il Mulino*, 2016, 2, 346-354.

⁽⁶⁾ A detailed analysis of the topic can be seen, *ex plurimis*, in: P. Digennaro, *Subordinazione o dipendenza? Uno studio sulla linea di demarcazione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo in sei sistemi giuridici europei*, in LLI, 2020, 6, 1; P. Tullini, *Il lavoro nell’economia digitale: l’arduo cammino della regolazione*, in *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, edited by A. Perulli, Wolters Kluwer Cedam, 2018, 171-195; N. Countouris, *The concept of ‘worker’ in European Labour Law – Fragmentation, Autonomy, and Scope*, in *Industrial Law Journal*, 2018, 47, 2, 192 ss.; P. Tullini, *L’economia delle piattaforme e le sfide del diritto del lavoro*, in *Economia e società regionale*, 2018, 36, 1; A. Donini, *Il lavoro su piattaforme digitale “prende forma” tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?*, in DRI, 2016, 1.

⁽⁷⁾ On the relevance of such dichotomy, see: M. V. Ballestrero, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in LLI, 2020, 6, 2, 1-15.

⁽⁸⁾ Cfr. A. Todolì Signes, *Commento alla sentenza del Tribunale Supremo spagnolo che considera i riders lavoratori subordinati: Tribunal Supremo Sala de lo Social, 25 settembre 2020, n. 805*, in LLI, 2020, 6, 2; M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell’esemplare sentenza di Palermo sui riders: Tribunale di Palermo, 24 novembre 2020*, in LLI, 2020, 6, 2; G. Pacella, *Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed*, in LLI, 2017, 3, 2, 48 ss.

⁽⁹⁾ The same Lodovico Barassi used to emphasise the important relation between work and technological innovation by addressing it as the «*modern breath of practical life*» at the core of labour law.

long-term forecasts of a global market characterised by the spread of new professional figures, the obsolescence of many traditional jobs, and a greater demand for high skilled workers.

On this point, there is no unambiguous position: reports from the World Economic Forum ⁽¹⁰⁾ estimate a global displacement of 75 million jobs due to repetitiveness and replicability (e.g., telemarketers, bank teller, clerks) in the face of a spread of 133 million new professional figures with high skilled competences up to 2022. Conversely, the McKinsey Global Institute ⁽¹¹⁾ suggests serious changes at a global level, attesting a loss between 400-800 million of workplaces and a workforce transition of 75-375 million workers by the end of 2030.

Disregarding the different scenarios depicted by empirical studies, the forecasts concerning the future of work still divide the socioeconomic and legal doctrine into two main views: on one side, a moderate current of thought that promotes the positive effects of occupational disruptions and job-creation arising from digitalisation ⁽¹²⁾, on the other side, a catastrophic vision focused on the idea of the job-destructive power of technological progress ⁽¹³⁾. Of course, it is still too early to assess the impact of these ongoing transformations, particularly now that the Covid-19 pandemic is worsening both the present and future outlooks ⁽¹⁴⁾. In addition, every country will eventually face different outcomes with respect to the drawbacks arising from the automation of labour, since it will depend on their own ability to adapt throughout the evolution of the global market.

However, it can be safely stated that the progressive digitalisation of labour is urging all policymakers to reconsider the current social security system ⁽¹⁵⁾ and take into account, *inter alia*, reskilling and upskilling measures for the

⁽¹⁰⁾ Cfr. World Economic Forum, *The Future of Jobs Report*, Insight report, 2018; World Economic Forum, *The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, Global Challenge Insight Report, 2016.

⁽¹¹⁾ Cfr. McKinsey Global Institute, *Jobs Lost, Jobs Gained: Workforce transitions in a time of automation*, McKinsey & Company, December 2017.

⁽¹²⁾ D. Autor, *Why are there still so many jobs? The history and future of workplace automation*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 2015, 3, 3-30.

⁽¹³⁾ Cfr. J.A. Johannessen, *Automation, Innovation and Economic Crisis: Surviving the Fourth Industrial Revolution*, Taylor & Francis Ltd, 2018; R. Staglianò, *Al posto tuo. Così web e robot ci stanno rubando il lavoro*, Einaudi, 2016.

⁽¹⁴⁾ These forecasts will also be affected by the distortions of the current pandemic crisis, which is expected to increase the negative consequences on employment. Cfr. ILO, *ILO Monitor: COVID-19 and the world of work. 7th edition*, Briefing notes, 25 January 2021.

⁽¹⁵⁾ Cfr. T. Treu, *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 371/2018*, 19-27.

whole workforce. That is because technology does not have a neutral impact on the labour market ⁽¹⁶⁾, putting in prominence specific abilities instead of others and changing the very concept of expertise over time ⁽¹⁷⁾. Moreover, the value of skills and knowledge tends to evolve rapidly nowadays, pushing businesses to demand new and high competences that the actual model of education has not been quite able to provide in such short times. Thus, it is unavoidable that – whatever the number of jobs destroyed or created by the digitalisation processes – the population will still need keep pace with the evolution of the labour market ⁽¹⁸⁾ by acquiring higher skills and marketable competences.

For these reasons, it is crucial to further strengthen the cooperation between policy makers and social parts in order to increase their accountability in the definition of effective legal measures of lifelong learning and continuous training, as already emphasized by the article 5 of the ILO Convention No. 142 in 1975 ⁽¹⁹⁾. A joint approach could indeed contribute to counter the negative impacts of the polarisation in the labour market, which keeps significantly pushing the demand of work towards high skilled professional figures; in fact, the involvement of both sides of industry ⁽²⁰⁾ might be able not only to better identify the desired soft and hard skills (e.g., digital, technical) in accordance with the current needs of the market, but also to mitigate negative externalities such as skill mismatch and shortage.

Broadly speaking, the first one can be depicted as the gap between the skills currently offered by the workforce and those actually required on the labour market, while skill shortage can be better defined as the lack of the skills

⁽¹⁶⁾ Cfr. M. Brollo, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, in *DRI*, 2019, 2, 468-491; E. Dagnino, *Occupazione e progresso tecnologico nel mondo del lavoro del XXI secolo: tra sostituzione, creazione, localizzazione e forme*, in *La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori ADAPT*, edited by E. Dagnino, F. Nespoli, F. Seghezzi, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2017, 62, 96-100.

⁽¹⁷⁾ E. Dagnino, *Dalla fisica all'algorithm: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, ADAPT University Press, 2019, 92-107.

⁽¹⁸⁾ Cfr. World Economic Forum, *Towards a Reskilling Revolution. A Future of Jobs for All*, Insight report, 2018.

⁽¹⁹⁾ According to the ILO Convention No. 142 on human resources development «*policies and programmes of vocational guidance and vocational training shall be formulated and implemented in co-operation with employers' and workers' organisations and, as appropriate and in accordance with national law and practice, with other interested bodies*».

⁽²⁰⁾ An interesting report on efficient joint collaborations between trade unions and companies in the definition of contractual provisions regarding training and education can be found in: D. Mosca - P. Tomassetti (eds.), *La trasformazione del lavoro nei contratti aziendali. Una analisi di buone pratiche contrattuali*, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2015, 44.

sought for a specific job position ⁽²¹⁾. Such misalignments of competences inevitably aggravate the labour supply and demand balance, increasing the number of vacancies due to the inability to find adequate professional figures and generating major socioeconomic distortions ⁽²²⁾; for instance, these burdens affect the efficiency and productivity of businesses ⁽²³⁾, which are therefore unable to fully harness the positive potential of technology ⁽²⁴⁾. Thus, the labour market is gradually approaching skills and competences with human-centric view, seeking for further adaptability and flexibility from workers. After all, work-based learning ⁽²⁵⁾ is crucial both to ensure smoother transitions between employments and manage job and skill mismatches ⁽²⁶⁾.

However, the current juridical framework could be unfit to provide efficient solutions for reskilling and upskilling of the whole workforce, mainly because of the recent growth of non-standard workers that makes it more difficult to draw the line for the scope of social safeguards ⁽²⁷⁾. Moreover, the fragmentation of professional careers throughout the course of the working life complicates the efficiency of continuous training due to the lack of policies' portability. Many of the actual models introduced by legislative intervention or collective agreements are inevitably characterised by a rigid structure that concerns the eligible beneficiaries on the basis of the employment status alone.

Therefore, the outlook of a global labour market characterised by a growing skill mismatch and a rise in non-standard and short-term employment contracts necessarily demands a comprehensive approach to upskilling and

⁽²¹⁾ For a detailed analysis: Cedefop, *Insights into skill shortages and skill mismatch: learning from Cedefop's European skills and jobs survey*, Cedefop reference series, 2018, 106.

⁽²²⁾ These misalignments are due not only to technological progress and obsolescence of certain jobs, but also to growing ageing population and lack of investments in research and innovation caused by economic downturns. Cfr. M. Velciu, *Job mismatch – effects on work productivity*, in *SEA - Practical Application of Science*, 2017, 5, 15, 395 ss.

⁽²³⁾ According to the Boston Consulting Group estimates on the OECD countries, skill mismatch represents «a hidden tax and a qualifications trap» that includes over 1,3 billion persons worldwide. Cfr. J. Puckett - V. Boutenko - L. Hoteit - K. Polunin - S. Perapechka - A. Stepanenko - E. Loshkareva - G. Bikkulova, *Fixing the Global Skills Mismatch*, Boston Consulting Group, report 15 January 2020.

⁽²⁴⁾ Cfr. European Investment Bank, *Who is prepared for the new digital age? - Evidence from the EIB Investment Survey*, EIB report, 2020.

⁽²⁵⁾ G. Alessandrini, «Pathways for upskilling»: un nuovo messaggio dalla Commissione Europea, in *ADAPT International Bulletin*, 2016, 42.

⁽²⁶⁾ As suggested by the transitional labour markets (TLM) theory.

⁽²⁷⁾ Cfr. P. Tullini, *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig-economy*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1, 52 ss.; V. De Stefano, *The Rise of the «Just-in-Time Workforce»: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the «Gig Economy»*, ILO Conditions of Work and Employment Series, 2016, 71.

reskilling; in particular, such provisions need to consider the whole workforce regardless the nature of their occupational status, since lifelong learning schemes have to concretely help individuals not only to achieve marketable competences and versatility, but also to take more responsibility into their own professional future ⁽²⁸⁾ so that they can adapt to the swift changes of the market.

2. The recognition of an individual right to continuous training in Italy: different results from legislative and collective bargaining interventions

The ongoing labour market trends are rapidly changing productive and organizational models, demanding a continual adaptability throughout the course of the working life. Consequently, such challenges require to intervene on the capabilities of workers, establishing further provisions in the legal framework concerning skill development pathways for the whole workforce ⁽²⁹⁾.

After all, it is becoming clear that the former and traditional educational models alone cannot quite fit anymore into the current employment context, since mainly based on the acquisition of the basic and necessary skills before entering the labour market ⁽³⁰⁾. In addition, after the gradual transition to the so-called “flexicurity” ⁽³¹⁾, the employment safeguard system has not been capable of countering involuntary unemployment as much as the previous model, which on the contrary was able to reduce the risk of occupational mobility on account of its stronger protections regarding dismissals ⁽³²⁾.

Therefore, these changes of the labour market and its juridical framework have prompted once again the need to improve the adaptability of workers, especially regarding the acquisition of new and marketable competences. It has proven to be of crucial importance to facilitate employment transitions and strengthen the very employability of the workforce by investing

⁽²⁸⁾ Cfr. A. Carr, K. Balasubramanian, R. Atieno, J. Onyango, *Lifelong learning to empowerment: beyond formal education*, in *Distance Education*, 2018, 39(5), 69-86.

⁽²⁹⁾ Cfr. ILO, *Skills for Employment Policy Brief - Formulating a national policy on skills development*, International Labour Office Report, 2011.

⁽³⁰⁾ Besides, there was a greater number of jobs that did not require high levels of professionalism from the beginning.

⁽³¹⁾ On the new labour framework after “flexicurity”, see: T. Treu, *Una seconda fase della flexicurity per l’occupabilità*, in *DRI*, 2017, 3, 597 ss.; L. Casano, *La riforma del mercato del lavoro nel contesto della “nuova geografia del lavoro”*, in *DRI*, 2017, 3, 634 ss.

⁽³²⁾ Cfr. V. Speciale, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT – 322/2017, 26 ss.

in the continuous training patterns and, thus, providing intrinsic protections in the labour market. Just like Marco Biagi ⁽³³⁾ suggested during the previous socioeconomic transformations, such measures are vital to enforce a firmer protection throughout the evolution of the labour market.

This issue has been the subject of many debates ⁽³⁴⁾ and dispositions over many years, especially regarding the need to balance the regular working hours and the frequency to courses of study or continuous training programmes ⁽³⁵⁾. In this respect, legislative interventions developed in two main approaches: the provision of paid leave days for educational reasons and the implementation of contracts based on the mixed cause of training and work (e.g., training or work-experience contracts, apprenticeships) ⁽³⁶⁾. Focusing on the first kind, it can be observed that many countries have already implemented provisions on paid educational leaves in their national legal framework, as warmly encouraged at the international level by the ILO Convention No. 140/1974.

Regarding the Italian legal framework, such issue was already recognised in Italy with the article 10 of the Law No. 300/1970 (the so-called “Workers’ Statute”), which provided workers who attend courses of study and professional training programmes to achieve a qualification with additional time flexibility ⁽³⁷⁾. By assuring daily paid leaves for exams and exemption from mandatory overtime or work during public holidays, the Italian juridical framework established an important milestone for continuous training, facilitating the participation to study programmes and, thus, professional development. Subsequently, articles 5 and 6 of Law No. 53/2000 have further implemented such provisions, detailing the scope of the paid and unpaid educational leaves for workers.

⁽³³⁾ M. Biagi, *Formazione e qualità: note per una strategia comunitaria dell’occupazione*, in *DRI*, 1996, 2, 75-83.

⁽³⁴⁾ Cfr. *ex plurimis*: T. Treu, *Nuova professionalità e futuro modello del sistema di relazioni industriali*, in *Innovazione tecnologica e professionalità del lavoratore*, edited by L. Galantino, Cedam, 1987, 17 ss.

⁽³⁵⁾ On this topic, other relevant ILO recommendations are: R088 - Vocational Training (Adults) Recommendation, 1950 (No. 88), R117 - Vocational Training Recommendation, 1962 (No. 117), and R150 - Human Resources Development Recommendation, 1975 (No. 150).

⁽³⁶⁾ The establishment and spread of apprenticeship itself are a valid answer to the need to combine educational purposes with the working life, providing not only a first approach to the labour market for young students, but also a solid strategy to define the workers’ competences in accordance with the needs of businesses.

⁽³⁷⁾ In particular, student workers (e.g., university students) who have to attend examinations are entitled both to paid daily leave and preferential working hours to facilitate exam preparation.

However, similar dispositions often tend to be limiting, since they are mostly referred to the courses designed to achieve a qualification/certificate and cast aside those learning programmes based on “informal knowledge” (38). That is the reason why the former approach to continuous training is developing in a more elaborated concept, moving towards the idea of lifelong learning in order to be more inclusive. In fact, although many juridical frameworks already consider the need to attend courses and degree programmes for workers as a natural necessity, reskilling and upskilling pathways are still to be fully recognised as part of a personal right for workers.

In this respect, incisive interventions are also required to encourage minor adjustments of professional skills throughout the working life, especially after organisational and productive changes in the business’ structure. Still on the Italian legal framework, it can be mentioned the “*training obligation*” established in 2015, which demands the employer to provide the necessary knowledge to workers who are assigned new tasks that differ from those previously performed (39).

In particular, the Legislative Decree No. 81/2015 has reformed the article 2103 of the Civil Code (40), acting on two levels and providing new dispositions regarding the power of the employer to change workers’ tasks (*ius variandi*). Firstly, it extended the limits of the *ius variandi* by eliminating the previous criterion of equivalence of tasks and introducing new criteria based on the same level and legal category of classification (41). By doing so, it provided employers with a greater organisational flexibility regarding workers’ tasks, since the reference to “level and legal category” allows businesses to resort to more solutions and assignable tasks.

Secondly, it has been also established that such changes must be backed up by a training obligation, namely a legal burden for the employer aimed at

(38) On this point, the recognition of both formal and informal knowledge by article 4, comma 51-53 of Law No. 92/2012 has to be considered as a positive signal from the Italian juridical framework.

(39) Cfr. C. Alessi, F. Ravelli, *Commento all’art. 2103 c.c. (commi 1-7 e 9)*, in *Codice commentato del lavoro*, edited by R. Del Punta - F. Scarpelli, Ipsoa, 2020, 436 ss.

(40) On this point, see *ex plurimis*: C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, 2015; M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *ADL*, 2015, 20, 6; F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT – 257/2015*.

(41) M. Brollo, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, edited by F. Carinci, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2015, 48, 29 ss.

favouring, if deemed necessary, the adaptation of the worker to the new tasks. To be specific, the third comma of the article 2103 of the Civil Code states that: «*The change of tasks shall be accompanied, where necessary, by the fulfilment of the training obligation, the non-fulfilment of which does not however determine the nullity of the deed of assignment of the tasks. Failure to do so, however, does not result in the nullity of the assignment of the new tasks.*». Although this obligation is not enforced with specific sanctions in the event of non-compliance, it still represents an individual right for workers to receive *ad hoc* training if the new assigned tasks require knowledge or abilities that they do not possess at the moment.

At a first reading, such training obligation appears to be deeply connected with the professional status of the employee, making the entity of such burden placed on the employer very variable⁽⁴²⁾; after all, this latter would be weighed in accordance with the specific professional needs of the worker and the level of the new required tasks. Thus, it can be stated that the reform of article 2103 of the Italian Civil Code mainly aimed at encouraging greater organisational flexibility for companies, while safeguarding the professional competence of workers through the introduction of a training obligation conceived from a defensive perspective⁽⁴³⁾.

Indeed, such obligation can be considered as an efficient tool to recognise an individual right to continuous training for workers, despite applicable only when the assigned tasks are changed. However, similar dispositions tend to adopt a defensive approach to the professional status, focusing on a protective perspective rather than a proactive one; that is because safeguards inevitably seem to consider the professional level of workers more as a standard to be maintained above a minimum threshold, and less as a development opportunity.

Therefore, new efforts in providing an effective “individual right to continuous training” for workers are still needed. After all, the ILO itself has

⁽⁴²⁾ Another peculiar case concerning training obligation and new tasks can be observed in the specific instance of workers mandatory training on safety in the workplace issues. In this regard, it is worth noting that a worker’s refusal to change workstation and tasks is justified and cannot legitimate a dismissal if the employer did not provide training and information requested by worker in relation to new risks (Supreme Court 31 January 2012, No. 1401). On this point, see: P. Tullini, *La formazione per la sicurezza sul lavoro*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2017, 1, 80-81.

⁽⁴³⁾ As stated by: L. Calafà, *La formazione oltre il contratto di lavoro*, in *I lavoratori e i cittadini. Dialogo sul diritto sociale*, edited by G.G. Balandi - A. Avio - F. Bano - S. Borelli - S. Buoso - L. Calafà - S. Renga, il Mulino, 2020, 149-154. In addition, see: G.G. Balandi, *Formazione e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2007, 113, 135 ss.

sought to promote skill development ⁽⁴⁴⁾ by outlining the importance of personal skill acquisition policies as a key factor for the growth of high-skilled workforce in the labour market and carrying out specific policy consultancy ⁽⁴⁵⁾. In this regard, two main approaches can be identified, namely provisions through collective agreements and legislative interventions.

In the first case, a recent disposition regarding the right to continuous training can be observed in Italian national collective agreement for metal workers signed by Federmeccanica, Assisital, Fim, Fiom, and Uilm (2017-2019) ⁽⁴⁶⁾. To be specific, as stated by the article 7, fourth section, title VI, the signatory parties are bound to activate individual continuous training programmes of 24 hours for all permanent, full-time and part-time, employees in the three-year period ⁽⁴⁷⁾. Such provision aims to ensure the development of digital, technical, and linguistic competences ⁽⁴⁸⁾ by formally entitling workers a “*subjective right to training*” to improve their professional status.

Despite its limited application to specific industrial sectors, this disposition provides an initial and important milestone to introduce a formal right to continuous training for every worker ⁽⁴⁹⁾ and, thus, empower individuals with their own professional future ⁽⁵⁰⁾. Moreover, it is also important to underline that companies are not only bound to fulfil such right over the three-year period for every beneficiary, but also subject to a fine in case of non-compliance with the agreed obligations. In fact, if the employers were negligent toward the fulfilment of such continuous training programmes ⁽⁵¹⁾, employees

⁽⁴⁴⁾ To be specific, its activities of consultancy involve the evaluation, monitoring, and planning of national policies aimed at improving lifelong learning policies in the different juridical frameworks.

⁽⁴⁵⁾ Especially the ILO Recommendation No. 195/2004 on human resources development.

⁽⁴⁶⁾ A. Maresca, *Il rinnov(ament)o del contratto collettivo dei meccanici: c'è ancora un futuro per il contratto collettivo nazionale di categoria*, in *DLRI*, 2017, 39, 4, 156, 709 ss.

⁽⁴⁷⁾ Although different means of implementation may be envisaged for fixed-term and part-time (e.g., hourly adjustments).

⁽⁴⁸⁾ In particular, training programmes can be carried out with different methods (e.g., training on the job, distance education and e-learning, tutoring, etc.).

⁽⁴⁹⁾ Cfr. V. Bavaro, *Il contratto nazionale dei metalmeccanici 2016: una prospettiva sulle relazioni industriali italiane*, in *DLRI*, 2017, 39, 4, 156, 729-742; P. Ichino, *Il nuovo “articolo 18”: la formazione come diritto soggettivo*, www.pietroichino.it.

⁽⁵⁰⁾ Regarding the importance of professional status for collective bargaining, see: D. Mosca - P. Tomassetti, *La valorizzazione economica della professionalità nella contrattazione aziendale*, in *DRI*, 2016, 3, 791-816.

⁽⁵¹⁾ Such provision is also applied if organisational needs have prevented its activation before the end of the three-year period.

would be provided with a €300 credit to invest in reskilling or upskilling programmes according to their needs.

The topicality and relevance of this disposition can be observed in the renewal of the national collective agreement for the 2021-2024 period ⁽⁵²⁾, which confirmed the subjective right to training and extended its scope ⁽⁵³⁾. In particular, the signatory parties decided to entitle it also to all fixed-term workers with a contract of at least 9 months and to those workers returning from an absence period longer than 6 months. In addition, they also allowed beneficiaries to use the spare ones from the previous three-year period (2017-2019) in the following six months or by the end of 2021. Although the hours of continuous training have not been increased over the years, it is interesting to highlight such initial will to introduce a sort of “portability” for such provision.

Therefore, while it is true that the full recognition of such subjective right to training still experiences different issues regarding its practical utilisation from workers ⁽⁵⁴⁾, it still possesses a symbolic value, since it remains a first and original attempt from which few other national collective agreements are starting to draw inspiration. For example, the national collective agreement of the electricity industry (2019-2021) has recently assured no less than 28 hours of continuous training over the three-year period for each employee and, therefore, acknowledged a sort of subjective right to training as well.

Of course, regarding collective agreements it is unavoidable that such provisions would apply to signatory parties alone. The subjective right to training introduced by the national collective agreement for metal workers (2017-2019) can only concern this specific industrial sector and its employers’ associations and trade unions. In this respect, it is clear that the effectiveness and the scope of an individual right to continuous training through collective bargaining are deeply tied not only to the strength of trade unions and employers’ associations, but also to the industrial relation system in the country ⁽⁵⁵⁾. Consequently, it is up to the social parts to implement and further promote

⁽⁵²⁾ M. Tiraboschi, *CCNL metalmeccanica, un cambio di passo per le relazioni industriali?*, in *ADAPT Special Bulletin*, 2021, 1.

⁽⁵³⁾ G. Machì, *Diritto alla formazione e formazione continua*, in *ADAPT Special Bulletin*, 2021, 1.

⁽⁵⁴⁾ G. Impellizzieri - G. Machì, *Verso un “sistema” della formazione nel settore metalmeccanico?*, in *ADAPT Special Bulletin*, 2021, 1; D. Porcheddu - A. Zoppo, *Mercato del lavoro e formazione*, in *ADAPT Special Bulletin*, 2021, 1; T. Galeotto, *Glossario, competenze trasversali e declaratorie. Le innovazioni linguistiche e concettuali dell’ipotesi di accordo*, in *ADAPT Special Bulletin*, 2021, 1.

⁽⁵⁵⁾ Such relations between trade unions, employers’ associations and governments can be based on different models (conflictual, collaborative, concerted).

the subjective right to training in order to really make it effective, otherwise it could risk having the same limited impact of the provisions regarding paid leave days for educational reasons ⁽⁵⁶⁾.

Therefore, if the implementation of an individual right to continuous training by collective agreements were to inevitably suffer from a limited scope due to a weak industrial relations system, it would be more useful to implement it by legal intervention. Surely, the introduction of such provisions in different national collective agreements could be able to prompt policy makers to grow more interest in the matter and directly intervene through legislative intervention.

That is the case of France, which, after the initial spread of provisions regarding continuous training in different collective agreements, has attempted to rearrange the different models by introducing a “*droit individuel à la formation*” (DIF) ⁽⁵⁷⁾ for all private workers with the Law No. 391/2004. Such disposition – before its repeal by the reform of the social safeguards in 2014 (see *infra* 3.1) – applied to all fixed-term employees with a minimum of one year’s service in the company and allowed to accrue 20 hours of continuous and personal training each year ⁽⁵⁸⁾. In particular, workers needed to take the initiative in order to stipulate a written agreement with the employer and receive the authorisation on the chosen training programme. This latter could include promotional actions, qualification actions, and actions aimed at acquiring or improving competences ⁽⁵⁹⁾.

Surely, the *droit individuel à la formation* provided both workers and companies with a useful tool to achieve reskilling and upskilling programmes. In fact, on the one hand, employees could improve their competences and employability by exercising an undeniable right to receive qualifying and non-qualifying training, on the other hand, employers could benefit from high-skilled

⁽⁵⁶⁾ On this point, Gino Giugni underlined how, despite «*the clamour and enthusiasm that was generated around the enormous political achievement*» of the 150 hours study leaves introduced by the article 10 of the Law No. 300/1970, the signatory trade unions were unable to concretely implement it and, thus, lost «*a great opportunity for acculturation and autonomous elaboration*». See: G. Giugni, *Intervista*, curated by P. Ichino, in *RIDL*, 1992, I, 411 ss.

⁽⁵⁷⁾ Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, *Formación profesional: Francia*, in *Revista de Actualidad Internacional Sociolaboral*, 2009, 125, 142-145.

⁽⁵⁸⁾ The credits accrued by the worker get annually added within the limit of 120 hours over six years.

⁽⁵⁹⁾ In addition, unless otherwise provided, was to be carried out outside regular working times and partially reimbursed by the company. The costs of the training are borne by the company, which must provide the worker with 100% of the salary, if it is carried out during working hours, or half of it, if carried out outside the regular working hours.

workforce by giving a small contribution for continuous training ⁽⁶⁰⁾. In addition, the subsequent modification made by the Law No. 1437/2009 ⁽⁶¹⁾ increased the efficiency of this lifelong learning provision by extending its portability between different jobs and allowed entitled workers to use their personal credit with the next employer or attend training programme as unemployed with employment centres on termination of employment.

In any case, the efficiency of these interventions still suffered from the complexity of the structure and a limited practicality, leading to a disincentive for workers due to the difficulty of use. In fact, the preliminary bureaucratic procedures and uncertainty of the number of credits accrued often ended up in discouraging the activation of continuous training activities.

Such issues inevitably lead to reflect on the efficiency of interventions carried out through legislative interventions as opposed to those through collective bargaining: while it is clear that the definition of lifelong learning patterns needs the intervention from social parts, it is also true that most of the trade unions do not have enough bargaining power and resources to provide an efficient provision. Conversely, an implementation by legislative intervention alone, despite being a more suitable solution on account of its scope and extension, could still be characterised by a rigid structure and limited portability; indeed, centralised interventions can often lack an overall picture concerning issues in the practical application.

Therefore, it appears unavoidable that the individual right to continuous training for workers still need a joint approach with respect to its implementation. That is because, as already stressed by the ILO, lifelong learning policies would be much more effective if implemented through a concerted dialogue between social parts and policymakers. By doing so, it would be indeed able not only to extend its scope and effectiveness beyond the employment status, but also to provide with greater precision upskilling and reskilling solutions.

3. Different schemes for different approaches: individual learning accounts or individual saving accounts?

⁽⁶⁰⁾ The contribution to *Groupe Caisse des Dépôts* amounts to the 0.55% of the worker's pay for companies with up to ten employees and 1% for the ones with more than eleven.

⁽⁶¹⁾ To be specific, the employees who left or lose their job could use their accrued credits only if they expressed their intention with advance notice. In any case, it was not permitted if the firing was due to gross negligence of the worker.

The first dispositions regarding paid leave days for educational reasons indeed paved the way for the recognition of an individual right to continuous training, promoting the idea that companies need to take responsibility in providing opportunities for upskilling and reskilling of their workers. In this perspective, such step forward is needed to fully harness the positive effects of digitalisation, since the implementation of new technologies in the workplaces constantly requires businesses to adapt and obtain viable expertise not only by hiring new and young workers, but also through the continuous professional development of the current ones ⁽⁶²⁾.

In this regard, the measures described above still suffer from a limited scope, because they exclusively concern workers on account of their employment status: the French *droit individuel à la formation* was initially applied to all private workers and later extended to public ones ⁽⁶³⁾, for instance. In addition, it did not even concern the portability of accrued training hours until its reform in 2009. However, although its difficult usability and structure have resulted in a limited spread over the territory and its abrogation in 2015, it still represents a reforming break from the previous system of education and access to work ⁽⁶⁴⁾.

Such reasoning could be also adopted for the Italian framework, since the training obligation established by the article 2103 of the Civil Code is deeply tied not only with the employment status, but also with the prior change of the assigned tasks for workers. As regards the latest collective national agreement for metal workers in Italy, it is still too early to assess its overall effectiveness, given that the results of the adopted upskilling programmes will be seen in some

⁽⁶²⁾ Cfr. J. Field - R. Canning, *Lifelong learning and employers: reskilling older workers*, in *International Handbook on Ageing and Public Policy*, edited by S. Harper - K. Hamblin, Edward Elgar Publishing, 2014, 36, 463-473; B. Crossan - J. Field - J. Gallacher - B. Merrill, *Understanding Participation in Learning for Non-traditional Adult Learners: learning careers and the construction of learning identities*, in *British Journal of Sociology of Education*, 2003, 24, 1, 55-67.

⁽⁶³⁾ In particular thanks to the French reform of the public sector adopted with Law Act No. 148/2007 (modernization of the civil service), Law Act No. 209/2007 (territorial civil service), Decree Law No. 1470/2007 (civil servants), and Decree Law No. 824/2008 (lifelong vocational training of hospital civil servants).

⁽⁶⁴⁾ V. Merle, *La formation tout au long de la vie, une proposition pour les sociétés démocratiques*, in *La formation tout au long de la vie. Nouvelles questions, nouvelles perspectives*, edited by Y. Morvan, PUR, 2006, 23-38.

time. In any case, it remains a measure strongly linked only to the sole negotiation and to a specific industry sector ⁽⁶⁵⁾.

Therefore, it can be safely stated that the implementation of an individual right to continuous training requires firmer interventions to involve beneficiaries regardless the nature of their occupational status. In fact, even though these solutions involve a significant proportion of the population, it is still crucial to extend their scope and structure, since the lack of digital and professional competences is an issue that goes beyond the notion of employment and affects the whole population ⁽⁶⁶⁾.

However, although it is important to evaluate whether it would be more effective to introduce an individual right to continuous training by legislative intervention or collective agreements, it is also equally relevant to determinate the most appropriate tools to ensure such right. After all, the lack of a comprehensive framework for skill development policies still affects the performance of lifelong learning strategies in many countries ⁽⁶⁷⁾.

In this perspective, it could be useful to take into account the individual learning schemes (ILS), namely «*training schemes attached to the individuals and which are at their disposal to undertake continuous training along their working live and at their own initiative*» ⁽⁶⁸⁾. Individual learning accounts (ILA) and individual saving accounts (ISA) have indeed attracted a lot of attention over the last years on account on their effective usability ⁽⁶⁹⁾. In particular, it could be interesting to consider two of the main schemes highly welcomed by the latest reports of the OECD: the French *Compte personnel de formation* (CPF) and the Singaporean *SkillsFuture Credit*. According to these reports, the first one can be considered as the only real individual learning account to date, while the second one constitutes an interesting hybrid model that place itself between ILA and ISA.

⁽⁶⁵⁾ Indeed, even though the initiative of social parts regarding continuous upskilling is strongly encouraged by the ILO, the entitlement of an individual right depending on the employment status alone tends to represent a half-measure.

⁽⁶⁶⁾ As stressed by the European Commission, the current socioeconomic context requires stronger interventions to counter skill shortages and skill mismatch of the whole population. In particular, it has been highlighted the lack of basic digital skills for approximately 169 million Europeans (range 16-74 years). Cfr. European Commission, *The Digital Skills Gap in Europe*, factsheet 19 October 2017.

⁽⁶⁷⁾ A wider analysis regarding difficulties in skill acquisition can be seen in: J. Tarun - M. Pushkar - M. Subha, *Barriers to Skill Acquisition: Evidence from English Training in India*, in *IZA DP*, 2016, 10199, 1-30.

⁽⁶⁸⁾ As defined in: OECD, *Individual Learning Accounts: Panacea or Pandora's Box?*, OECD Publishing, 2019, 7-11.

⁽⁶⁹⁾ These latter can be broadly described as virtual or real individual accounts to accrue continuous training rights/credits over the course of the working life.

Indeed, despite belonging to such different legal frameworks and socioeconomic contexts, an analysis of these two learning schemes could give some useful insights regarding efficient instruments to promote reskilling and upskilling both for workers and jobseekers, especially on account of their effectiveness concerning scope and usability. In addition, such analysis could give further insights regarding the different impacts and differences between different individual learning schemes.

3.1. The importance of lifelong learning in France: from the *droit individuel à la formation* (DIF) to the *Compte personnel de formation* (CPF)

After the introduction of the *droit individuel à la formation* (DIF) in 2004 and its subsequent reforming process in the following years, the French Ministry of Labour decided to answer the new challenges of the labour market by extending the scope and intensity of its continuous training provisions. Despite the initial positive effect for both private and public sector workers and the further improvements implemented with the introduction of portability between different employments in 2009, the need for extensive measures triggered a wider process of changes in the French legal system ⁽⁷⁰⁾.

Therefore, in the desire to continue the previous reforming process, France introduced substantial changes to its individual right to continuous training in the following years through the use of individual learning accounts. In particular, an extensive reform came to the light between 2014 and 2018, along with an intervention on the pension and social security systems that led to an overall rethinking of welfare and employment measures.

The first step involved the abrogation of the *droit individuel à la formation* with the Law No. 288/2014 in favour of the *Compte personnel de formation* (CPF) in 2015, which established itself as comprehensive public funding mechanism for continuous training. Unlike its predecessor, this individual learning account extended its scope to the whole working-age population (and not just those with an employment contract) by including all individuals aged 16 and over and

⁽⁷⁰⁾ After all, as can be inferred from the ILO recommendation No. 195/2004, the evolution of the labour market demand policymakers not only to take into account the notion competencies and qualifications as frameworks to define different levels of knowledge and skills, but also to consider lifelong learning and employability as key goals to assure a proper development of the socioeconomic fabric.

initially increased the credit to 24 hours a year for a maximum cumulative of 150 hours over eight years. In this respect, the ambitious disposition introduced an individual right to continuous training universally recognized to the person on grounds of citizenship, eligible for capitalisation, and portable from one job to another. Indeed, this reform represents a major change in the perspective of French labour law, since the right to continuous training evolved from being a right embedded in the employment contract to a personal right guaranteed to the individual in the labour market ⁽⁷¹⁾.

However, as previously arranged with the *droit individuel à la formation*, credits were solely calculated on the basis of hours worked during the year, thus limiting its usability to workers alone and presenting the same critical issues. Moreover, the difficulties in converting the accumulated credits into training hours hindered the overall efficiency, since the costs of educational programmes tended to differ and did not have a unique price for every training institution. Consequently, beneficiaries faced obstacles in the first approach to training courses, as they did not have enough prior information on the total cost of access.

Therefore, as initially proposed in the article 38 of the Law No. 994/2015 and later implemented with the Law No. 1088/2016, the reform of French labour policies resulted in the provision of the *Compte personnel d'activité* (CPA), namely an extensive and multifunctional individual account for the French citizens to manage their socioeconomic situation and improve the fungibility of their subjective rights ⁽⁷²⁾. To be specific, this measure aimed not only at reforming the continuous training dispositions on account of an increasingly fragmented labour market, but also at reshaping the way social protections were structured ⁽⁷³⁾ by empowering the population with their own self-determination through a points/hours credit system. Thus, such disposition included – in addition to the above-mentioned individual learning account – the “*Compte professionnel de prévention*” (C2P) ⁽⁷⁴⁾ and the “*Compte engagement citoyen*” (CEC).

⁽⁷¹⁾ For a deeper analysis of workers' rights in the labour market, see: M. Tiraboschi, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, ADAPT University Press, 2019.

⁽⁷²⁾ C. Tourres, *Un “conto personale di attività” per il lavoratore del futuro: il caso francese*, in *ADAPT Bulletin*, 25 January 2016.

⁽⁷³⁾ F. D'Addio, *Flexicurity alla francese: con il CPA-Compte Personnel d'Activité diritti maturati e competenze seguono il lavoratore nelle transizioni occupazionali*, in *Il Sole 24 Ore*, article from January 20, 2017.

⁽⁷⁴⁾ In particular, it was implemented with the Law No. 1389/2017, which reformed the previous “*Compte personnel de prévention de la pénibilité*” (C3P) and introduced with Law No. 40/2014.

The first one aims to provide social benefits to workers exposed to health risk factors, namely to grant them credit points designed to reduce working time without any reduction in pay or invest in training programmes leading to the acquisition of new skills for less onerous jobs. Such health prevention account is automatically created when, following the company's declaration, a worker with at least one month of seniority is subject to one or more risk factors above the prescribed thresholds ⁽⁷⁵⁾. In particular, an attempt is made to compensate for the dangerousness of possible damage to health by assigning "difficulty points" in proportion to the intensity of the risk factors and allowing to freely use these accrued credits ⁽⁷⁶⁾ to obtain hourly reductions for equal pay, early retirements, or continuous training opportunities for less demanding jobs.

Conversely, the *Compte engagement citoyen* is designed both to involve citizens in voluntary work and ensure jobless citizens to undertake community service activities in order to earn credits for their *Compte personnel de formation*. This latter allows citizens involved in voluntary activities and organisations with social purposes (e.g., educational, scientific, humanitarian, sporting, family, cultural) to acquire up to €240 per year (over a maximum of €720). In this respect, it is quite interesting to stress the intention to stimulate the enrichment of the personal account by encouraging volunteering instead of enabling direct monetary contribution from the beneficiaries.

However, the improved efficiency and wider coverage (e.g., employees and self-employed, public and private workers, job seekers, students) of the *Compte personnel de formation* still did not facilitate the hoped-for spread and fungibility of the measure after this reform. In fact, despite the first positive results after the reforming process ⁽⁷⁷⁾ and the possibility to replenish the account through the *Compte engagement citoyen*, the credit system was still a major issue. For these reasons, Law No. 771/2018 «*for the freedom to choose one's professional future*» reformed such matter and introduced better credit measurement solutions. In particular, it converted the CPF hours in actual

⁽⁷⁵⁾ Thresholds for harshness of work are determined on the basis of the intensity (pressure, extreme temperatures, noise), magnitude (1 or more) and minimum duration of exposure (50-120 nights or 900 hours per year) to health risk factors.

⁽⁷⁶⁾ As stated by the Public service of the French administration, the conversion ratio assigns one point for every three months of exposure to a single risk factor and the overall limit of the account is 100 points (namely 25 years of exposure to professional risks).

⁽⁷⁷⁾ The number of CPF accounts at the beginning of 2018 were approximately 5.468.534 against the 2.496.809 opened in 2015. For a better analysis of the topic, see: S. D'Agostino - S. Vaccaro, *Nuove tutele per i lavoratori: il diritto soggettivo alla formazione Francia e Italia a confronto*, in *INAPP Public Policy Innovation*, 29 November 2019.

money-credit (€15 per hour), thus providing workers with up to €500 credit ⁽⁷⁸⁾ each year for an overall cumulative of €5.000. Moreover, this change was followed by a campaign of promotion of the *Compte personnel d'activité* in 2019, which encouraged an autonomous management of the account through the online platform “*Mon Compte Formation*” ⁽⁷⁹⁾.

To be specific, the online application ⁽⁸⁰⁾ allows both to easily consult the credits accrued for each account of the *Compte personnel d'activité* and to explore the extensive catalogue of training courses provided. In this respect, it is interesting to note that, following the digitalisation process launched on 21 November 2019, the Ministry of Labour has reported an average of 25.000 downloads per day of the application (600.000 after the first month) and the validation of more than 32.000 training courses concerning different topics (e.g., languages, driving licence, skills certification, entrepreneurial assistance, etc.) ⁽⁸¹⁾. Moreover, these latter had an average cost of €1.200 compared to €2.370 before the reform. Such results indeed confirm the increase in competitiveness and, consequently, in the quality of the training providers affiliated to the platform ⁽⁸²⁾, paving the way for a wider spread of the personal accounts for continuous training.

Although the *Compte personnel d'activité* has been criticized and depicted as an attempt to undermine the system of social protections through virtual points and merge pre-existing provisions, it can be taken into account as a remarkable step towards the collective extension of the individual right to continuous training to the entire population ⁽⁸³⁾. In fact, by assuring the continuity of social rights during employment transitions and regardless of the occupational status

⁽⁷⁸⁾ This amount is increased up to €800 per year for a total of €8000 for beneficiaries with disabilities or low qualification levels (source: *Compte personnel de formation (CPF)-service-public.fr*).

⁽⁷⁹⁾ J. Sallet, *Compte personnel de formation: on vous explique tout!*, in *20 Minutes Production*, article from December 2, 2019.

⁽⁸⁰⁾ L. Casano, *Il governo francese lancia Moncompteformation: il diritto alla formazione, su piattaforma*, in *ADAPT Bulletin*, 2019, 42.

⁽⁸¹⁾ A. Ruello, *Démarrage encourageant pour l'application mon compte formation*, in *Les Echos*, article from December 20, 2019.

⁽⁸²⁾ For a better analysis of the quantitative results of the measure, see: Ministère du Travail de la République Française, *Lancement de MonCompteFormation*, press dossier, 21 November 2019 (source: <https://travail-emploi.gouv.fr>).

⁽⁸³⁾ S. D'Agostino - S. Vaccaro, *Nuove tutele per i lavoratori: il diritto soggettivo alla formazione. Francia e Italia a confronto*, in *Professionalità Studi*, 2020, III, 2, 127 ss.

(⁸⁴), continuous training has been promoted along with the empowerment of citizens in their own professional status and future.

In conclusion, it is significant to notice how the link between right to training and individual changed from 2004 to 2019, switching from an entitlement to the employment contract to an individual right for the French citizens. Despite being taken into consideration nowadays as the only real example of individual learning account that involves both workers and jobseekers, the French personal accounts can be appointed as an innovative model (⁸⁵) for other countries with weak lifelong learning frameworks to strive for (⁸⁶).

3.2. An overseas perspective on continuous training and individual learning accounts: the case of *SkillsFuture Credit* (SFC) in Singapore

As noted above, the continuous changes in the global labour market demand workforce to strengthen their resilience and flexibility by investing in their own professional development. After all, smooth employment transitions also depend on the improvement of adaptability – and, thus, employability – through lifelong learning, especially now that, as stressed by many reports (⁸⁷), the spread of new high-skilled professional figures will further polarize the demand of labour on the medium to long-term.

In this respect, low-skilled and poor workers are the hardest-hit categories by digitalisation, since they require specific and inclusive supports (⁸⁸). However, one of the most common solution adopted by policy makers often involves the introduction of training vouchers to disadvantaged individuals (e.g., unemployed, low-income workers, etc.). Another similar approach involves countering such socioeconomic inequalities by implementing individual saving

(⁸⁴) P. Vesan, *Le promesse di un'utopia concreta: in Francia arriva il Conto Personale di Attività*, in *Percorsi di Secondo Welfare*, article from January 4, 2017.

(⁸⁵) L. Casano, *Ripensare i Fondi Interprofessionali per la formazione continua: uno sguardo ai progetti di riforma francesi*, in *ADAPT Bulletin*, 2018, 12.

(⁸⁶) Cfr. L. Casano, *Formazione e instabilità del lavoro: una sfida impossibile? I fondi bilaterali per la formazione dei lavoratori tramite agenzia in Italia e in Francia*, Franco Angeli Editore, 2013.

(⁸⁷) World Economic Forum, *The Future of Jobs Report*, *op. cit.*, 3-14.

(⁸⁸) Cfr. J. Yang - C. Schneller - S. Roche, *The role of higher education in promoting lifelong learning*, in *UIL publication series on lifelong learning policies and strategies*, 2015, 3, 17-39.

accounts (ISAs), namely tools to accumulate and use resources for the educational and training reasons. These latter, although positively designed to favour disadvantaged beneficiaries, have often proven to be too demanding regarding eligible criteria ⁽⁸⁹⁾; that is also due to the fact that cross compliance not only limits the scope to specific categories, but it could also discourage those excluded from investing in their professional status. Thus, excessive difficulties in the administration of the personal accounts can result in the creation of access barriers and, thus, disincentives.

In this respect, more inclusive dispositions concerning lifelong learning can be seen in other models, especially the ones that place themselves between individual learning accounts and individual saving accounts. This is the case of the Singaporean learning scheme named *SkillsFuture Credit* (SFC), namely an individual learning/saving account that applies to all citizens aged 25 years old and up and provide them with a credit of S\$500 for educational purposes ⁽⁹⁰⁾.

Such model can be taken as a best practice model for its approach to fragile categories, since, unlike other learning accounts ⁽⁹¹⁾, it aims for the development of skills by distributing one-off credits to all citizens on the basis of age and providing additional funds and incentives for the most vulnerable ones. In particular, as part of the so-called “*Mid-Career Support Package*”, elder citizens (40-60 years old) were given an additional one-time contribution ⁽⁹²⁾ in order to promote career transitions and adaptability.

⁽⁸⁹⁾ On this note, it is worth mentioning the Canadian ISA known as “*Learn\$ave*”, which was designed to encourage the personal investment of beneficiaries by tripling the value of contributions paid into the account. To be specific, eligible individuals could accrue up to \$6.000 in credits for training and educational reasons in the three-year reference period. However, despite the positive impact on low-skilled people, beneficiaries were subjected to strict eligibility criteria (e.g., between 21-65 years old and not full-time PSE students, with low income, up to \$3.000 in liquid assets, and a house value below the median value of the ones in the area) and were required to regularly save credits (at least \$10 monthly for one year). Moreover, the conditionality of such dispositions on the number of hours worked, the type of contract applied, and the kind of beneficiary unfortunately prevent to define it as a tool to establish an “individual right to continuous training” for the whole working-age population. Cfr. N. Leckie - T.S. Hui - D. Tattrie - J. Robson - J.P. Voyer, *Learning to Save, Saving to Learn: Final Report of the learn\$ave Individual Development Accounts Project*, Social Research and Demonstration Corporation, 2010 final report.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. P.T. Ng, *SkillsFuture: The Future of Lifelong Learning in Singapore*, in *Future Directions of Educational Change: Social Justice, Professional Capital, and Systems Change*, edited by H.J. Malone - S. Rincón - Gallardo - K. Kew, Routledge, 2018, 205-221.

⁽⁹¹⁾ To be fair, the *Compte personnel de formation* provides increased credits for beneficiaries with disabilities or low qualification levels as well.

⁽⁹²⁾ Unlike the first credit donation, which does not have a deadline for its use, the additional contributions are made on 31 October 2020 and must necessarily be deployed within 5 years.

Although its structure mainly resembles a sort of “lifetime voucher” for continuous training, the *SkillsFuture Credit* programme still provides all beneficiaries with an individual account, making it a hybrid model in the context of learning schemes. Of course, further contributions to this programme are strictly tied to economic situation of the country (e.g., fiscal position, national budget) and the efficiency of the adopted measures (e.g., utilization rates, participation in training programmes rates). Nonetheless, the government of Singapore seems quite determined to pursue such lifelong learning strategy. This is proved by the decision to confirm it and provide all eligible beneficiaries, aside from the first opening contribution, with a one-off \$500 credit top-up for their *SkillsFuture Credit* accounts as of 31 December 2020. After all, this provision was not only encouraged by the Committee for the Future of Economy (CFE) in 2016 ⁽⁹³⁾, but it has also gained the support of educational institutions due to its involvement in a series of programs concerning career guidance, job-placement, and work-study courses.

In addition, it is also important to mention that, as specified in the Act No. 24/2016 of the SkillsFuture Singapore Agency, all training institutions and partners are subject to specific requirements and conditions in order to provide high quality learning services. Thus, citizens can access to a wide catalogue of courses pre-approved by the Government based on their personal situation and receive personal assistance in order to guarantee an easy research of the available solutions. In this regard, such individual learning account managed to ensure accessibility and simplification for the users, providing an easy-to-understand digital profile with information concerning credit levels and chat-bots assistance.

Therefore, it can be said that such investment in skill development has managed both to involve the whole population and pay greater attention to the most vulnerable beneficiaries, improving the empowerment of citizens with their own professional status. In fact, according to the 2018 SCG report ⁽⁹⁴⁾, the *SkillsFuture* programme has supported approximately 465.000 beneficiaries and involved more than 12.000 businesses since its launch in 2014 ⁽⁹⁵⁾, increasing

⁽⁹³⁾ This commission support the Singaporean government by analysing the evolution of the global economy and suggesting strategic policies. In particular, the key topics concern the future of the economic fabric (markets and industries), companies’ capabilities and innovation, jobs and marketable skills, landscape of cities, and connectivity.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. SkillsFuture Singapore (SSG), *SkillsFuture 2018 Year-In-Review*, report 2019.

⁽⁹⁵⁾ On this point, see: M. Fung, *Developing a Robust System for Upskilling and Reskilling the Workforce: Lessons from the SkillsFuture Movement in Singapore*, in *Anticipating and Preparing for*

training participation in Singapore by 14% in four years and bringing it to a total of 49% in 2019 ⁽⁹⁶⁾.

Surely, such individual learning account would be more effective if given the possibility to accrue more credit through personal contribution or other functionalities (e.g., voluntary activities). However, it still constitutes one of the most comprehensive and efficient examples of individual right to continuous training for the whole population at the present day. Indeed, such programme represents a remarkable instrument to tackle the issues related to the obsolescence of the skills and, thus, the challenges arising from the Fourth Industrial Revolution.

4. Conclusions

As can be observed from the renewed interest in lifelong learning policies, the digitalisation processes have divided countries in two main groups according to the method adopted for reskilling and upskilling: on the one hand, some of them have decided to leave to social parts the efforts to bring an individual right to continuous training through collective bargaining (e.g., Italian national collective agreement for metal workers), on the other hand, others have decided to adopt extensive dispositions through legislative interventions (e.g., *Compte personnel de formation*, *SkillsFuture Credit*).

On this point, it could be also interesting to reflect on the impact of an individual right to continuous training for workers, especially regarding its effect on the matter of dismissals for objective reasons. After all, the attribution of such right to attend upskilling and reskilling programmes throughout the course of the working life could indirectly limit the decisional power of the employers to fire for objective reasons, given that potential incompatibilities could arise from this provision and subsequent strengthen of the social safeguards for dismissal.

For example, if an employer were to fire a worker due to the futility of the tasks or the obsolescence of the services, the employee could defend himself by arguing that the company has not taken action to ensure the full exercise of

Emerging Skills and Jobs, Key Issues, Concerns, and Prospects, edited by B. Panth - R. Maclean, 2020, 55, 321-327.

⁽⁹⁶⁾ A. Teng, *Singapore Budget 2020: \$500 SkillsFuture Credit top-up for Singaporeans aged 25 and above*, in *The Straits Times*, article from February 18, 2020.

his/her right to improve employability and skills. Thus, if that were true, the truthfulness of the employer's motives would suffer from the failure to comply with the employee's individual right to attend continuous training.

Focusing on the above-mentioned legal frameworks, possible examples of legal provisions regarding professional development and employer obligations can be observed in the former "*obligation d'employabilité*" in France, which, as stated by article L. 6321-1 of the Labor code, places on the employer the responsibility to assure updated capabilities⁽⁹⁷⁾ and marketable skills for the employees along the evolution of the labour market. To be specific, it can be appointed as the obligation of guaranteeing the adaptability of workers by providing reskilling and upskilling programmes in relation to the use of new technologies and techniques.

A similar perspective might be observed in the case of the "*repêchage obligation*"⁽⁹⁸⁾ in the Italian juridical framework, since the introduction of an individual right to continuous training by legal provision could strengthen the defensive position of workers during dismissal proceedings. In particular, the procedural burden known as *repêchage* require the employer to verify the impossibility of assigning the employee to other tasks or positions before proceeding with an objective dismissal⁽⁹⁹⁾. Thus, an employer's negligence to activate any reskilling or upskilling processes at the request of the worker, before the dismissal procedure, could be considered by the judges as a failure to fulfil the right to continuous training and, consequently, as an impediment to the acquisition of skills useful to remain in the company and avoid a firing.

However, it is likewise clear that such provisions could not affect and limit the freedom of economic initiative. Thus, such assumptions on the potential limit to dismissal should not be formulated before the introduction of a clear "individual right to continuous training" to the whole working-age population by legal disposition. After all, it should be first clarified who is the

⁽⁹⁷⁾ On this point, see: R. Del Punta, *Labour Law and the Capability Approach*, in *IJCLLR*, 2016, 32, 4, 383 ss.; B. Caruso, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, 113; S. Deakin, F. Wilkinson, "*Capabilities*", *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *DLM*, 2000, 2.

⁽⁹⁸⁾ On this point, see *ex plurimis*: R. Del Punta, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in *Giuseppe Santoro Passarelli Giurista della contemporaneità - Liber Amicorum*, edited by A.A. V.V., Giappichelli, 2018, 1189-1203; M.T. Carinci, *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *RIDL*, 2017, I, 203-240; F. Amato, *Licenziamenti economici e responsabilità d'impresa: obbligo di repêchage nel licenziamento per g.m.o. e tutela della professionalità del lavoratore*, in *RCDL*, 2006, 7 ss.

⁽⁹⁹⁾ Also considering other suitable professional positions inside the company.

subject responsible to fulfil such worker's right, i.e., if the employer or the State itself.

Returning to the main subject, it can be stated that some of the challenges arising from the evolution of the labour market can be initially tackled by entitling an individual right to the whole population and providing a strong safety net of social protections to workers with direct subsidies for occupational purposes. After all, new generations are experiencing a recent increase in fragmentation of their working lives and, therefore, require individual labour rights to be a portable provision through different employments, as often stressed in the transitional labour markets (TLM) theory. In particular, this latter suggests the importance of considering the labour market by a social perspective, providing equal opportunities and right to all working age individuals despite their occupational status in order to achieve full employment.

Nonetheless, the implementation of an individual right to continuous training for the whole working-age population can be surely achieved through different tools, although individual learning accounts are getting acknowledged more and more as remarkable ways to improve continuous training and promote both adaptability and autonomy for the beneficiaries ⁽¹⁰⁰⁾. In fact, policy makers can rely not only on individual learning accounts, but also on individual saving accounts, vouchers for educational purposes, and other instruments ⁽¹⁰¹⁾.

In this respect, broadly speaking, criticism can also be made against provisions introduced through legislative intervention, such as individual learning accounts, individual saving accounts for training, and training vouchers ⁽¹⁰²⁾. This occurs when such measures are limited to few and peculiar groups of beneficiaries instead of others equally needy (jobseekers, disadvantaged persons, low-level educated adults, etc.) ⁽¹⁰³⁾.

Moreover, most of these measures often risk developing structural flaws with regard to the financing mechanisms; for instance, subsidies and vouchers for educational or training purposes that require further financing from the

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. Cedefop, *Empowering adults through upskilling and reskilling pathways. Volume 1: adult population with potential for upskilling and reskilling*, Cedefop reference series, 2020, 112.

⁽¹⁰¹⁾ OECD, *Individual Learning Accounts: Panacea or Pandora's Box?*, *op. cit.*, 47-54.

⁽¹⁰²⁾ These three models are mainly aimed at providing funds for upskilling and reskilling periods to the eligible beneficiaries. On this point, see: Cedefop, *Individual learning accounts*, Cedefop Panorama Series, 2009, 163, 1-20.

⁽¹⁰³⁾ On this point, it is important to remember the case of the Italian "Relocation check", which, after its reform by art. 9 of Law No. 26/2019, only covered the beneficiaries of the "Guaranteed Minimum Income". In recent times, such provision has been repealed by Law no. 178/2020, extending the categories of potential beneficiaries eligible for the check.

beneficiaries in order to be really effective have proven to be unappealing despite the tax deductions and reductions introduced to stimulate workers to contribute and pay for their own learning pathways ⁽¹⁰⁴⁾. Thus, another relevant issue revolves around the funding mechanism of skill development policies, in particular in relation to the involved individuals. Indeed, some solutions promote funding apportionment in percentage between government, employers, and workers, given that all of these parts are equally interested in the development of skills and improvement of the economic fabric.

However, despite the fairness of the repartition, an excessive burden on the beneficiaries can still generate a disincentive and create access barrier for low-income individuals. Thus, the funding mechanism must be designed in order to assure a better fungibility, especially from low-skilled and low-income adults who are the most disadvantaged individuals and need to have an easy access to the lifelong learning solutions.

So, it is vital for policy makers to agree on basic standards when it comes to the fight against skill mismatch ⁽¹⁰⁵⁾ and misalignments in the allocation of labour. To be specific, policy makers should still be responsible for the provision of adequate continuous training opportunities, working along with social parts and focusing on the removal of limitation to the accessibility. For this reason, policy makers also need to take into consideration the correct extent of guidance and support to provide to beneficiaries. For example, the future of the *Compte personnel de formation* in France experienced a solid improvement and increase in users after the introduction of *Mon Compte Formation*, which has undoubtedly boosted not only the number of accesses to the accounts, but also the reliability of training providers.

The same can be said for the Singaporean disposition, which decided to rely on chat-bots and online tech support to encourage the usage of the accounts. These experiences demonstrate that simplification of access procedures and management support for citizens by the government are key elements in increasing effective participation in the instrument. In any case, such reforms are still in motion ⁽¹⁰⁶⁾ and, despite the already-improved dispositions,

⁽¹⁰⁴⁾ Moreover, the lack of a detailed guidance for training programmes can often undermine the overall efficiency.

⁽¹⁰⁵⁾ OECD, *Increasing Adult Learning Participation: Learning from Successful Reforms, Getting Skills Right*, OECD Publishing, 2020.

⁽¹⁰⁶⁾ Regarding the French case, see: B. Gazier - J.F. Le Rouf - A. Lopez - T. Pech - B. Palier - M. Richer, *Le bel avenir du Compte personnel d'activité*, in *Terra Nova*, article from February 16, 2016.

could evolve in an even more comprehensive measure in accordance with the future needs of the labour market.

In conclusion, despite the different approaches to continuous training, the introduction of an individual right to continuous training definitely needs to take into consideration not only the above-mentioned key issues related to the viability of the dispositions, but also the involvement of all social parts in the definition of its basic standards. The cooperation of both trade unions and employer association is indeed crucial to solve the main issues related to the practical implementation of such right. By doing so, it could be possible to face the digitalisation processes with a firmer stance on lifelong learning ⁽¹⁰⁷⁾, providing comprehensive measures of continuous training that could contribute to assure smooth transition between different employment and strengthen workers employability.

⁽¹⁰⁷⁾ For a better analysis on the role of training as employment measure, see: A. Rota, *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in *LLI*, 2020, 6, 2; B. Caruso - R. Del Punta - T. Treu, *Manifesto per un Diritto del lavoro sostenibile*, in *CSDLE "Massimo D'Antona"*, 20 maggio 2020, 33-34; A. Salento, *Digitalizzazione delle imprese e trasformazione delle competenze. Quadro analitico e riscontri empirici*, in *Labor*, 2019, 2, 131-142; A. Loffredo, *Diritto alla formazione e lavoro. Realtà e retorica*, Cacucci, 2012, 100 ss.

Literature

- Acemoglu D. - Restrepo P., *The Race between Man and Machine: Implications of Technology for Growth, Factor Shares, and Employment*, in *American Economic Review*, 2018, 108 (6), 1488-1542.
- Alessandrini G., "Pathways for upskilling": un nuovo messaggio dalla Commissione Europea, in *ADAPT International Bulletin*, 2016, 42.
- Alessi C. - Ravelli F., *Commento all'art. 2103 c.c. (commi 1-7 e 9)*, in *Codice commentato del lavoro*, edited by Del Punta R. - Scarpelli F., Ipsoa, 2020, 436 ss.
- Amato F., *Licenziamenti economici e responsabilità d'impresa: obbligo di repêchage nel licenziamento per g.m.o. e tutela della professionalità del lavoratore*, in *RCDL*, 2006, 7 ss.
- Autor D., *Why are there still so many jobs? The history and future of workplace automation*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 2015, 3, 3-30.
- Balandi G.G., *Formazione e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2007, 113, 135 ss.
- Ballestrero M. V., *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in *LLI*, 2020, 6, 2, 1-15.
- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders: Tribunale di Palermo, 24 novembre 2020*, in *LLI*, 2020, 6, 2.
- Bavaro V., *Il contratto nazionale dei metalmeccanici 2016: una prospettiva sulle relazioni industriali italiane*, in *DLRI*, 2017, 39, 4, 156, 729-742.
- Biagi M., *Formazione e qualità: note per una strategia comunitaria dell'occupazione*, in *DRI*, 1996, 2, 75-83.
- Brollo M., *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, edited by Carinci F., ADAPT Labour Studies e-Book series, 2015, 48, 29 ss.
- Brollo M., *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *ADL*, 2015, 20, 6.
- Brollo M., *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, in *DRI*, 2019, 2, 468-491.
- Calafà L., *La formazione oltre il contratto di lavoro*, in *I lavoratori e i cittadini. Dialogo sul diritto sociale*, edited by Balandi G.G. - Avio A. - Bano F. - Borelli S. - Buoso S. - Calafà L. - Renga S., il Mulino, 2020, 149-154.
- Carboni C., *Lavoro ed evoluzione tecnologica*, in *il Mulino*, 2016, 2, 346-354.
- Carinci M.T., *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *RIDL*, 2017, I, 203-240.
- Carr A. - Balasubramanian K. - Atieno R. - Onyango J., *Lifelong learning to empowerment: beyond formal education*, in *Distance Education*, 2018, 39(5), 69-86.
- Caruso B. - Del Punta R. - Treu T., *Manifesto per un Diritto del lavoro sostenibile*, in *CSDL E "Massimo D'Antona"*, 20 maggio 2020.
- Caruso B., *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, 113.
- Casano L., *Formazione e instabilità del lavoro: una sfida impossibile? I fondi bilaterali per la formazione dei lavoratori tramite agenzia in Italia e in Francia*, Franco Angeli, 2013.
- Casano L., *Il governo francese lancia Moncompformation: il diritto alla formazione, su piattaforma*, in *ADAPT Bulletin*, 2019, 42.

- Casano L., *La riforma del mercato del lavoro nel contesto della “nuova geografia del lavoro”*, in DRI, 2017, 3, 634 ss.
- Casano L., *Ripensare i Fondi Interprofessionali per la formazione continua: uno sguardo ai progetti di riforma francesi*, in ADAPT Bulletin, 2018, 12.
- Cedefop, *Empowering adults through upskilling and reskilling pathways. Volume 1: adult population with potential for upskilling and reskilling*, Cedefop reference series, 2020, 112.
- Cedefop, *Individual learning accounts*, Cedefop Panorama Series, 2009, 163, 1-20.
- Cedefop, *Insights into skill shortages and skill mismatch: learning from Cedefop’s European skills and jobs survey*, Cedefop reference series, 2018, 106.
- Countouris N., *The concept of ‘worker’ in European Labour Law – Fragmentation, Autonomy, and Scope*, in *Industrial Law Journal*, 2018, 47, 2, 192 ss.
- Crossan B. - Field J. - Gallacher J. - Merrill B., *Understanding Participation in Learning for Non-traditional Adult Learners: learning careers and the construction of learning identities*, in *British Journal of Sociology of Education*, 2003, 24, 1, 55-67.
- D’Addio F., *Flexicurity alla francese: con il CPA-Compte Personnel d’Activité diritti maturati e competenze seguono il lavoratore nelle transizioni occupazionali*, in *Il Sole 24 Ore*, article from January 20, 2017.
- D’Agostino S. - Vaccaro S., *Nuove tutele per i lavoratori: il diritto soggettivo alla formazione. Francia e Italia a confronto*, in *Professionalità Studi*, 2020, III, 2, 127 ss.
- D’Agostino S. - Vaccaro S., *Nuove tutele per i lavoratori: il diritto soggettivo alla formazione Francia e Italia a confronto*, in *INAPP Public Policy Innovation*, 29 November 2019.
- Dagnino E., *Dalla fisica all’algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, ADAPT University Press, 2019.
- Dagnino E., *Occupazione e progresso tecnologico nel mondo del lavoro del XXI secolo: tra sostituzione, creazione, localizzazione e forme*, in *La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori ADAPT*, edited by Dagnino E., Nespola F., Seghezzi F., ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2017, 62, 96-100.
- De Stefano V., *The Rise of the «Just-in-Time Workforce»: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the «Gig Economy»*, ILO Conditions of Work and Employment Series, 2016, 71.
- Deakin S. - Wilkinson F., *“Capabilities”, ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *DLM*, 2000, 2.
- Del Punta R., *Labour Law and the Capability Approach*, in *IJCLLIR*, 2016, 32, 4.
- Del Punta R., *Sulla prova dell’impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in *Giuseppe Santoro Passarelli Giurista della contemporaneità - Liber Amicorum*, edited by A.A.V.V., Giappichelli, 2018, 1189-1203.
- Digennaro P., *Subordinazione o dipendenza? Uno studio sulla linea di demarcazione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo in sei sistemi giuridici europei*, in *LLI*, 2020, 6, 1.
- Donini A., *Il lavoro su piattaforme digitale “prende forma” tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?*, in *DRI*, 2016, 1.
- European Commission, *The Digital Skills Gap in Europe*, 19 October 2017 factsheet.
- European Investment Bank, *Who is prepared for the new digital age? - Evidence from the EIB Investment Survey*, EIB report, 2020.

- Field J. - Canning R., *Lifelong learning and employers: reskilling older workers*, in *International Handbook on Ageing and Public Policy*, edited by Harper S. - Hamblin K., Edward Elgar Publishing, 2014, 36, 463-473.
- Fung M., *Developing a Robust System for Upskilling and Reskilling the Workforce: Lessons from the SkillsFuture Movement in Singapore*, in *Anticipating and Preparing for Emerging Skills and Jobs, Key Issues, Concerns, and Prospects*, edited by Panth B. - Maclean R., 2020, 55, 321-327.
- Galeotto T., *Glossario, competenze trasversali e declaratorie. Le innovazioni linguistiche e concettuali dell'ipotesi di accordo*, in *ADAPT Special Bulletin*, 2021, 1.
- Gazier B. - Le Rouf J.F. - Lopez A. - Pech T. - Palier B. - Richer M., *Le bel avenir du Compte personnel d'activité*, in *Terra Nova*, article from February 16, 2016.
- Giugni G., *Intervista*, curated by Ichino P., in *RIDL*, 1992, I, 411 ss.
- Guarascio D. - Sacchi S., *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, in *INAPP paper*, 2017, 2.
- Ichino P., *Il nuovo "articolo 18": la formazione come diritto soggettivo*, www.pietroichino.it.
- Ichino P., *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2017, 4, I, 525-563.
- ILO, *ILO Monitor: COVID-19 and the world of work. 7th edition*, Briefing notes, 25 January 2021.
- ILO, *Skills for Employment Policy Brief - Formulating a national policy on skills development*, International Labour Office Report, 2011.
- Impellizzeri G. - Machì G., *Verso un "sistema" della formazione nel settore metalmeccanico?*, in *ADAPT Special Bulletin*, 2021, 1.
- Johannessen J.A., *Automation, Innovation and Economic Crisis: Surviving the Fourth Industrial Revolution*, Taylor & Francis Ltd, 2018.
- Keynes J.M., *Essays in Persuasion*, W.W. Norton & Co., 1963.
- Leckie N. - Hui T.S. - Tattrie D. - Robson J. - Voyer J.P., *Learning to Save, Saving to Learn: Final Report of the learn\$ave Individual Development Accounts Project*, Social Research and Demonstration Corporation, 2010 final report.
- Liso F., *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 257/2015*.
- Loffredo A., *Diritto alla formazione e lavoro. Realtà e retorica*, Cacucci, 2012.
- Machì G., *Diritto alla formazione e formazione continua*, in *ADAPT Special Bulletin*, 2021, 1.
- Maresca A., *Il rinnov(ament)o del contratto collettivo dei meccanici: c'è ancora un futuro per il contratto collettivo nazionale di categoria*, in *DLRI*, 2017, 39, 4, 156, 709.
- McKinsey Global Institute, *Jobs Lost, Jobs Gained: Workforce transitions in a time of automation*, McKinsey & Company, December 2017.
- Merle V., *La formation tout au long de la vie, une proposition pour les sociétés démocratiques*, in *La formation tout au long de la vie. Nouvelles questions, nouvelles perspectives*, edited by Morvan Y., PUR, 2006, 23-38.
- Ministère Du Travail De La République Française, *Lancement de MonCompteFormation*, press dossier 21 November 2019.
- Ministerio De Trabajo, Migraciones Y Seguridad Social, *Formación profesional: Francia*, in *Revista de Actualidad Internacional Sociolaboral*, 2009, 125, 142-145.
- Mosca D. - Tomassetti P. (eds.), *La trasformazione del lavoro nei contratti aziendali. Una analisi di buone pratiche contrattuali*, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2015, 44.

- Mosca D. - Tomassetti P., *La valorizzazione economica della professionalità nella contrattazione aziendale*, in *DRI*, 2016, 3, 791-816.
- Ng P.T., *SkillsFuture: The Future of Lifelong Learning in Singapore*, in *Future Directions of Educational Change: Social Justice, Professional Capital, and Systems Change*, edited by Malone H.J. - Rincón-Gallardo S. - Kew K., Routledge, 2018, 205-221.
- OECD, *Increasing Adult Learning Participation: Learning from Successful Reforms, Getting Skills Right*, OECD Publishing, 2020.
- OECD, *Individual Learning Accounts: Panacea or Pandora's Box?*, OECD Publishing, 2019.
- Pacella G., *Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed*, in *LLI*, 2017, 3, n. 2, 48 ss.
- Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, 2015.
- Porcheddu D. - Zoppo A., *Mercato del lavoro e formazione*, in *ADAPT Special Bulletin*, 2021, 1.
- Puckett J. - Boutenko V. - Hoteit L. - Polunin K. - Perapechka S. - Stepanenko A. - Loshkareva E. - Bikkulova G., *Fixing the Global Skills Mismatch*, Boston Consulting Group, report 15 January 2020.
- Rota A., *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in *LLI*, 2020, 6, 2.
- Ruello A., *Démarrage encourageant pour l'application mon compte formation*, in *Les Echos*, article from December 20, 2019.
- Salento A., *Digitalizzazione delle imprese e trasformazione delle competenze. Quadro analitico e riscontri empirici*, in *Labor*, 2019, 2, 131 ss.
- Sallet J., *Compte personnel de formation: on vous explique tout!*, in *20 Minutes Production*, article from December 2, 2019.
- SkillsFuture Singapore (SSG), *SkillsFuture 2018 Year-In-Review*, report 2019.
- Smit S. - Tacke T. - Lund S. - Manyika J. - Thiel L. (eds.), *The future of work in Europe: Automation, workforce transitions, and the shifting geography of employment*, McKinsey Global Institute Discussion paper, 2020.
- Speziale V., *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 322/2017.
- Staglianò R., *Al posto tuo. Così web e robot ci stanno rubando il lavoro*, Einaudi, 2016.
- Sundararajan A., *Crowd-Based Capitalism, Digital Automation, and the Future of Work*, in *University of Chicago Legal Forum*, 2017, 19, 487-511.
- Tarun J. - Pushkar M. - Subha M., *Barriers to Skill Acquisition: Evidence from English Training in India*, *IZA DP*, 2016, 10199, 1-30.
- Teng A., *Singapore Budget 2020: \$500 SkillsFuture Credit top-up for Singaporeans aged 25 and above*, in *The Straits Times*, article from February 18, 2020.
- Tiraboschi M., *CCNL metalmeccanica, un cambio di passo per le relazioni industriali?*, in *ADAPT Special Bulletin*, 2021, 1.
- Tiraboschi M., *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, ADAPT University Press, 2019.
- Todoí Signes A., *Commento alla sentenza del Tribunale Supremo spagnolo che considera i riders lavoratori subordinati: Tribunal Supremo Sala de lo Social, 25 settembre 2020, n. 805*, in *LLI*, 2020, 6, 2.
- Tourres C., *Un "conto personale di attività" per il lavoratore del futuro: il caso francese*, in *ADAPT Bulletin*, 25 January 2016.
- Treu T., *Nuova professionalità e futuro modello del sistema di relazioni industriali*, in *Innovazione tecnologica e professionalità del lavoratore*, edited by Galantino L., Cedam, 1987, 17 ss.

- Treu T., *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 371/2018.
- Treu T., *Una seconda fase della flexicurity per l'occupabilità*, in DRI, 2017, 3, 597 ss.
- Tullini P., *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, edited by Perulli A., Wolters Kluwer Cedam, 2018, 171-195.
- Tullini P., *L'economia delle piattaforme e le sfide del diritto del lavoro*, in *Economia e società regionale*, 2018, 36, 1.
- Tullini P., *La formazione per la sicurezza sul lavoro*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2017, 1.
- Tullini P., *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig-economy*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1, 52 ss.
- Velciu M., *Job mismatch – effects on work productivity*, in *SEA - Practical Application of Science*, 2017, 5, 15, 395 ss.
- Vesan P., *Le promesse di un'utopia concreta: in Francia arriva il Conto Personale di Attività*, in *Percorsi di Secondo Welfare*, article from 4 January, 2017.
- World Economic Forum, *The Future of Jobs Report*, Insight report, 2018.
- World Economic Forum, *The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, Global Challenge Insight Report, 2016.
- World Economic Forum, *Towards a Reskilling Revolution. A Future of Jobs for All*, Insight report, 2018.
- Yang J. - Schneller C. - Roche S., *The role of higher education in promoting lifelong learning*, in UIL publication series on lifelong learning policies and strategies, 2015, 3, 2015, 17-39.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Condotta antisindacale
e collaborazioni autonome:
tre decreti a confronto**

ANNAMARIA DONINI
Università di Genova

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto

ANNAMARIA DONINI

Università di Genova

Ricercatrice di Diritto del Lavoro

annamaria.donini@unige.it

ABSTRACT

The paper addresses the issue of the current ability of art. 28 Workers' Statute to safeguard the constitutional rights involved in industrial action. The analysis starts from three decisions of the Court of Florence, Milan and Bologna concerning digital platforms' conducts that the Trade Unions considered harmful to the freedom of association and to collective bargaining. Particular attention is also given to the legitimacy of Trade Unions to take legal action under art. 28 when the anti-union conduct affects autonomous workers (especially riders and shoppers).

Keywords: art. 28, act. n. 300/1970; digital platforms; riders; shoppers; freedom of association; collective bargaining.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13180>

Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto

SOMMARIO: 1. La tutela collettiva dei lavoratori delle piattaforme digitali e il campo di applicazione dell'art. 28 St. lav. – 2. I provvedimenti a confronto. – 3. L'accertamento della natura del rapporto di lavoro e la legittimazione attiva e passiva. – 4. Una diversa soluzione al problema.

1. La tutela collettiva dei lavoratori delle piattaforme digitali e il campo di applicazione dell'art. 28 St. lav.

Il sostegno all'attuazione dei principi costituzionali coinvolti nelle relazioni sindacali realizzata dall'art. 28 St. lav. ha contribuito in maniera rilevante a rendere credibile il programma statutario e a garantire la sua sopravvivenza nel tempo. Alcune recenti vicende giudiziarie, tuttavia, inducono a riconsiderare il tasso di effettività della norma negli attuali scenari economico-produttivi rispetto all'obiettivo di presidiare la regolarità del conflitto industriale a fronte di azioni capaci di pregiudicarlo.

Non è un caso che tali controversie abbiano riguardato il lavoro attraverso piattaforme digitali. Sul piano giuridico e su quello dei rapporti di fatto tra le parti, le forme organizzative adottate dalle piattaforme digitali esprimono infatti alcune delle tendenze più significative dei modelli odierni di organizzazione del lavoro: la frammentazione delle linee di produzione, l'estrema sostituibilità della manodopera, la mancanza di garanzie in merito alla quantità di lavoro disponibile e di conseguenza alla retribuzione e l'emersione di dinamiche concorrenziali tra i prestatori. Tutto ciò produce tensioni non solo sulla fattispecie della subordinazione, ma anche sul terreno della capacità dell'art. 28 St. lav. di salvaguardare lo spazio riconosciuto all'azione sindacale (libertà, azione sindacale, sciopero).

Con riguardo ai lavoratori delle piattaforme impegnati nel settore delle consegne a domicilio, la tutela collettiva ha percorso itinerari peculiari e si è espressa attraverso l'affermazione di strutture di sindacalismo “di base” o “informale” prive di natura associativa (rete *Riders por derechos*) ma dalla significativa capacità rappresentativa e di mobilitazione. Le associazioni sindacali tradizionali hanno in seguito condiviso le rivendicazioni emerse da questi gruppi sindacali “spontanei”, partecipando agli scioperi e alle faticose (e

spesso infruttuose) trattative per la stipula dei contratti collettivi, nonché ai momenti di confronto istituzionale⁽¹⁾.

Non è tuttavia scontato, come testimoniano gli esiti dei procedimenti a cui è dedicato questo commento, che lavoratori delle piattaforme e sindacati possano beneficiare della protezione offerta dall'art. 28 St. lav. La questione si colloca all'interno del problema, di più ampia portata, relativo alla possibilità di estendere le norme dello Statuto, in particolare quelle attributive di diritti e prerogative sindacali, all'area del lavoro non subordinato⁽²⁾.

È noto che la Corte costituzionale, pochi anni dopo l'entrata in vigore dello Statuto, aveva riferito «le norme statutarie a tutela della libertà e dignità dei lavoratori e dell'esercizio delle libertà sindacali» a «tutti coloro che svolgono attività di lavoro subordinato» (C. cost. 8 luglio 1975, n. 189). Nel rigettare la questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 14, 20, 27, e 28 St. lav., il Giudice delle leggi in seguito aveva affermato che lo strumento processuale volto a reprimere i comportamenti datoriali capaci di pregiudicare il diritto di svolgere attività sindacale costituisce una particolare forma di tutela «dettata con riguardo alla posizione dei lavoratori subordinati nell'organizzazione 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» (C. cost. 17 dicembre 1975, n. 241). La vicenda all'origine del giudizio di costituzionalità riguardava il Sindacato Ausiliari del Totocalcio a cui la Direzione di Genova del Coni-Totocalcio aveva negato l'autorizzazione allo svolgimento di un'assemblea sindacale. Il lavoro degli ausiliari del Coni presenta somiglianze rilevanti con gli odierni modelli *on demand*, tanto che l'argomentazione cui ricorre la Corte costituzionale si sostanzia nel fatto che i diritti di attività sindacale non competono a chi non sia inserito in maniera permanente nell'organizzazione aziendale ma sia invitato di volta in volta a prestare la propria opera, «senza obbligo di presentarsi al lavoro né sanzioni per l'ingiustificata assenza, e quindi

⁽¹⁾ La nascita del sindacalismo dei *riders* e le ragioni della scelta di questa forma aggregativa si possono leggere in G. Pacella, *Le piattaforme di food delivery in Italia: un'indagine sulla nascita delle relazioni industriali nel settore*, in *LLI*, 2019, 2, 179 ss.; M. Marrone, *Rights against the machine! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale: il caso Riders Union Bologna*, *LLI*, 2019, 1, I.3 e anche Id., *Rights against the machine! Il lavoro digitale e le lotte dei riders*, Mimesis, 2021; L. Cini - B. Goldman, *Dal controllo alla mobilitazione. Le lotte dei ciclotattorini e dei facchini della logistica in Italia*, *LLI*, 2020, 1, 4 ss.

⁽²⁾ Nel fascicolo di LD dedicato all'anniversario dello Statuto, v. F. Di Noia, *Sul campo di applicazione dello Statuto: nello specchio di Dorian Gray*, *LD*, 2020, 4, 697 ss. Sui limiti di effettività dell'art. 28 St. lav., M. Falsone, *Tecnica rimediata e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, *LD*, 2017, 3-4, 565 ss.

anche senza la possibilità per l'ente di contare stabilmente sulle [sue] prestazioni».

Interpreti e giudici, d'altra parte, hanno dovuto confrontarsi con la formulazione letterale dell'art. 28 che individua nel "datore di lavoro" il soggetto responsabile dei comportamenti antisindacali e il destinatario della condanna. La valorizzazione di questo aspetto ha portato ad escludere la configurabilità di condotte antisindacali poste in essere dalle associazioni dei datori⁽³⁾, oppure dagli organismi sindacali in caso di inadeguata rappresentanza degli interessi dei lavoratori⁽⁴⁾. In altre controversie, è stato ritenuto che il riferimento letterale al datore di lavoro quale legittimato passivo fosse in grado di limitare il raggio di azione dell'art. 28 St. lav. ai soli comportamenti implicanti un effetto limitativo dei diritti sindacali dei lavoratori subordinati⁽⁵⁾.

Nel solco di una rinnovata propensione del sindacato a fare del ricorso in giudizio un mezzo di lotta collettiva⁽⁶⁾, alcune organizzazioni sindacali di categoria hanno percorso la via dell'azione in giudizio per la tutela degli interessi collettivi dei lavoratori impegnati nel settore delle consegne a domicilio (di cibo

⁽³⁾ Opinione generalmente condivisa dalla giurisprudenza, si veda in merito G. Villani, *La condotta antisindacale, Aspetti processuali*, in C. Zoli (a cura di), *Le Fonti, Il diritto sindacale*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, 2007, 544 ss.; ma ad esempio criticata da M.G. Garofalo, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, 1979, 64 ss.

⁽⁴⁾ Trattandosi di una «fattispecie di illecito per così dire unilaterale», R. Scognamiglio, *Condotta antisindacale, I. Disciplina sostanziale, Enc. giur.*, VIII, 1988, 3. V. anche U. Romagnoli, sub art. 28, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1972, 416 s. e Cass. 25 luglio 1984, n. 4381, *FI Rep*, 1984, voce "Sindacati", 148. Per una lettura del *duty of fair representation* del sindacato in relazione al livello di istituzionalizzazione del sistema di relazioni sindacali, M. Barbieri, *Conflitti di interessi e interessi in conflitto nel diritto del lavoro*, in R. Sacchi (a cura di), *Conflitto di interesse e interessi in conflitto in una prospettiva interdisciplinare*, Giuffrè, 2020, 516 ss.

⁽⁵⁾ In particolare, la nota vicenda decisa da Cass. 24 settembre 2015, n. 18975, *DJ*, che ha negato la possibilità di ricorrere all'art. 28 St. lav. per la lesione dei diritti sindacali dei medici collaboratori coordinati e continuativi, essendo impossibile individuare un datore di lavoro; Cass. 19 marzo 1986, n. 1914, *DJ* ritiene inammissibile l'azione da parte di un sindacato che rappresenti promiscuamente agenti autonomi e agenti parasubordinati, ma lascia tuttavia intendere che l'esito potrebbe essere diverso se il sindacato rappresentasse solo gli agenti parasubordinati. Si segnala altresì Cass. 1° aprile 2005, n. 6820, *DJ* che ha escluso che il committente possa rispondere della condotta antisindacale posta in essere dall'appaltatore.

⁽⁶⁾ Si vedano le analisi di O. Razzolini, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, Franco Angeli, 2018, in part. 83 ss.; A. Lassandari, *L'azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, *LD*, 2014, 3-4, 314 ss. e i contributi contenuti in *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, a cura di O. Razzolini - S. Varva - M. Vitaletti, *GC.com*, 2020. Per l'uso strategico delle azioni in giudizio negli anni '70, v. i due volumi di T. Treu, *Sindacato e magistratura nei conflitti di lavoro. I. L'uso politico dello Statuto dei lavoratori; II. Lo Statuto de lavoratori. Prassi sindacali e motivazioni dei giudici*, Zanichelli, 1975- 1976.

o di beni) organizzate dalle piattaforme digitali, non ritenendo ostativa la natura non subordinata dei rapporti di lavoro coinvolti. Alcuni organismi locali delle federazioni nazionali di categoria operanti nel settore terziario e commercio (Filcams Commercio, alberghi, mense e servizi; UilTucs Terziario, turismo, commercio, servizi), trasporto (Filt) e a tutela del lavoro atipico anche non subordinato (Nidil, UilTemp), hanno agito in giudizio con il procedimento *ex art. 28 St. lav.* per la repressione di alcune situazioni ritenute lesive del libero esercizio dell'autotutela collettiva (Trib. Firenze, 9 febbraio 2021; Trib. Milano, 28 marzo 2021; Trib. Bologna, 14 aprile 2021)⁽⁷⁾.

2. I provvedimenti a confronto

Le vicende esaminate nelle pronunce di Firenze, Milano e Bologna consentono di gettare uno sguardo su diversi aspetti delle relazioni sindacali nel settore del lavoro organizzato dalle piattaforme digitali – i problemi di rappresentatività degli organismi sindacali, le difficoltà nella conclusione di accordi collettivi, l'azione sussidiaria svolta dai contratti di settori affini, il rapporto tra azione normativa di origine legislativa e di matrice negoziale –, ma si estendono anche a problematiche tradizionali delle relazioni industriali, come la reazione dell'ordinamento a fronte del sostegno al sindacato da parte degli imprenditori o delle loro associazioni.

Il Tribunale fiorentino deve verificare la liceità della condotta di una nota società di consegna di cibo a domicilio che aveva imposto ai propri *riders* l'accettazione delle condizioni previste dal "Ccnl riders" firmato il 15 settembre 2020 da Assodelivery e Ugl, pena la cessazione dei rapporti di collaborazione autonoma. Secondo gli organismi operanti nella provincia di Firenze di Nidil, Filt e Filcams Cgil, la società avrebbe violato gli obblighi di consultazione e informazione in merito alle decisioni organizzative capaci di coinvolgere la generalità dei lavoratori, al contempo compromettendo il ruolo e l'immagine delle organizzazioni sindacali. Da quanto riportato nel provvedimento, la contestazione del sindacato si articola attorno al possibile contrasto con l'art. 17 St. lav. dei rapporti tra Assodelivery e Ugl e al conseguente *vulnus* di rappresentatività che colpirebbe l'accordo collettivo da questi concluso.

(7) Il testo dei decreti è inserito alla fine del commento. Si segnalano altresì i provvedimenti originati dai ricorsi degli organismi locali delle medesime Federazioni aventi ad oggetto l'accertamento della discriminazione sindacale "per convinzioni personali": Trib. Bologna, 31 dicembre 2020 e Trib. Palermo, 12 aprile 2021. Alla discriminazione sindacale su base algoritmica accertata dal Trib. Bologna è dedicata la sezione Idee di questo fascicolo.

Il Tribunale di Milano e il Tribunale di Bologna sono invece chiamati a pronunciarsi sulla medesima vicenda⁽⁸⁾. Il Presidente del Consiglio di Amministrazione di una società che si occupa di spesa per conto terzi aveva cercato di indurre i lavoratori, con un accorato videomessaggio, ad aderire al sindacato Unione Shopper Italia. Tale sindacato si era mostrato disponibile a firmare il contratto collettivo, frutto di una lunga e articolata trattativa svolta inizialmente con le organizzazioni sindacali di categoria riconducibili a Cgil, Cisl e Uil e poi proseguita solo con Fisascat – Cisl, dopo che quest'ultima aveva deciso di non firmare. La sollecitazione ad aderire al sindacato, per esplicita ammissione del Presidente, era motivata dal fatto che soltanto con l'applicazione di quel contratto collettivo la società sarebbe potuta rimanere competitiva sul mercato. In questo caso, secondo le organizzazioni sindacali ricorrenti davanti ai due Tribunali (organismi locali delle associazioni di categoria di Cgil e Uil e non di Cisl), la sponsorizzazione di un sindacato da parte dell'imprenditore sarebbe in diretto contrasto con l'art. 17 St. lav., e la richiesta effettuata ai lavoratori avrebbe potuto rendere noto alla società il loro orientamento sindacale in violazione dell'art. 8 St. lav.

Atteso che i *riders* e gli *shoppers* non sono inquadrati come lavoratori dipendenti ma qualificati come collaboratori coordinati e continuativi o lavoratori autonomi occasionali, i giudici hanno dovuto dapprima sottoporre a verifica la possibilità di ricorrere allo strumento processuale dell'art. 28 St. lav. quando «l'asserita antisindacalità si ponga all'interno di un rapporto non riconducibile nell'alveo della subordinazione» (così, Trib. di Milano). I Tribunali di Milano e di Bologna sono giunti a occuparsi, con esiti opposti⁽⁹⁾, della contestata lesione della libertà e attività sindacale, mentre il Tribunale di Firenze ha respinto il ricorso in accoglimento della questione pregiudiziale sollevata dalla società resistente in merito alla non utilizzabilità del procedimento *ex art. 28, St. lav.* a tutela dei diritti di libertà sindacale dei lavoratori autonomi.

Il Trib. di Firenze aderisce alla teoria che rinviene nell'art. 28 una norma di natura processuale⁽¹⁰⁾, capace di attribuire la legittimazione attiva a soggetti

⁽⁸⁾ Tanto che il Trib. Bologna deve pronunciarsi sull'eccezione di litispendenza sollevata dalla società resistente: nel decreto è evidenziata la permanenza dell'interesse delle associazioni ricorrenti alla decisione «trattandosi di organizzazioni sindacali territorialmente diverse, ed essendo connaturale al tipo di ricorso, per l'efficacia dei provvedimenti limitati alla condotta realizzata nel territorio di competenza, che si possano avere valutazioni diverse e, quindi, un contrasto giurisprudenziale».

⁽⁹⁾ Il Trib. di Milano accerta e dichiara la natura antisindacale della condotta denunciata e specificatamente del messaggio diffuso dal Presidente del Consiglio di Amministrazione, mentre il Trib. di Bologna respinge il ricorso.

⁽¹⁰⁾ Sul punto, in senso critico, v. *infra*, § 3 e le note 19 e 20.

che altrimenti ne sarebbero privi, e di riconoscere quella passiva esclusivamente nei confronti del datore di lavoro. Le organizzazioni sindacali non avrebbero pertanto potuto attivare il procedimento di repressione della condotta antisindacale nei confronti di vicende che si svolgono entro il perimetro di rapporti di lavoro di natura autonoma⁽¹¹⁾. Il giudice ritiene decisiva, come già fecero le prime pronunce di merito sulla qualificazione dei rapporti di lavoro dei *riders*⁽¹²⁾, la mancanza di un obbligo in capo al prestatore di mettere a disposizione in maniera continuativa le proprie energie lavorative.

Anche il Trib. Milano, pur riconoscendo «profili di ingerenza da parte della società e, dall'altra parte, forti limiti nella libertà organizzativa degli *shopper*», concorda in merito all'impossibilità di ricorrere al procedimento *ex art. 28* quando i prestatori interessati dalla condotta antisindacale non siano lavoratori subordinati.

Tutti i provvedimenti affrontano in seconda battuta la possibilità di utilizzare il grimaldello dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 per aprire le porte della tutela in giudizio dell'azione sindacale. Secondo il Trib. fiorentino, tale norma prevede un'estensione alle collaborazioni etero-organizzate della sola disciplina sostanziale, come si ricaverebbe dal fatto che il co. 2, lett. a) consente agli accordi collettivi di introdurre «discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo». Trattandosi di un *corpus* alternativo rispetto alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato considerata nel co. 1, quest'ultima dovrebbe comprendere parallelamente le sole previsioni relative al trattamento economico e normativo. L'argomento ha il pregio di individuare una coerenza interna tra l'estensione della disciplina dell'art. 2, co. 1 e l'alternativa derogatoria dell'art. 2, co. 2, lett. a), ma si fonda su una selezione delle tutele applicabili al collaboratore etero-organizzato che non risulta giustificabile a fronte della formula ampia e generica del co. 1⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Viene invece rigettata l'eccezione preliminare relativa alla incompetenza territoriale, sulla base del fatto che è territorialmente competente il giudice del luogo in cui è stato commesso il comportamento denunciato (e non il luogo in cui è stato deliberato): la (pretesa) condotta antisindacale si è verificata in ogni luogo in cui i *riders* hanno ricevuto le comunicazioni relative al recesso dai contratti di collaborazione.

⁽¹²⁾ Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778; Trib. Milano 10 settembre 2018, n. 1853; App. Torino, 11 gennaio 2019, n. 26 hanno ravvisato nell'assenza di obbligatorietà delle prestazioni un elemento incompatibile con la subordinazione; di diverso avviso il Trib. Palermo 24 novembre 2020, cfr. M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, *LLI*, 2020, 2, R. 63 ss.

⁽¹³⁾ Per l'applicabilità dell'intera disciplina, O. Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, *DRI*, 2020, 2, 367 anche per ulteriori riferimenti.

Secondo il Tribunale di Milano e il Tribunale di Bologna, che sul punto rinvia integralmente al primo, la disciplina indicata nell'art. 2, co. 1 comprende invece «ogni profilo sia di carattere sostanziale che processuale». Non può quindi essere sottratta alle organizzazioni sindacali ricorrenti la tutela sommaria offerta dall'art. 28 St. lav., a maggior ragione in virtù delle specifiche caratteristiche di immediatezza di tale procedimento.

3. L'accertamento della natura dei rapporti di lavoro e la legittimazione attiva e passiva

L'esperibilità del procedimento per la repressione della condotta antisindacale viene analizzata sia dalla prospettiva della legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali, che da quella della legittimazione passiva del datore, ma in entrambi i casi il punto su cui si concentra l'analisi è la qualificazione dei rapporti di lavoro. Il presupposto di tale convergenza si rinviene nel fatto che, secondo i giudici, lo strumento processuale speciale dell'art. 28 St. lav. è destinato alle condotte antisindacali che si manifestano nell'ambito dell'area del lavoro subordinato.

Assume pertanto un'importanza centrale verificare se il giudice possa accertare preliminarmente la natura dei rapporti di lavoro. Il Tribunale di Milano, pur escludendo la subordinazione degli *shoppers*, «peraltro non chiesta dai ricorrenti», ha ritenuto che gli elementi addotti fossero sufficienti a provare la natura etero-organizzata delle collaborazioni⁽¹⁴⁾ e per questa strada ha ritenuto che l'associazione ricorrente fosse legittimata ad agire. Al contrario, secondo il Trib. Firenze, la natura autonoma delle prestazioni dei *riders* ricavabile dalle allegazioni prodotte in giudizio priverebbe le organizzazioni sindacali della legittimazione attiva.

Al di là del diverso esito, quel che importa sottolineare è che i giudici, in entrambi i casi, hanno verificato la natura dei rapporti di lavoro che le organizzazioni sindacali assumevano essere colpiti dalla condotta antisindacale soltanto sulla base delle allegazioni delle parti, ritenendo l'acquisizione di prove costituente incompatibile con la sommarietà delle informazioni che trovano ingresso nel procedimento *ex art.* 28 St. lav.

Tale ravvisata incompatibilità può tuttavia essere messa in discussione. Deve a tal proposito rammentarsi che l'art. 1, l. n. 847/1977 ha superato i dubbi sorti dopo l'emanazione dello Statuto in merito all'applicabilità del rito del

⁽¹⁴⁾ Il Tribunale di Bologna rinvia anche per questo aspetto alla pronuncia meneghina.

lavoro al procedimento *ex art.* 28 prevedendo che si osservino le disposizioni introdotte dalla l. n. 533/1973 che siano «applicabili», ferme restando le previsioni del procedimento speciale. L'acquisizione delle prove costituenti necessarie per l'accertamento della condotta datoriale, su istanza delle parti ma anche d'ufficio ai sensi dell'art. 421 cpc, è pertanto possibile ove non sia in contrasto con la natura sommaria del procedimento, necessaria per garantire una tutela tempestiva degli interessi invocati in giudizio⁽¹⁵⁾. Si può dunque ritenere che, al fine di garantire la celerità della decisione e sempre nel rispetto del contraddittorio, il giudice disponga di ampia discrezionalità nella scelta delle prove da assumere ⁽¹⁶⁾.

Il Trib. Milano ha invece ritenuto di non ampliare l'istruttoria e, sulla base delle sole allegazioni prodotte dalle parti, ha ricondotto nel solco dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 i rapporti di lavoro interessati dal comportamento antisindacale contestato. Il decreto è stato accolto con favore da chi ritiene che, nel mutato scenario economico-produttivo, in mancanza di un'interpretazione «estensiva e adeguatrice» in lettura combinata con l'art. 2, d. lgs. n. 81/2015, l'art. 28 St. lav. presenti profili di incostituzionalità nella parte in cui non contempla come soggetto attivo anche il committente che organizza il lavoro dei propri collaboratori⁽¹⁷⁾. In effetti, la limitazione all'area del lavoro subordinato dello specifico strumento di tutela per la libertà sindacale può risultare irragionevole, se letta alla luce della scelta legislativa di estendere l'area di applicazione dello statuto giuridico destinato alla subordinazione anche a una porzione delle collaborazioni autonome personali e continuative.

Il principale limite dell'operazione effettuata dal Tribunale di Milano consiste nella diversità tra il titolare della legittimazione attiva ad agire *ex art.* 28 (l'organizzazione sindacale selezionata sulla base della capacità di esprimere

⁽¹⁵⁾ «Se un'istruttoria ordinaria è senz'altro incompatibile con il carattere sommario del procedimento, ciò non implica che la natura antisindacale della condotta debba apparire evidente ed incontestabile “*prima facie*”: le indagini potranno anche assumere, ove le circostanze lo richiedano, una notevole complessità, dirette come sono [...] sovente a ricostruire il “clima” del luogo di lavoro», R. Vaccarella, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Franco Angeli, 1977, 164 s. e adesivamente E. Silvestri - M. Taruffo, *Condotta antisindacale, II. Procedimento di repressione della condotta antisindacale, Enc. giur.*, VIII, 1988, 7.

⁽¹⁶⁾ V. Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, RDP, 1975, 577ss. Si potrebbe altresì valutare la compatibilità con il procedimento *ex art.* 28 St. lav. di un accertamento *incidenter tantum* in via pregiudiziale (*ex art.* 34 cpc) della natura dei rapporti di lavoro, purchè privo di efficacia di giudicato.

⁽¹⁷⁾ Così F. Martelloni, *Un giudice disarmato “i cavalieri della pandemia”*: niente condotta antisindacale per le piattaforme di food-delivery, in nota a Trib. Firenze, 9 febbraio 2021, RIDL, 2021, II, in part. 141, ravvisa una situazione di incostituzionalità sopravvenuta, simile a quella riscontrata dalla C. cost. 3 luglio 2013, n. 231 in riferimento all'art. 19 St. lav.

interessi collettivi) e il soggetto a cui l'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 assegna tutele (il singolo prestatore di lavoro). L'autorevole avallo della Corte di Cassazione alla teoria che considera l'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 come una norma cd. "di disciplina", volta ad assicurare la protezione garantita nell'area della subordinazione a lavoratori autonomi ritenuti meritevoli di tutela omogenea⁽¹⁸⁾, non pare in questo caso risolutivo.

Per sostenere che nell'ambito della disciplina menzionata dall'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 rientri anche il procedimento per la repressione della condotta antisindacale, si deve anzitutto ammettere che l'art. 28 St. lav. sia capace di creare, rafforzare o specificare le posizioni giuridiche collegate ai tre beni protetti⁽¹⁹⁾, tanto da fornire indicazioni prescrittive per le condotte del datore di lavoro, le quali saranno suscettibili di essere estese anche ai committenti che organizzino le prestazioni dei collaboratori non subordinati. Solo se si assume che l'art. 28 sia capace di orientare le condotte consentite e vietate all'interno del conflitto industriale⁽²⁰⁾, i diritti specularmente derivanti, patrimonio autonomo delle organizzazioni sindacali o riflesso dei diritti individuali dei prestatori, potranno costituire una componente della disciplina del rapporto di lavoro che l'art. 2 attribuisce ai collaboratori etero-organizzati⁽²¹⁾. Va tuttavia segnalato il rischio che la portata del ragionamento sia ridotta alle sole ipotesi in cui si riscontri un'effettiva pluri-offensività del comportamento antisindacale, ossia alle

⁽¹⁸⁾ Cass. 24 gennaio 2010, n. 1633, *RIDL*, 2020, II, 76 ss., nt M.T. Carinci; *DRI*, 2020, 1, 145, nt. Santoro Passarelli; *DRI*, 2020, 2, 499, nt. Proia.

⁽¹⁹⁾ Assegnando così alla norma una funzione anche sostanziale, si veda M.G. Garofalo, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, *op. cit.*, 51 ss.; 74 ss. Ma anche T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, 1974, 16 ss. e 41 ss., Santoro Passarelli F., *Diritto soggettivo e interesse legittimo dei sindacati al rispetto della libertà sindacale nei luoghi di lavoro*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, 1973, 678 ss.; C. Cecchella, *Coordinamento fra azione individuale e azione sindacale ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, *RIDL*, 1984, I, 440 ss.

⁽²⁰⁾ Tra i commenti ai cinquant'anni dello Statuto, con diverse sfumature, G. A. Recchia, *La "bella giovinezza" dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, *op. cit.*, 102 ss.; C. Carta, *Di 28 ce n'è uno? Azione e contrattazione collettiva fra Statuto e Cdfue*, *LD*, 2020, 4, in part. 721 ss. Cfr. anche O. Razzolini, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, *op. cit.*, 125 ss. in merito al sindacato interprete e portatore costituzionalmente qualificato dell'interesse collettivo.

⁽²¹⁾ In alternativa, si dovrebbe prediligere un diverso tipo di interpretazione, incline a ritenere che l'art. 2 abbia collegato una presunzione assoluta ad elementi ritenuti funzionalmente equivalenti a quelli costitutivi della subordinazione. La valorizzazione di alcuni fattori (di tipo prettamente organizzativo) evita che il giudice effettui una valutazione globale inadeguata, o, al contrario, troppo rigida e inconsapevole della «concretezza organizzativa» dell'impresa, L. Nogler, *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'"autorità dal punto di vista giuridico"*, *ADL*, 2016, 1, 60 ss.

situazioni in cui sia individuabile, accanto all'interesse collettivo, anche un interesse individuale.

Appare pertanto utile prendere in considerazione una diversa strada che possa condurre, con maggiore affidamento, a estendere l'art. 28 St. lav. anche oltre i confini dei rapporti di lavoro subordinati.

4. Una diversa soluzione al problema

La legittimazione attiva dei ricorrenti non è stata oggetto di specifica verifica. È interessante in particolare notare che il Tribunale di Milano, respinta l'eccezione relativa alla carenza di legittimazione passiva e all'impossibilità di utilizzare la norma statutaria in riferimento a vicende che non interessino i lavoratori subordinati, non abbia dubitato dell'esistenza in capo ai sindacati dell'interesse ad agire in giudizio a tutela delle prerogative sindacali degli *shoppers*. Viene infatti riconosciuta ai ricorrenti la legittimazione a lamentare non tanto il fatto di non essere firmatari dell'accordo collettivo, ma «l'ingerenza del [Presidente della società], che è intervenuto nei rapporti tra shopper ed associazioni sindacali, cercando di indirizzare le scelte [...] dei lavoratori verso un determinato sindacato e così ledendo il principio del pluralismo sindacale».

Alla base di quest'ultima affermazione vi è una corretta individuazione della *ratio* ascrivibile alla procedura di repressione della condotta antisindacale. L'azione è assegnata al sindacato per reprimere un comportamento che compromette direttamente o indirettamente i beni giuridici (libertà sindacale, attività sindacale e diritto di sciopero) alla cui protezione il sindacato stesso ha specifico interesse, indipendentemente dal fatto che l'eventuale provvedimento giudiziale proietti i propri effetti sul sindacato ricorrente o su altri⁽²²⁾. Il nodo centrale che consente di addivenire a tale affermazione si rinviene nella natura degli interessi protetti dall'art. 28 e nella loro titolarità: esclusa l'idea secondo cui lo strumento processuale sia assegnato al sindacato in virtù di una mera rappresentanza istituzionale o di una sostituzione processuale, la titolarità dell'azione deriva dalla natura indivisibile dell'interesse collettivo originata dalla posizione che il sindacato, selezionato dal legislatore secondo criteri di affidabilità, ricopre nel processo produttivo⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Su quest'ultimo aspetto, C. cost. 24 marzo 1988, n. 334; Cass. 22 aprile 1992, n. 4839, *RGL*, 1992, II, 621; Cass. 17 ottobre 1998, n. 10324, *DJ*; Trib. Milano 4 luglio 2007, *D&L*, 2007, 3, 691; *incidenter tantum* anche Cass. 15 novembre 2017, n. 27115, *DJ*.

⁽²³⁾ M.G. Garofalo, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, *op. cit.*, 190 ss. «Il sindacato è chiamato a operare come una sorta di pubblico ministero a tutela della normalità sindacale nell'accezione di più vasta possibile» secondo G. Pera, sub art. 28, in

I ciclofattorini e gli addetti alla spesa sono inseriti nell'attività economica della piattaforma digitale e contribuiscono alla realizzazione del servizio. Condividono pertanto la medesima posizione all'interno del processo produttivo, e di conseguenza sviluppano bisogni e interessi comuni, di cui uno o più sindacati potranno farsi portatori. Se si condividono queste premesse, l'affidamento al sindacato dello strumento processuale di garanzia degli interessi collettivi dei lavoratori non potrà dipendere dalla forma contrattuale con cui è avvenuto l'inserimento dei prestatori in una specifica organizzazione. Questo è vero sia laddove l'azione sindacale abbia già dato vita ad attività di proselitismo, di lotta o di contrattazione, sia laddove le relazioni collettive siano in fase germinale e dunque siano caratterizzate da dinamiche più fluide⁽²⁴⁾. Nei contesti in cui il fenomeno sindacale è in fase di costruzione o qualora siano presenti organismi non formalizzati, semmai, si manifesta in maniera più acuta il problema della corrispondenza tra il concreto esplicitarsi della tutela collettiva e la capacità rappresentativa dei sindacati selezionati dalla previsione statutaria.

Escludere che il sindacato abbia interesse ad agire a fronte di comportamenti che pregiudicano la regolarità dell'azione di tutela collettiva si pone in forte contraddizione con la *ratio* dell'art. 28 St. Lav. di difesa dei diritti di rango costituzionale coinvolti nelle relazioni industriali, nonché con lo spirito promozionale dell'intervento dello Statuto dei lavoratori.

Non si può altresì ignorare la specifica funzione normativa assegnata ai contratti collettivi firmati dai sindacati comparativamente più rappresentativi e applicabili ai collaboratori etero-organizzati o ai *riders* autonomi (art. 2, co. 2, lett. a) e art. 47 *quater*, co. 1, d.lgs. n. 81/2015). Se non si ammettesse il ricorso alla procedura *ex art. 28* da parte dei sindacati, la regolarità della negoziazione collettiva rimarrebbe, in queste ipotesi, priva di tutela. Tale carenza risulterebbe di particolare gravità in considerazione della funzione di regolamentazione dei rapporti di lavoro affidata a tali accordi, con sospetta violazione del principio di uguaglianza rispetto ad analoghe situazioni incidenti nell'area della subordinazione.

Va infine rilevato che, qualora l'interesse del sindacato a vedere riconosciuti i diritti di libertà sindacale attraverso il procedimento *ex art. 28 St.*

Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori, Cedam, 1972, qui 323.; ma v. anche A. Freni – G. Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1971, 115.

⁽²⁴⁾ A nulla valendo il fatto che «non vi [sia] ancora alcun naturale conflitto sindacale, non vi [siano] e quindi non [possano] sovvertirsi, equilibri tra organizzazioni sindacali», come affermato da Trib. Bologna. Al contrario, un'eventuale ingerenza datoriale in fase di emersione della tutela collettiva è ancor più grave perché capace di pregiudicare *ab origine* l'esercizio della libertà sindacale.

lav. si fermasse alla soglia della subordinazione, la tutela giurisdizionale rimarrebbe pur sempre esperibile con le forme del giudizio ordinario *ex art. 413 cpc*⁽²⁵⁾. Tuttavia, la natura sommaria e urgente del procedimento *ex art. 28 St. lav.*, l'ampiezza dei contenuti che la decisione può assumere e l'immediata esecutorietà del provvedimento, assicurata anche dalla sanzione penale in caso di inottemperanza dell'ordine giudiziale, costituiscono uno strumentario unico, non riproducibile nel rito ordinario del lavoro. È sufficiente a tal proposito considerare al contenuto del decreto del Trib. di Milano, "tagliato su misura" rispetto alle caratteristiche della condotta antisindacale accertata: all'imprenditore viene ordinato di pubblicare il provvedimento sul sito *web* della società e di realizzare e diffondere un nuovo video-messaggio con lettura del dispositivo del provvedimento.

⁽²⁵⁾ Secondo un orientamento giurisprudenziale (v. Trib. Torino 14 settembre 2011, n. 2538, *DRI*, 2012, 1, 149 ss. nt. Tursi) generalmente condiviso dalla dottrina, v. per riferimenti A. Proto Pisani, *Nuovi studi di diritto processuale del lavoro*, Franco Angeli, 1992, 319 s. Altri procedimenti possono essere utilizzati dalle associazioni sindacali per difendere interessi di cui sono titolari *iure proprio*: in merito all'azione di classe v. E. Raimondi, *Interesse collettivo, diritti individuali omogenei e la nuova azione di classe*, in *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, *op. cit.*, 57 ss.

Bibliografia

- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, *LLI*, 2020, 2, R. 63 - R. 92.
- Barbieri M., *Conflitti di interessi e interessi in conflitto nel diritto del lavoro*, in R. Sacchi (a cura di), *Conflitto di interesse e interessi in conflitto in una prospettiva interdisciplinare*, Giuffrè, 2020, 513 - 536.
- Carta C., *Di 28 ce n'è uno? Azione e contrattazione collettiva fra Statuto e Cdfue*, in *LD*, 2020, 4, 719-741.
- Cecchella C., *Coordinamento fra azione individuale e azione sindacale ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, *RIDL*, 1984, I, 408-464.
- Cini L.- Goldman B., *Dal controllo alla mobilitazione. Le lotte dei ciclotattorini e dei facchini della logistica in Italia*, in *LLI*, 2020, 1, 1-34.
- Colesanti V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, *RDP*, 1975, 577-619.
- Di Noia F., *Sul campo di applicazione dello Statuto: nello specchio di Dorian Gray*, in *LD*, 2020, 4, 697 - 718.
- Falsone M., *Tecnica rimediale e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2017, 3-4, 565 - 587.
- Freni A. - Giugni G., *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1971.
- Garofalo M.G., *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, 1979.
- Lassandari A., *L'azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *LD*, 2014, 3-4, 309-330.
- Marrone M., *Rights against the machine! Il lavoro digitale e le lotte dei riders*, Mimesis, 2021.
- Marrone M., *Rights against the machine! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale: il caso Riders Union Bologna*, in *LLI*, 2019, 1, I.1-I.28.
- Martelloni F., *Un giudice disarmato "i cavalieri della pandemia": niente condotta antisindacale per le piattaforme di food-delivery*, in nota a Trib. Firenze, 9 febbraio 2021, *RIDL*, 2021, II, 136 ss.
- Nogler L., *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'"autorità dal punto di vista giuridico"*, in *ADL*, 2016, 1, 47-73.
- Pacella G., *Le piattaforme di food delivery in Italia: un'indagine sulla nascita delle relazioni industriali nel settore*, in *LLI*, 2019, 2, 179-195.
- Pera G., sub art. 28, in *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, 1972, 297-370.
- Proto Pisani A., *Nuovi studi di diritto processuale del lavoro*, Franco Angeli, 1992.
- Raimondi E., *Interesse collettivo, diritti individuali omogenei e la nuova azione di classe*, in O. Razzolini - S. Varva - M. Vitaletti (a cura di), *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, *GC.com*, 57 -96.
- Razzolini O., *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *DRI*, 2020, 2, 345-380.
- Razzolini O., *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, Franco Angeli, 2018.
- Razzolini O. - Varva S. - Vitaletti M. (a cura di), *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, 97-122.

- Romagnoli U., sub art. 28, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1972, 409 - 451.
- Santoro Passarelli F., *Diritto soggettivo e interesse legittimo dei sindacati al rispetto della libertà sindacale nei luoghi di lavoro*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, 1973, 678 ss.
- Scognamiglio R., *Condotta antisindacale, I. Disciplina sostanziale*, *Enc. giur.*, VIII, 1988.
- Silvestri E. - Taruffo M., *Condotta antisindacale, II. Procedimento di repressione della condotta antisindacale*, *Enc. Giur.* VIII, 1988.
- Treu T., *Sindacato e magistratura nei conflitti di lavoro. I. L'uso politico dello Statuto dei lavoratori; II. Lo Statuto de lavoratori. Prassi sindacali e motivazioni dei giudici*, Zanichelli, 1975- 1976.
- Treu T. *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, 1974.
- Vaccarella R., *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Franco Angeli, 1977.
- Villani G., *La condotta antisindacale, Aspetti processuali*, in C. Zoli (a cura di), *Le Fonti, Il diritto sindacale*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, 2007, 533 - 565.

Tribunale di Firenze, decr., 9 febbraio 2021

CONSANI *Giud.* - Nidil Cgil Firenze, Filt Cgil Firenze, Filcams Cgil Firenze c. Deliveroo Italy s.r.l.

Il riferimento espresso al datore di lavoro quale soggetto attivo della condotta antisindacale restringe il perimetro di azione del procedimento ex art. 28 St. lav. ai soli conflitti che si sviluppano all'interno dei rapporti di natura subordinata, non rientrando, invece, nel campo di applicazione della norma i conflitti che coinvolgono i diritti di libertà, attività sindacale o sciopero dei lavoratori autonomi o parasubordinati.

L'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015 estende ai collaboratori etero-organizzati la disciplina prevista per i rapporti individuali di lavoro subordinato limitatamente al trattamento economico e normativo.

Omissis. – Il Giudice del Lavoro – *Omissis.* – osserva quanto segue.

I predetti organismi locali delle associazioni sindacali nazionali summenzionate hanno introdotto il presente giudizio lamentando, in sintesi, che:

in data 15 settembre 2020 Assodelivery, associazione delle imprese di *food delivery*, ha sottoscritto con l'organizzazione sindacale Ugl Rider un contratto collettivo nazionale di lavoro, mentre era pendente una trattativa promossa dal Ministero del lavoro con le organizzazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative;

la società convenuta, con una comunicazione inoltrata a tutti i *riders* il 2 ottobre 2020, ha loro imposto l'accettazione della predetta contrattazione collettiva, "sottoscritta da un soggetto non qualificato, come condizione per continuare a lavorare tramite un licenziamento di massa" (pag. 3 ricorso);

l'organismo sindacale Ugl Rider, che unitamente ad Assodelivery ha sottoscritto il cd. "CCNL Rider", beneficia da parte della società resistente di un illegittimo sostegno anche di carattere finanziario;

la risoluzione del rapporto di lavoro comunicata agli oltre 8.000 *riders* della società, all'improvviso e senza alcun coinvolgimento dei soggetti rappresentativi, costituisce un comportamento lesivo del diritto alla consultazione informata;

la società convenuta ha violato gli obblighi di consultazione e informazione in merito alla soppressione del sistema di prenotazione basato sulle statistiche precedente al 2 novembre 2020;

si è prodotta la violazione delle norme interposte e delle Carte Fondamentali che assicurano il diritto delle organizzazioni sindacali a essere consultate e informate nella gestione di provvedimenti a rilevanza collettiva e nei casi di pianificazione di esuberi, da ritenersi sussistente anche con riguardo al rapporto di lavoro etero-organizzato ex art. 2, d. lgs. n. 81/2015;

le condotte poste in essere dalla società convenuta hanno leso il ruolo e l'immagine delle organizzazioni sindacali ricorrenti nei confronti dei propri iscritti.

Le OO.SS. ricorrenti hanno, quindi, chiesto al Tribunale adito l'adozione di provvedimenti atti a rimuovere gli effetti della condotta antisindacale quali: l'inefficacia delle risoluzioni contrattuali e la disapplicazione del contratto Ugl Rider; l'attivazione di efficaci ed effettive procedure informative e di consultazione; la pubblicazione del decreto in sette quotidiani nazionali in ragione della gravità della lesione; la comunicazione del provvedimento a tutti i *riders* con le stesse modalità con le quali sono stati intimati i licenziamenti in aggiunta alla sua pubblicazione nella pagina web aziendale <https://it.roocommunity.com/> dedicata alle "novità, informazioni e vantaggi" per i *riders* della rete della convenuta con uno spazio pari a

quello dedicato al *banner* “CCNL Rider: aggiornamento”.

La società resistente si è costituita in giudizio eccependo l'inammissibilità del ricorso per l'inapplicabilità dell'art 28 l. n. 300/1970 alla fattispecie in esame e, comunque, il difetto di legittimazione passiva della comparente; in via preliminare gradata, la carenza di legittimazione passiva di Deliveroo Italy S.r.l. con riferimento alle domande relative al c.d. “C.C.N.L. Rider” o, comunque, connesse, nonché la carenza di legittimazione attiva delle OO.SS. ricorrenti, quantomeno nei confronti di Filt e Filcams; in via preliminare ulteriormente gradata, l'incompetenza territoriale del Tribunale adito in favore del Tribunale di Milano; l'insussistenza nel merito delle condotte antisindacali imputate a Deliveroo Italy S.r.l. dalle ricorrenti.

Il giudicante, esaminati gli atti e i documenti di causa, ritiene, sia pure nei limiti della sommarietà della cognizione propria della presente fase, che sussista la competenza territoriale del Tribunale di Firenze, in funzione di giudice del lavoro, a conoscere della presente controversia; ma che, al contrario, non sussista in capo alle OO.SS. ricorrenti con riguardo alla fattispecie di causa la legittimazione ad attivare il procedimento per la repressione della condotta antisindacale previsto dall'art. 28 della l. n. 300/1970.

Quanto all'eccezione preliminare di incompetenza per territorio sollevata dalla società convenuta, la cui trattazione a parere del giudicante deve precedere, sul piano logico-giuridico, quella di qualunque altra questione agitata dalle parti, deve, in primo luogo, rammentarsi che, per consolidato orientamento del giudice di legittimità, ai fini dell'individuazione del giudice territorialmente competente all'emissione del decreto di repressione della condotta antisindacale *ex* art. 28 della legge n. 300 del 1970, rileva il luogo di commissione del comportamento denunciato, e non quello in cui esso è deliberato, anche quando il medesimo comportamento (deciso con un'unica deliberazione) sia posto in essere in luoghi ricadenti in diverse circoscrizioni giudiziarie - dovendo, in tal caso, escludersi la possibilità di un conflitto di giudicati, in quanto i provvedimenti, eventualmente diversi, dei vari giudici avrebbero una efficacia limitata alla condotta realizzata nella circoscrizione di ciascuno di essi (v., in tal senso, fra le tante, Cass. civ., sez. lav., n. 4220/1994; n. 8673/1993).

Ciò posto in diritto, deve considerarsi in fatto che, secondo la prospettazione dei fatti contenuta nella domanda giudiziale, la condotta antisindacale della resistente sarebbe essenzialmente consistita, da un lato, nel recesso (con preavviso) dalla stessa esercitato dai contratti in essere con tutti i *riders* con effetto dal 2.11.2020 (doc. 95 fasc. ric.); dall'altro, nel subordinare la possibilità per detti *riders* di continuare a consegnare con Deliveroo a decorrere dal 3.11.2020 alla sottoscrizione da parte loro del nuovo contratto di collaborazione (doc. 1 fasc. conv.) richiamante in più punti le disposizioni del c.d. C.C.N.L. rider, *medio tempore* sottoscritto da Assodelivery e Ugl Rider; il tutto omettendo di informare e consultare le OO.SS. ricorrenti (La stessa società resistente asserisce in comparsa che “La “condotta” che pare contestata in ricorso, oltre ad essere riferibile ad altri soggetti, si sostanzierebbe nel “avere imposto l'accettazione di una contrattazione collettiva” (ricorso, pag. 3) tramite una comunicazione o comunque di avere avuto una “totale carenza di flussi informativi” verso le OO.SS.”).

Di conseguenza, applicato il suddetto principio di diritto alla fattispecie concreta, ne discende che, essendo, tanto, il recesso dal rapporto, quanto, la proposta contrattuale atti negoziali unilaterali recettizi, il comportamento di cui è denunciata l'antisindacalità è da ritenersi posto in essere in ogni luogo nel quale i *riders*, aventi contratti di collaborazione in essere con Deliveroo, hanno ricevuto in modalità telematica le predette comunicazioni, e, quindi, anche in Firenze, considerato che il problema della competenza deve essere risolto alla stregua della prospettazione dell'attore, e che l'unico limite alla rilevanza dei fatti prospettati dall'attore ai fini della determinazione della competenza è l'eventuale prospettazione artificiosa, finalizzata a sottrarre la controversia al giudice precostituito per legge – *Omissis*.

Passando, quindi, a trattare della successiva eccezione preliminare sollevata dalla società convenuta, pare opportuno premettere, da un lato, come, alla stregua della migliore

elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale, l'art. 28 l. n. 300/70 abbia natura sostanziale soltanto nella parte in cui definisce la condotta antisindacale, mentre per il resto configuri una disposizione di carattere esclusivamente processuale che agisce sul piano della legittimazione processuale estendendo la legittimazione attiva anche a soggetti che ne sarebbero stati privi; dall'altro, come il riferimento espresso al soggetto attivo della condotta antisindacale che il legislatore identifica specificamente nel datore di lavoro, restringa il perimetro di azione del procedimento per la repressione della condotta antisindacale ai soli conflitti che si sviluppano all'interno dei rapporti di natura subordinata e che vedono come controparte, appunto, il datore di lavoro, non rientrando, invece, nel campo di applicazione della norma statutaria *de qua* i conflitti che coinvolgono eventuali diritti di libertà, attività sindacale o astensione dal lavoro di lavoratori autonomi (Corte Cost. n. 75/241) o parasubordinati.

In altri termini, secondo la costante giurisprudenza la legittimazione ad attivare il procedimento per la repressione della condotta antisindacale previsto dall'art. 28, l. n. 300/1970, quale garanzia tipica del rapporto di lavoro subordinato, non può essere estesa alle organizzazioni sindacali di soggetti, quali i liberi professionisti o lavoratori parasubordinati, che non hanno un tale vincolo di soggezione, restando in tal caso esperibili gli ordinari strumenti processuali.

Ciò premesso, ritiene il Tribunale che non sia compatibile con la natura della cognizione e la funzione proprie della presente fase del rito speciale prescelto dalle OO.SS. ricorrenti, l'assunzione di prove costituenti finalizzate all'accertamento incidentale (strumentale alla preliminare verifica della legittimazione attiva) della natura subordinata dei rapporti individuali di lavoro *de quibus*. In base alle risultanze degli atti e documenti di causa, quindi, reputa il giudicante, appunto nei limiti della sommarietà.

A parere del giudicante, risulta, infatti, decisivo osservare come neppure dalle allegazioni in fatto delle OO.SS. ricorrenti (per giunta relative al periodo precedente all'abolizione dal 2.11.20 del sistema di prenotazione degli slot «SSB» - Self-Service Booking - con introduzione di un sistema di *free log-in* che prescinde dai punteggi statistici), emerga (oltre che l'esclusività) l'obbligatorietà della prestazione dei *riders*, evincendosi, viceversa, che nel periodo dedotto in giudizio i *riders* fossero liberi di dare o meno la propria disponibilità per i vari turni (slot) offerti dall'azienda, e, quindi, di decidere se e quando lavorare, senza dovere giustificare la loro decisione e senza dover reperire un sostituto.

E, come già osservato dalla Corte di Appello di Torino nella sentenza n. 26/2019, «Non solo le modalità di svolgimento della prestazione ma anche l'obbligo di lavorare sono requisiti di fattispecie nell'art. 2094 cc. Il contenuto dell'obbligazione gravante sul dipendente è testualmente definito dall'art. 2094 c.c. come prestazione del proprio lavoro, sicché il predetto obbligo entra a far parte del contratto».

Del resto, anche la Suprema Corte di Cassazione non ha mancato di evidenziare, ai fini della distinzione fra rapporto di lavoro subordinato e rapporto di lavoro autonomo, come assuma comunque valore determinante - anche a voler accedere ad una nozione più ampia della subordinazione - l'accertamento della avvenuta assunzione, da parte del lavoratore, dell'obbligo contrattuale di porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative e di impiegarle con continuità, fedeltà e diligenza, secondo le direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro e in funzione dei programmi cui è destinata la produzione, per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro (v., fra le altre, Cass. n. 2842/2002).

Ai fini che ci occupano in questa fase, dunque, appare dirimente constatare come, anche aderendo, per ipotesi, alla prospettazione dei fatti offerta dalle OO.SS. ricorrenti, possa ritenersi provato che l'azienda poteva disporre della prestazione lavorativa dei *riders* solo se questi decidevano di candidarsi a svolgere l'attività di consegna negli slot prestabiliti dalla società stessa, senza che tale ultima circostanza risulti decisiva ai fini della qualificazione dei rapporti, tenuto conto che, appunto, la resistente non poteva comunque imporre ai *riders*, né,

di lavorare in tali turni, né, di non revocare la disponibilità data.

Né a differenti conclusioni circa la sussistenza o meno in capo alle OO.SS. ricorrenti della legittimazione ad attivare il procedimento *de quo*, parrebbe potersi pervenire quand'anche, per ipotesi, i rapporti individuali di lavoro dei *riders* venissero giuridicamente qualificati in termini di collaborazioni organizzate dal committente (o eterorganizzate).

Come è noto, l'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 statuisce che: – *Omissis*.

Orbene, ad avviso del giudicante, pare doversi escludere, sia, sulla base di una piana lettura del dettato normativo, sia, alla luce della *ratio* della norma, che dall'applicazione a siffatta tipologia di collaborazioni della “disciplina del rapporto di lavoro subordinato” derivi l'attribuzione agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali della legittimazione ad attivare lo speciale procedimento *ex art.* 28 l. n. 300/70 in relazione a conflitti che si sviluppano nell'ambito di collaborazioni organizzate dal committente.

Nel senso dell'opzione interpretativa in questa sede accolta, pare, infatti, deporre, in primo luogo, la stessa formulazione letterale della norma, nella parte in cui, stabilendo al comma 2, che la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento, tra l'altro, “a) 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”, pare indurre univocamente a ritenere che l'estensione di cui al comma 1 concerna solo la disciplina sostanziale relativa al trattamento economico e normativo dei rapporti individuali di lavoro subordinato. Diversamente opinando, infatti, non si comprenderebbe la ragione per la quale il fatto che in un certo settore le collaborazioni abbiano un determinato assetto economico e normativo loro conferito da un accordo stipulato da associazioni sindacali rappresentative, farebbe venire meno l'esigenza di applicare a esse la disciplina del lavoro subordinato.

In secondo luogo, pare assumere rilievo il fatto che la disposizione in esame, nel prevedere che alle collaborazioni siffatte si applichi soltanto la disciplina del lavoro subordinato *ex art.* 2094 c.c., confermi, di conseguenza come esse, a livello di fattispecie, continuino ad appartenere alla categoria del lavoro autonomo.

Ancora, pare doversi considerare come la disposizione normativa in esame, avendo quale finalità quella di assicurare, quanto al trattamento economico e normativo, a coloro che prestano il proprio lavoro all'interno di collaborazioni eterorganizzate, quel livello di protezione che è accordato dalla disciplina del lavoro subordinato, abbia quali destinatari i singoli prestatori di lavoro titolari di rapporti di collaborazione organizzata dal committente, e non le organizzazioni sindacali portatrici di interessi collettivi.

In conclusione, allo stato, pare corretto escludere che il richiamo della disciplina (sostanziale) del rapporto di lavoro subordinato implichi *ex se* l'applicabilità alla fattispecie della collaborazione eterorganizzata di una disposizione di carattere esclusivamente processuale quale è, nei termini anzidetti, l'art. 28 l. n. 300/70.

A maggior ragione, a parere del giudicante, deve ritenersi che la legittimazione delle OO.SS. ricorrenti ad attivare lo speciale procedimento in questione non possa rinvenire il proprio fondamento nell'art. 47-*quinquies* d.lgs. n. 81/15, che, come è noto, ha quali destinatari i lavoratori impiegati in attività di consegna tramite piattaforme digitali, e stabilisce che “Ai lavoratori di cui all'articolo 47-bis [i.e. lavoratori autonomi e/o occasionali, n.d.r.] si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma” dal momento che, se la disciplina a tutela della libertà e dignità del lavoratore può ragionevolmente intendersi come richiamante il Titolo I dello Statuto dei Lavoratori (“Della Libertà e Dignità dei Lavoratori”), la medesima non pare, invece, altrettanto idonea a sorreggere l'estensione ai rapporti di lavoro autonomo e/o occasionale dei *riders* l'operatività del Titolo IV dello Statuto dei Lavoratori (“*Disposizioni varie e generali*”), di cui appunto fa parte l'art. 28.

Ai fini che ci occupano, appaiono, infine, irrilevanti i richiami di parte ricorrente alla disciplina antidiscriminatoria, avendo le summenzionate OO.SS. agito in questa sede *ex art.* 28 l. n. 300/70 e non *ex art.* 5, co. 2 d.lgs. n. 216/2003. – *Omissis*.

Tribunale di Milano, decr., 28 marzo 2021

MOGLIA *Giud.* – Filcams Cgil, Nidil Cgil, Uiltemp Lombardia, Uiltucs Lombardia c. Everli.

L'estensione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato ai collaboratori etero-organizzati ex art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015 non può che riguardare ogni profilo, sia di carattere sostanziale che processuale, poiché sarebbe riduttivo se il legislatore avesse riconosciuto un diritto privo della possibilità di tutela. Il sindacato può pertanto agire in giudizio per la repressione delle condotte antisindacali che abbiano prodotto i propri effetti nei confronti dei collaboratori eteroorganizzati.

La condotta di un datore di lavoro che inviti i propri collaboratori autonomi ad aderire ad una associazione sindacale rappresenta un'indebita ingerenza nel campo della libertà sindacale e integra pertanto il requisito della antisindacalità.

Omissis. - Con ricorso *ex art.* 28 St. Lav. depositato telematicamente il 3 febbraio 2021, le OOSS – *Omissis.* – sisono rivolte al Tribunale in funzione del giudice del lavoro formulando le seguenti conclusioni:

“Accertare e dichiarare la natura antisindacale della condotta della convenuta consistente nella: agevolazione e sostegno della organizzazione della Unione Shopper Italia per i motivi di cui al ricorso in violazione dell'art. 17 stat. lav. e l'applicazione della disciplina contrattuale dalla stessa stipulata;

imposizione della visione e ascolto dei video messaggi dell'amministratore della società tramite l'inoltro a tutti gli shopper con l'email aziendale utilizzata per le comunicazioni di servizio per diffondere opinioni e/o valutazioni di carattere sindacale della società convenuta e/o del suo amministratore;

raccolta di dati di carattere sindacale degli shopper effettuata tramite la piattaforma e comunque acquisendo e trattando i dati dei lavoratori e/o le loro opinioni su temi di carattere sindacale.

e per l'effetto

ordinare alla società convenuta di cessare tutte le forme di sostegno, promozione e agevolazione in favore dell'organizzazione Unione Shopper Italia ed in particolare, ritenuta la violazione dell'art. 17 dello statuto dei lavoratori e ordinare alla convenuta di astenersi dall'applicare le condizioni economiche derogatorie della contrattazione collettiva rappresentativa affine di settore e nello specifico del CCNL Terziario Distribuzione e Servizi del contratto sottoscritto da Unione Shopper Italia;

ordinare alla società convenuta di astenersi dall'imporre la visione di video messaggi di carattere sindacale avvalendosi della email aziendale utilizzata per le comunicazioni di servizio di altro strumento di comunicazione utilizzato per trasmettere comunicazioni di servizio o lavoro;

Ordinare alla società convenuta di astenersi dal raccogliere e/o trattare dati di carattere sindacale dei propri *shopper* in generale dei lavoratori e collaboratori compreso il consenso a bozze di accordo contratti collettivi durante una trattativa e anche in un momento successivo.

Ordinare alla società convenuta e/o al suo amministratore di comunicare il provvedimento a tutti gli shopper della società tramite un analogo video messaggio del suo amministratore con le stesse modalità del video ritenuto antisindacale, nel quale viene data lettura del provvedimento adottato ovvero viene dato conto della avvenuta condanna della società per condotta antisindacale con lettura della parte dispositiva.

Ordinare la pubblicazione del provvedimento nella pagina web aziendale <https://community.everli.com/it/faq/> dedicata agli shopper per una durata non inferiore a 30 giorni con uno spazio non inferiore a 50% della pagina ed in ogni caso su tre quotidiani nazionali (IlFattoquotidiano, La Repubblica e il Corriere della Sera) per la durata di 3 giorni con dimensione non inferiore a 1/4 della pagina.

In ogni caso adottare ogni adeguata ed effettiva misura dissuasiva e idonea a determinare la cessazione degli effetti della condotta antisindacale descritta nel ricorso”.

La condotta denunciata è quella tenuta dal sig. Sargenti, presidente del Consiglio di Amministrazione della società S2A s.p.a. nonché presidente dell'Associazione Sindacale Assogrocery, in occasione del video messaggio del 24 gennaio 2021 che, per comodità di lettura, si trascrive:

“Buongiorno a tutti, Sono Federico Sargenti, presidente di AssoGrocery e Amministratore delegato di Everli Ho voluto fare questo terzo video per aggiornarvi su quello che sta succedendo e darvi gli elementi per decidere cosa fare.

Come già sapete, il 30 dicembre 2020 abbiamo raggiunto un accordo per il contratto nazionale Assogrocery con FISASCAT, ma per motivi che non riguardano la nostra volontà, FISASCAT ci ha comunicato di non voler firmare questo accordo e di voler riaprire il tavolo, modificando quanto già concordato, purtroppo senza una certezza sulle tempistiche di chiusura.

L'ho già detto nei video precedenti e lo ripeto ora. Il settore è a rischio senza regole certe e l'unico modo per dare un futuro al settore e ad Everli è un accordo sindacale.

Questo accordo è importante, urgente e necessario.

Vorrei fare un po' di chiarezza sul percorso sindacale che c'è stato e su come siamo arrivati a questo punto. L'urgenza e l'importanza ci era nota da mesi e la scelta di Assogrocery, (e anche di Everli), è stata fin dal primo giorno quella di fare il percorso con le sigle più rappresentative (CGIL, CISL e UIL). Il tavolo è stato avviato a marzo 2020. Naturalmente, in questa fase non erano stati ancora coinvolti gli shopper perché era importante capire se da parte delle sigle sindacali ci fosse disponibilità al confronto e ad un accordo.

Noi abbiamo chiarito da subito l'esigenza di un accordo quanto prima, ma è stato difficile trovare una quadra con i sindacati, arrivata solo dopo 9 mesi di lavoro. A dicembre, d'accordo con FISASCAT-CISL abbiamo deciso di coinvolgere voi shopper.

Le negoziazioni sono proseguite con, al tavolo, anche dei rappresentanti scelti da quelle decine di shopper.

Il 30 dicembre 2020 abbiamo raggiunto un accordo con il sindacato e i delegati degli shopper. Tutti voi avete il dettaglio e i contenuti, l'accordo non peggiora nulla rispetto alla situazione attuale, ma anzi vengono aggiunte delle importanti tutele come maternità, malattia, riposi, contributi per la formazione e anche diritti sindacali.

Ci permette anche di investire nella piattaforma per permettere una migliore distribuzione tra disponibilità inserite e incarichi.

Ad oggi 1300 shopper hanno conferito un mandato a FISASCAT a sottoscrivere l'accordo nazionale, ma FISASCAT – come detto – ha motivazioni sue (su cui non entro in merito), per voler riaprire il tavolo negoziale.

Ma oggi non siamo qui a parlare di altri, ma a parlare di voi. Cosa succede oggi e quali sono i rischi se non raggiungiamo un accordo ora.

Il punto è che le aziende appartenenti ad Assogrocery, e nello specifico Everli, hanno bisogno di un accordo e ne hanno bisogno in tempi brevi (in verità ne avevamo bisogno ieri).

Mi stacco un attimo da presidente di Assogrocery e parlo di Everli (di cui sono amministratore): noi a oggi ancora non produciamo un utile, come è normale per una azienda che esiste da 5 anni ed è cresciuta molto rapidamente; finora abbiamo sempre fatto ricorso al finanziamento esterno, ma il problema è che con questa incertezza e sull'economia in generale, diventa molto più difficile trovare investitori che mettano soldi nell'azienda. La verità è che a breve, se non troviamo una soluzione, saremo costretti a ridurre sempre più la nostra presenza sul mercato, sul territorio; la realtà delle altre aziende è in parte diverse (perché sono più piccole e hanno problemi diversi), ma anche loro condividono la necessità e l'urgenza di trovare un accordo per regolamentare il settore. Il paradosso è che in questo momento l'accordo c'è, è il frutto di una trattativa molto accesa, ci sono 1300 mandati a firmarlo, ma manca una volontà complessiva sindacale di apporre la firma

Le sigle rappresentative si sono sfilate; oggi tutti dicono che sono interessati, ma sono gli stessi soggetti con cui abbiamo parlato per mesi e che oggi rischiano, con il loro atteggiamento, di mettere in una situazione di sofferenza noi e voi.

C'è una nuova associazione di shopper (si chiama Unione Shopper Italia) che vuole veicolare il consenso raccolto intorno all'accordo del 30 dicembre 2020 e sottoscrivere l'accordo nazionale che era stato condiviso e che è il risultato di una trattativa sindacale durata mesi, anche se con interlocutori diversi, e da ultimo proseguita e conclusa con FISASCAT-CISL.

Noi siamo disponibili a sottoscrivere con Unione Shopper Italia, ma solo se ci rendiamo conto che questa associazione rappresenta effettivamente e pienamente la volontà degli shopper. Unione Shopper Italia ci ha chiesto di condividere il link del loro sito internet, dove potete iscrivervi all'associazione se lo riterrete.

Se a metà settimana comprenderemo che Unione Shopper Italia vi rappresenta veramente, cioè se ci sarà un numero adeguato di iscrizioni, Assogrocery sarà pronta a firmare l'accordo con Unione Shopper Italia. Unione Shopper Italia ci ha comunicato inoltre che scatteranno dei meccanismi democratici di elezione dei nuovi organi direttivi del sindacato stesso: quindi sarete voi stessi ad eleggere il Consiglio direttivo di Unione Shopper Italia. Quindi le persone che firmeranno saranno quelle da voi elette.

Un punto fondamentale: l'accordo relativo agli shopper è quello negoziato con FISASCAT il 30.12.2020, non sarà cambiata una virgola; ricordo che è un accordo nazionale che regola tutta le aziende del settore.

So che ci sono stati alcuni dubbi e preoccupazioni da parte di alcuni di voi sul tema compensi e in particolare sul "trattamento minimo di garanzia" settimanale che è il risultato di una mediazione voluta dal sindacato durante la fase negoziale e che è qualcosa in più per tutto il settore e non cambia la struttura di compensi e di minimi che applica Everli su ogni incarico.

State sicuri che le aziende dell'associazione Assogrocery (Everli inclusa) non hanno mai pensato di modificare in peggio l'attuale situazione. Infatti, parlo da Amministratore di Everli, subito dopo la firma dell'accordo nazionale che vale per tutto il settore, Everli è disponibile a sottoscrivere contestualmente un accordo aziendale che metta nero su bianco che la struttura dei compensi e i minimi che avete attualmente rimarranno quelli attuali e che al massimo possono essere rivisti al rialzo.

Questa non è una chiusura per Fisascat/Felsa/Filcams/Nidil/Uiltemp/Uilucs, anzi. Siamo certi che questa decisione di Unione Shopper Italia possa essere uno stimolo in più a regolamentare positivamente con la partecipazione di tutti il settore che ci riguarda.

Queste sigle ci hanno recentemente scritto per riaprire il tavolo e noi questa mattina abbiamo mandato una convocazione per un nuovo tavolo.

Noi, e lo diciamo davvero anche per voi, non abbiamo però il tempo e lo spazio vitale per aprire un altro percorso di 9 mesi, e francamente nemmeno di ritardare la firma di altri giorni; è in gioco la sopravvivenza di Everli e anche delle altre aziende del settore e non possiamo permetterci altri ritardi; questo al sindacato è stato ripetuto molteplici volte.

Vi assicuro che con tutte le organizzazioni sindacali continueremo a dialogare (se, come speriamo, lo vorranno) per discutere le esigenze di eventuali nuovi accordi nell'interesse degli shopper e del settore. Ora però abbiamo bisogno di firmare l'accordo del 30 dicembre 2020: non si può mortificare la volontà di 1300 persone.

Con Unione Shopper Italia, se attraverso il suo sito raggiungerà un numero ampio di iscritti nelle prossime ore, noi saremo pronti a firmare subito l'accordo del 30 dicembre

Quest'accordo non sarà una fine ma sarà un inizio. Già dal giorno dopo la firma saremo di nuovo al tavolo con tutte le sigle che lo vorranno, e anche con la nuova Unione Shopper Italia (con i vostri rappresentanti da voi eletti) e potrà sedersi al tavolo con loro se lo vorrà, per ridiscutere l'accordo e trovare nuove soluzioni. Spero che tutti voi shopper possiate comprendere il momento critico.

Unione Shopper Italia ci ha riferito che tutti gli shopper attivi, sia quelli che hanno già dato mandato per la firma dell'accordo sia quelli che non hanno ancora dato mandato, possono aderire iscrivendosi gratuitamente nelle prossime ore sul sito di Unione Shopper Italia.

Grazie a tutti e buona domenica”.

A fronte della denuncia di antisindacalità gridata dalle sigle sindacali ricorrenti e della richiesta di tutela, la società resistente ha opposto plurime eccezioni preliminari e, nel merito, chiesto il rigetto del ricorso dissentendo dalle doglianze avversarie.

Preliminarmente, S2A s.p.a assume che le sigle ricorrenti avrebbero adito il Tribunale con uno strumento processuale (art. 28 st. lav.) inapplicabile al caso in esame. Più propriamente, essendo la disposizione, pacificamente, prevista per la repressione delle condotte antisindacali poste in essere dal datore di lavoro, laddove l'asserita antisindacalità si ponga all'interno di un rapporto non riconducibile nell'alveo della subordinazione, l'azione di cui all'art. 28 st. Lav. sarebbe preclusa.

La tesi, quale logica conseguenza dell'applicazione pedissequa della norma dello Statuto, tuttavia non può essere condivisa per le ragioni che si andranno a esporre.

Il contenuto del messaggio diffuso dal sig. Sargenti e tacciato di antisindacalità così come i precedenti, di cui le parti hanno dato atto producendoli (messaggi del 7, 10 e 31 gennaio 2021), evidenziano, da parte del predetto e della società da lui rappresentata, un totale ed incondizionato riconoscimento delle organizzazioni sindacali quali indispensabili interlocutori nel dialogo contrattuale.

I reiterati inviti, con i quali il sig. Sargenti sollecita gli shoppers ad aderire ai sindacati, al fine di dar loro la legittimazione necessaria per sottoscrivere il contratto collettivo, sono l'evidente manifestazione di un atteggiamento certamente volto a riconoscere un ruolo fondamentale alle organizzazioni sindacali quali controparte nella contrattazione collettiva.

Questo riconoscimento risulta, nella fattispecie, di particolare importanza.

Va, invero, considerato che il presente ricorso viene promosso nei confronti della società S24 operante con il marchio Everli il cui oggetto sociale è la spesa per conto terzi. Per realizzare tale attività, la società si avvale degli shoppers che, una volta data la loro adesione iniziale, ricevono la possibilità di entrare nella piattaforma digitale, danno la propria disponibilità in determinati slots (turni) ed in una determinata zona, quindi ricevono l'assegnazione degli ordini, che poi dovranno evadere recandosi nei supermercati stabiliti, effettuare le spesa per recapitarla ai destinatari finali.

Secondo la presentazione contenuta nel sito della società, il rapporto, che si instaura tra la società e gli shoppers, si inquadra nell'alveo della prestazione d'opera occasionale. Benchè nel ricorso, le associazioni, evidenzino, da un lato, profili di ingerenza da parte della società e, dall'altra parte, forti limiti nella libertà organizzativa degli shoppers, le allegazioni non paiono sufficienti a qualificare il rapporto in termini di subordinazione, peraltro, non chiesta dai ricorrenti. Difetta, a riguardo, tra tutti l'obbligatorietà della prestazione: gli shopper, invero, non hanno l'obbligo di prenotarsi per determinati slots e, qualora non lo facciano, non viene allegata alcuna conseguenza sanzionatoria o penalizzante.

Ciò premesso e riprendendo quanto detto prima, risulta di particolare importanza il fatto che il sig. Sargenti abbia riconosciuto come proprie interlocutrici le organizzazioni sindacali e, insistentemente, sollecitato la sottoscrizione di un contratto collettivo.

Pacifico deve, quindi, ritenersi il riconoscimento da parte del medesimo e, nel presente giudizio, della società resistente delle prerogative sindacali delle OOSS, pur nell'ambito di un rapporto non di natura subordinata.

Se per la società e per il suo amministratore ciò è riconosciuto e, nel presentegiudizio, pacifico, il passo successivo che deve compiersi è il chiedersi quale tutela possano utilizzare queste organizzazioni allorquando ritengano lesi i loro diritti sindacali.

La risposta pare certa per quanto concerne la possibilità di avvalersi del rimedio ordinario, ovvero quello previsto dall'art. 414 c.p.c.

Meno pacifico può essere il ricorso allo strumento processuale che, nella specie, le organizzazioni ricorrenti hanno scelto.

Il problema è, anzitutto, di natura letterale: la norma, invero, parla di "datore di lavoro", figura che, certamente non si rinviene nell'ambito di un rapporto in cui il lavoratore è un prestatore d'opera occasionale e non un lavoratore subordinato.

Ciò posto, si potrebbe obiettare che, mentre l'art. 414 c.p.c. non riserva la propria operatività a determinate ipotesi soggettive, la lettera dell'art. 28 St. Lav., invece, pare delimitare la sua sfera di applicazione alle condotte antisindacali poste in essere da un datore di lavoro, quindi, nell'ambito di una subordinazione.

Se ciò è indubbio, occorre, tuttavia, considerare che la disposizione si colloca in un momento temporale e storico non recente e che, dal 1970, vi sono stati numerosi interventi legislativi, da ultimo l'art. 2, dlgs 81/15.

La norma recita così: – *Omissis*.

La disposizione si colloca all'interno di una serie di interventi legislativi (decreti attuativi del JOB Act) con i quali si è inteso prendere consapevolezza delle numerose innovazioni, anche di carattere tecnologico che, negli ultimi anni, hanno caratterizzato il mondo del lavoro introducendo figure di lavoratori prima sconosciuti e forme di rapporti diversi da quelli tradizionali.

Riprendendo la disposizione in esame, laddove la stessa estende la disciplina del rapporto subordinato ai rapporti di collaborazione, l'estensione 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.

A tale conclusione, si potrebbe replicare asserendo che i diritti estesi anche ai collaboratori potrebbero trovare sufficiente protezione attraverso la tutela ordinaria.

L'azione prevista dall'art. 28 st. lav. è uno strumento d'urgenza finalizzato ad offrire alle associazioni sindacali un rimedio immediato, quindi diverso da quello di cui all'art. 414 c.p.c.

Ciò premesso, non si ritiene che l'espressa menzione del datore di lavoro, di cui al citato art. 28, costituisca argomento sufficiente per sottrarre alle organizzazioni, che operano nell'ambito di rapporti di collaborazione, la tutela d'urgenza.

Questo proprio in forza del disposto di cui all'art. 2 dlgs 81/15 ed alla sua estensione alle forme di collaborazione nelle quali, è pacifico, la controparte del prestatore non è denominato datore di lavoro.

Sulla base di quanto detto, si ritiene di dissentire dal precedente giurisprudenziale citato dalla difesa resistente che, al contrario, circoscrive l'area di applicazione alle sole norme sostanziali, escludendo quelle processuali, quali l'art. 28 St. Lav.

Si tratta, invero, di una delimitazione che non si ritiene di poter rinvenire nella norma e che creerebbe delle distorsioni e distonie nel sistema. Non pare poi possa essere messa in dubbio la possibilità di ricondurre il rapporto tra S2A e gli shoppers nell'ambito delle collaborazioni previste dall'art. 2.

Ed, invero, si tratta di prestazioni prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente mediante piattaforme anche digitali. Le allegazioni di parte, non contestate, consentono, invero, il riscontro di tali elementi.

Per tutto quanto sopra, la prima eccezione risulta superata.

Quanto alla seconda, ovvero al fatto che il sig. Sargenti avrebbe agito quale presidente Assogrocery e non quale Presidente del Consiglio di Amministrazione di S24, l'eccezione risulta infondata e superabile sol che si leggano le prime battute del messaggio laddove il predetto si presenta nella sua duplice veste.

Posizione che ripete in più occasioni nel corso del messaggio, mentre ad un certo punto ("Mi stacco un attimo da presidente di Assogrocery e parlo di Everli (di cui sono amministratore..."); sveste i panni del Presidente di Assogrocery per parlare agli shopper solo quale Presidente del Consiglio di Amministrazione di S2A s.r.l, quindi in veste di controparte contrattuale del rapporto lavorativo con i prestatori d'opera.

Infine, va disattesa anche l'ultima eccezione preliminare, con cui si nega la legittimazione e/o interesse ad agire delle organizzazioni ricorrenti in quanto, volutamente e deliberatamente, si sono ritirate dalle trattative contrattuali, rifiutandola firma del CCNL.

Ed, invero, ciò che le stesse lamentano non è già il fatto di non essere parti dell'accordo collettivo, ma l'ingerenza del sig. Sargenti, che è intervenuto nei rapporti tra shopper ed associazioni sindacali, cercando di indirizzare le scelte sindacali dei lavoratori verso un determinato sindacato e così ledendo il principio del pluralismo sindacale.

Superate le eccezioni preliminari, occorre ora passare al merito.

Riprendendo il contenuto del messaggio diffuso il 24 gennaio 2021 sulla piattaforma digitale in uso agli shoppers di S2A, si ritiene che le doglianze dei ricorrenti siano fondate.

Il messaggio diffuso dal sig. Sargenti si inserisce nell'ambito del naturale conflitto sindacale e, a prescindere dalle finalità, si sostanzia in un intervento che sovverte gli equilibri tra organizzazioni sindacali, ma soprattutto rompe la necessaria distanza che ogni imprenditore deve avere nei confronti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori.

Pur dovendo dare atto delle motivazioni di tale intervento, motivazioni che emergono leggendo i precedenti messaggi che ricostruiscono la storia delle trattative contrattuali che attengono alla decisione delle sigle oggi ricorrenti di recedere dalla firma, comunque il messaggio divulgato dal sig. Sargenti, nella sua duplice veste, laddove invita gli shoppers ad aderire alla neo costituita Unione Shopper Italia, rappresenta un'indebita ingerenza del datore di lavoro nel campo della libertà sindacale e del necessario conflitto tra organizzazioni.

Questo il passaggio del messaggio nel quale l'intervento si fa più pregnante: "Le sigle rappresentative si sono sfilate; oggi tutti dicono che sono interessati, ma sono gli stessisoggetti con cui abbiamo parlato per mesi e che oggi rischiano, con il loro atteggiamento, di mettere in una situazione di sofferenza noi e voi. C'è una nuova associazione di shopper (si chiama Unione Shopper Italia) che vuole veicolare il consenso raccolto intorno all'accordo del 30 dicembre 2020 e sottoscrivere l'accordo nazionale che era stato condiviso e che è il risultato di una trattativa sindacale durata mesi, anche se con interlocutori diversi, e da ultimo proseguita e conclusa con FISASCAT-CISL. Noi siamo disponibili a sottoscrivere con Unione Shopper Italia, ma solo se ci rendiamo conto che questa associazione rappresenta effettivamente e pienamente la volontà degli shopper. Unione Shopper Italia ci ha chiesto di condividere il link del loro sito internet, dove potete iscrivervi all'associazione se lo riterrete".

L'ingerenza del sig. Sargenti risulta vieppiù concreta e pregnante laddove, al fine di sollecitare gli shoppers all'adesione a Unione Shopper Italia, lo stesso sottolinea qualsiasi rischio della mancata sottoscrizione dell'accordo sindacale. In tali passaggi del messaggio, anzitutto, il suo ruolo di Presidente del CDA di Everli è ancor più marcato in quanto parla delle possibili ripercussioni, del mancato accordo, sulla società; inoltre, il suo invito agli shoppers assume una portata più cogente in quanto, nel rappresentare possibili scenari che potrebbero coinvolgere le sorti della società e, quindi, il singolo rapporto di lavoro, utilizza un

argomento, certamente, incisivo che fa leva sul senso di responsabilità dei lavoratori.

Questo il passaggio: “Mi stacco un attimo da presidente di Assogrocery e parlo di Everli (di cui sono amministratore): noi a oggi ancora non produciamo un utile, come è normale per una azienda che esiste da 5 anni ed è cresciuta molto rapidamente; finora abbiamo sempre fatto ricorso al finanziamento esterno, ma il problema è che con questa incertezza e sull'economia in generale, diventa molto più difficile trovare investitori che mettano soldi nell'azienda. La verità è che a breve, se non troviamo una soluzione, saremo costretti a ridurre sempre più la nostra presenza sul mercato, sul territorio; la realtà delle altre aziende è in parte diverse (perché sono più piccole e hanno problemi diversi), ma anche loro condividono la necessità e l'urgenza di trovare un accordo per regolamentare il settore”.

L'intervento del sig. Sargenti si pone in contrasto con il precetto di cui all'art. 17 St. Lav. La norma vieta all'imprenditore di sostenere, con qualsiasi mezzo, le associazioni sindacali dei lavoratori.

Il messaggio del sig. Sargenti, del quale vanno sottolineate anche le modalità (diffusione sulla piattaforma digitale in uso agli shoppers con il titolo “importante”) si ritiene integri proprio la condotta che la norma sopra richiamata intende reprimere. La stessa, finalizzata a raccogliere le adesioni dei lavoratori ad una specifica associazione, viola altresì il disposto dell'art. 8 st. lav., ovvero il divieto diraccogliere informazioni sulle scelte sindacali.

Ed, invero, con il suo messaggio il sig. Sargenti, non solo, indirizza i lavoratori verso una determinata associazione, ma veicolando le adesioni, di fatto consente all'imprenditore di conoscere chi tra gli shopper ha seguito le sue indicazioni e chi le ha rifiutate.

Per tutte le ragioni sopra esposte, l'intervento del sig. Sargenti del 24 gennaio 2021 integra una condotta antisindacale contrastabile con l'azione promossa. Antisindacalità che, come già accennato, non si ritiene esclusa per il fatto che le stesse sigle oggi ricorrenti hanno, deliberatamente deciso di ritirarsi dalle trattative non sottoscrivendo il contratto alla cui conclusione era finalizzato il messaggio incriminato.

Ed, invero, il recesso dalle trattative rappresenta pur sempre una facoltà del contraente e, nello specifico, è espressione di libertà sindacale; ciò che non è consentito, invece, è che l'imprenditore intervenga veicolando i lavoratori nelle loro scelte e ciò lo faccia, non solo mettendo a disposizione gli strumenti aziendali, ma esponendosi in prima persona e prospettando i rischi di una scelta non conforme al suo invito.

Per le ragioni sopra illustrate il ricorso va accolto. – *Omissis*.

PQM

Il Tribunale di Milano così decide

accerta e dichiara la natura antisindacale della condotta della convenuta denunciata con il presente ricorso e, specificatamente del messaggio diffuso dal sig. Sargenti il 24 gennaio 2021, per gli effetti.

ordina alla società convenuta di cessare le condotte qui denunciate

ordina alla società convenuta di comunicare il presente provvedimento e di dare lettura del dispositivo a tutti gli shopper della società tramite un analogo videomessaggio del suo amministratore con le stesse modalità del video in data 24 gennaio 2021

ordina la pubblicazione dell'intero provvedimento nella pagina web aziendale <https://community.everli.com/it/faq/> dedicata agli shopper. – *Omissis*.

Tribunale di Bologna, decr., 14 aprile 2021

Cosentino *Est.* – Nidil Cgil Bologna, Filcams Cgil Bologna, Uiltucs Uil Emilia Romagna, Uiltemp Uil Emilia Romagna c. Everli.

L'estensione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato ai collaboratori etero-

organizzati ex art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015 non può che riguardare ogni profilo, sia di carattere sostanziale che processuale. Il sindacato può pertanto agire in giudizio per la repressione delle condotte antisindacali che abbiano prodotto i propri effetti nei confronti dei collaboratori eterorganizzati.

In mancanza di consolidati equilibri tra organizzazioni sindacali, la condotta di un datore di lavoro che inviti i propri collaboratori autonomi ad aderire ad una associazione sindacale non integra i requisiti dell'antisindacalità.

Il Giudice Emma Cosentino, – *Omissis*. – rileva:

a. con ricorso depositato in data 4.2.2021, ai sensi dell'art. 28 legge n. 300 del 1970, le organizzazioni sindacali Nidil Cgil di Bologna, Filcams Cgil di Bologna, Uiltucs Uil Emilia Romagna, Uiltemp Uil Emilia Romagna, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, dopo avere effettuato una descrizione dettagliata dell'attività svolta dalle parti e, approfonditamente, dai lavoratori interessati, o *shoppers*, contestavano la condotta tenuta dal responsabile legale della convenuta S24 SpA, che ritenevano antisindacale, ed assumevano, tra l'altro, che:

a1. l'A.D. Sargenti aveva tenuto comportamenti di condizionamento sindacale dei lavoratori "indirizzando" il loro consenso a favore di una neo costituita associazione "Unione Shopper Italia", disponibile a sottoscrivere il testo contrattuale voluto dall'azienda, inviando il 24.1.2021, dalla email aziendale, un video "IMPORTANTE", con il link di collegamento all'associazione, prospettando gravi conseguenze per gli assetti aziendali con ricadute sui lavoratori, ove non fosse stato immediatamente sottoscritto l'accordo collettivo, esaltando il ruolo di detta associazione, enfatizzandone il carattere genuino e responsabile, così fornendole un illegittimo sostegno, che "costituisce una gravissima lesione delle regole di confronto democratico e della dialettica sindacale che mortifica –*rectius* vanifica -la funzione sociale della contrattazione collettiva qualificata, in violazione dell'art. 17 dello statuto dei lavoratori che prescinde dalla qualificazione del rapporto di lavoro" - *Omissis*.

c. le ricorrenti concludevano chiedendo che il Tribunale volesse:

Accertare e dichiarare la natura antisindacale della condotta della convenuta consistente nella: agevolazione e sostegno della organizzazione Unione Shopper Italia ... in violazione dell'art. 17 stat. lav. e l'applicazione della disciplina contrattuale dalla stessa stipulata; imposizione della visione e ascolto dei video messaggi dell'amministratore della società tramite l'inoltro a tutti gli shopper con l'email aziendale utilizzata per le comunicazioni di servizio per diffondere opinioni e/o valutazioni di carattere sindacale della società convenuta e/o del suo amministratore; raccolta di dati di carattere sindacale degli shopper effettuata tramite la piattaforma e comunque acquisendo e trattando i dati dei lavoratori e/o le loro opinioni su temi di carattere sindacale.

e per l'effetto

Ordinare alla società convenuta di cessare tutte le forme di sostegno, promozione e agevolazione in favore dell'organizzazione Unione Shopper Italia ed in particolare, ritenuta la violazione dell'art. 17 dello statuto dei lavoratori e ordinare alla convenuta di astenersi dall'applicare le condizioni economiche derogatorie della contrattazione collettiva rappresentativa affine di settore e nello specifico del CCNL Terziario Distribuzione e Servizi del contratto sottoscritto da Unione Shopper Italia.

Ordinare alla società convenuta di astenersi dall'imporre la visione di videomessaggi di carattere sindacale avvalendosi della email aziendale utilizzata per le comunicazioni di servizio o di altro strumento di comunicazione utilizzato per trasmettere comunicazioni di servizio o lavoro.

Ordinare alla società convenuta di astenersi dal raccogliere e/o trattare dati di carattere sindacale dei propri shopper e in generale dei lavoratori e collaboratori compreso il consenso

a bozze di accordo contratti collettivi durante una trattativa e anche in un momento successivo.

Ordinare alla società convenuta e/o al suo amministratore di comunicare il provvedimento a tutti gli shopper della società tramite un analogo video messaggio del suo amministratore con le stesse modalità del video ritenuto antisindacale, nel quale viene data lettura del provvedimento adottato ovvero viene dato conto della avvenuta condanna della società per condotta antisindacale con lettura della parte dispositiva.

Ordinare la pubblicazione del provvedimento nella pagina web aziendale <https://community.everli.com/it/faq/> dedicata agli shopper per una durata non inferiore a 30 giorni e con uno spazio non inferiore a 50% della pagina ed in ogni caso su tre quotidiani nazionali (Il Fatto quotidiano, La Repubblica e il Corriere della Sera) per la durata di 3 giorni con dimensione non inferiore a 1/4 della pagina.

In ogni caso adottare ogni adeguata ed effettiva misura dissuasiva e idonea a determinare la cessazione degli effetti della condotta antisindacale descritta nel ricorso. – *Omissis*.

d. la convenuta, nella memoria difensiva, assume, tra l'altro, che:

d1. la “questione rider” non ha niente a che fare con la vicenda, ma l'ultimo potenziale investitore si ritirava per l'incertezza del modello di business legato al contesto normativo ed al rischio che l'attività degli *shopper* potesse, un domani, essere associata a quella dei *rider*,

d2. il ricorso ha l'intenzione “politica” di affermare la centralità dei confederali a discapito del pluralismo sindacale in un settore nuovo dell'economia in cui le sigle storiche non hanno rappresentatività, né presa, in cui difettano strumenti normativi. – *Omissis*.

d3. in particolare FISASCAT-CISL (che avrebbe potuto procedere nei confronti di Assogrocery e non ha invece elevato alcuna censura), dopo che a novembre 2020 chiedeva di incontrare un campione rappresentativo di *shopper* (per cui si effettuava un invito telematico a tal fine, e dopo la prima assemblea dell'11.12.2020 si formava una delegazione di 4 portavoce e seguivano accessi incontri sindacali del 23-24-28- 30.12.2020), non firmava l'accordo nazionale raggiunto il 30.12.2020 (rinviato al 4.1.2021 per la firma, previa consultazione con la base), nonostante il mandato ricevuto in due giorni da 1.300 *shopper* (oltre il “50%+1” della base abitualmente attiva),

d4. le ricorrenti non hanno la legittimazione ad attivare lo speciale procedimento ex art. 28 St., che sfruttano per ragioni di comodo improprie, snaturandolo, manca un reale “interesse ad agire” perché FILCAMS-CGIL e UILTUCS-UIL non si sono mai interessate al tavolo delle trattative, di cui da marzo 2020 si faceva promotrice, e NIDIL-CGIL e UILTEMP-UIL si sono autoescluse con missiva del 15.9.2020, hanno omesso di riscontrare l'invito della Assogrocery e, dopo oltre 4 mesi, hanno richiesto di essere convocate per una “analisi del comparto”, come avvenuto,

d5. aveva messo a disposizione della nuova associazione sindacale il proprio canale comunicativo, su richiesta, come sarebbe avvenuto con le ricorrenti se lo avessero chiesto e come aveva fatto con FISASCAT-CISL, per la raccolta di mandati per sottoscrivere l'accordo del 30.12.2020, mandati non espressivi di alcuna “preferenza” sindacale, trasmessi con apposite informative privacy, senza trattare o conservare, alcun “dato” afferente la partecipazione sindacale o ad opinioni in merito, - *Omissis*.

d7. la resistente in via preliminare eccepiva:

la litispendenza con il giudizio pendente avanti il Tribunale di Milano, Giudice Sara Manuela Moglia, R.G. 889/2021, ai sensi dell'art. 39, c. 1, c.p.c., poiché le ricorrenti sono le medesime, la è la stessa, *petitum* e *causa petendi* sono identici, per il rispetto del principio del *ne bis in idem* e per scongiurare il rischio di giudicati contrastanti,

l'incompetenza per materia e funzionale del Tribunale adito, essendo semmai competente a decidere il Tribunale Civile Ordinario di Milano poiché la trattativa, per un

accordo collettivo nazionale del settore, non ha riguardato la sola Everli (di cui, in subordine, chiedeva dichiararsi la carenza di legittimazione passiva) e le censure prospettate riguardavano la Assogrocery, che non poteva essere legittimato passivo ex art. 28 St. Lav., non essendo il “datore di lavoro”,

l'inammissibilità delle domande poiché l'antisindacalità può esistere solo nei rapporti di lavoro subordinato, mentre il rapporto tra Everli e i propri shopper è un rapporto di collaborazione autonoma e manca la domanda di previo accertamento della natura subordinata, che peraltro non poteva proporsi essendo il giudizio qualificatorio estraneo alla cognizione dei procedimenti sommari, come da giurisprudenza indicata.

d8. nel merito difettavano i presupposti dell'azione, non vi era “antisindacalità” della condotta perché non vi era “illecito sostegno” dato a Unione Shopper Italia, non era mai stata inviata alcuna comunicazione “urgente” di “vincolata lettura”, il messaggio non era una rappresentazione drammatizzata delle conseguenze derivanti dalla mancata stipula dell'accordo per i lavoratori, non vi erano gravi inesattezze giuridiche per convincerli a dare mandato all'associazione, avendo sempre evidenziato l'urgenza di raggiungere un accordo nazionale per dare quelle certezze imprescindibili per garantire la sopravvivenza del settore, anche con missive dell'11 e 16.9.2020,

d9. infine le tre tipologie di “violazioni” contestate (“sostegno” ad Unione Shopper Italia, “abuso del potere organizzativo e direttivo”, “raccolta dati” di natura sindacale), oltre ad essere infondate, avevano terminato ogni loro effetto, le ricorrenti erano state invitate, come da loro richiesta, ad un tavolo di confronto tutt'ora in corso, le sanzioni richieste erano esorbitanti rispetto alla reale portata della “condotta” e non era giuridicamente possibile un ordine “di astenersi dall'applicare le condizioni economiche derogatorie della contrattazione collettiva rappresentativa affine”. – *Omissis*.

f. la resistente concludeva chiedendo che il Tribunale volesse: “n via preliminare: dichiarare la litispendenza e disporre la cancellazione dal ruolo della presente causa. Accertare e dichiarare l'inammissibilità delle domande per le ragioni di cui alle presenti note.

Nel merito: rigettare l'avversario ricorso ex art. 28 Stat. Lav., perché infondato per i motivi di cui alle presenti note. – *Omissis*.

Occorre esaminare, secondo le deduzioni in atti, in sintesi, come schema per l'analisi: questioni preliminari relative alla: **1a.** litispendenza, **1b.** competenza funzionale e territoriale, **1c.** inammissibilità per mancanza di subordinazione, per mancanza di interesse ad agire ed altro.

merito per: **2a.** gli aspetti in generale della condotta antisindacale e quelli specifici per: **2b.** videomessaggio del 24.1.2021 ed altri. **2c.** violazione dell'art. 17 dello Statuto, **2d.** Violazione dell'art. 8 dello Statuto.

1. questioni preliminari

1a. Non sembra doversi accogliere l'eccezione di litispendenza, peraltro appassionatamente ed approfonditamente contrastata in sede di discussione dalle ricorrenti, permanendo l'interesse delle stesse ad una decisione, trattandosi di organizzazioni sindacali territorialmente diverse, ed essendo connaturale al tipo di ricorso, per l'efficacia dei provvedimenti limitati alla condotta realizzata nel territorio di competenza, che si possano avere valutazioni territorialmente diverse e, quindi, un contrasto giurisprudenziale. Ma non un contrasto di giudicati, come evidenzia il provvedimento del Tribunale di Firenze n. 2425 del 9.2.2021, prodotto dalla resistente, al quale, sul punto, si rinvia ex art. 118 disp. att. c.p.c..

1b e 1c. Per tutte le altre questioni preliminari si rinvia invece, sempre ex art. 118 disp. att. c.p.c., alla condivisibile motivazione del citato decreto del Tribunale di Milano che le ha analizzate e respinte.

La questione della legittimazione ad agire, ovvero della legittimazione delle OO.SS. alla proposizione del ricorso ex art. 28 Statuto appare discutibile e di difficile soluzione.

Il Tribunale di Firenze, nel suddetto decreto, la ha esclusa, sostanzialmente per gli stessi motivi evidenziati dalla resistente, ritendo non si possa applicare l'art. 28 cit. ai rapporti autonomi e non si possa effettuare un accertamento incidentale sulla subordinazione. La legittimazione non deriverebbe neanche dall'art. 2 D. Lgs. 81/2015 né dall'art. 47-quinquies del D. Lgs. 81/08 poiché l'estensione alla disciplina a "tutela della libertà e dignità del lavoratore" potrebbe riguardare il titolo I (appunto sulla "libertà e dignità del lavoratore") dello Statuto, non il titolo IV.

Il Tribunale di Milano ha invece riconosciuto detta legittimazione in quanto, tra l'altro, il Sargenti aveva "riconosciuto come proprie interlocutrici le organizzazioni sindacali e, insistentemente, sollecitato la sottoscrizione di un contratto collettivo", aveva riconosciuto le "prerogative sindacali delle OOSS, pur nell'ambito di un rapporto non di natura subordinata", e per le innovazioni di cui all'art. 2 D.lgs.81/15, poiché l'estensione della "disciplina del rapporto subordinato ai rapporti di collaborazione" "non può che riguardare ogni profilo, sia di carattere sostanziale che processuale". Si ritiene di condividere sul punto quest'ultima decisione, alla cui completa motivazione ancora una volta si rinvia.

2. merito.

2a. Questo Giudice ritiene di condividere pienamente sul punto le deduzioni e considerazione della resistente, sopra sintetizzate, che trovano pieno e puntuale riscontro nella documentazione allegata.

Va premesso che, salvo dettagli marginali e salvo ovviamente la diversa valutazione, come appresso indicato, la prospettazione dei fatti esposta e documentata da entrambe le parti è sostanzialmente corretta ed aderente alle risultanze in atti, nonché in buona parte pacifica e concorde.

Alcune circostanze di fatto appaiono utili e rilevanti ai fini della decisione ed aiutano a comprendere la condotta della resistente (videomessaggi e messa a disposizione del canale comunicativo).

2a1. Risulta ad esempio che, come sottolineato dalla resistente, anche Fisascat ammette che vi era stata una "trattativa reale e serrata", "anche di portata innovativa", con "tutela della malattia e della maternità", degli "infortuni sul lavoro", che vi era stata l'adesione del "29,80% degli aventi diritto" (cfr. punto **b4.**), che findal 28.7.2020 la resistente tentava di "sensibilizzare sulle ragioni di urgenza" (cfr. punto **e1.**) e che fin dall'11.9.2020 la resistente esternava per iscritto alle OO.SS. le stesse preoccupazioni e gli stessi avvertimenti che il Sargenti farà nel messaggio del 24.1.2021 (cfr. punto **e3.**).

2a2. Risulta inoltre che nessuna seria concreta motivazione attinente al merito delle trattative è stata avanzata dalle ricorrenti per spiegare l'abbandono e la mancata ripresa della trattativa (cfr. punto **e4.**) nonostante le sollecitazioni della resistente (cfr. punto **e5.**), persino nella richiesta di incontro del 18.1.2020 (cfr. punto **e10.**).

2a3. Anche Fisascat non motivava nel merito (ma in relazione al numero delle adesioni) il rifiuto di sottoscrizione. Dichiarava di apprezzare la franchezza della resistente ed assicurava che non avrebbe condannato né criticato l'eventuale firma dell'accordo in sua assenza (cf. punto **e6.**), come ha effettivamente fatto, non avendolo impugnato, e poi accennava ad "alcune perplessità" non meglio indicate e chiedeva un "confronto urgente" che poi non accettava (cfr. punto **e9.**).

Tra l'altro l'obiezione non qualitativa ma solo "quantitativa" di Fisascat non trovava giustificazione: - la percentuale di adesioni, pari al "29,80%" (cfr. punto **e7.**) era significativa, anche a prescindere dalla circostanza che i mandati erano poi aumentati fino a 1.300, facendo aumentare la percentuale di adesioni, e che nel conteggio dei "2.956" che portava alla percentuale del "29,80%" veniva considerato "anche chi ha fatto un solo incarico (o neppure quello)", - per Everli le adesioni erano 526 per i lavoratori che nel 2020 avevano effettuato 500 consegne e 230 per quelli che ne avevano effettuato 1000, per cui la percentuale di adesioni era rispettivamente il 47% ed il 49% (cfr. punto **e8.** ed altri).

2a4. Risulta ancora in fatto, quali che siano i motivi, tecnologici o sociali, per la novità dell'attività o quant'altro, la scarsa presenza/attività dei sindacati, o quant'altro (cfr. punto **b4** in cui Fiscat a gennaio 2021 dichiara di essere "l'unica organizzazione sindacale ad avere rapporti sindacali ed iscritti presso Everli" e cfr. punto **e10**. da cui risulta che i ricorrenti in data 18.1.2021 comunicavano "crediamo sia ormai venuto il momento 1. Per affrontare e se possibile disciplinare questo complesso comparto in costante crescita"), che ha evidentemente causato rapporti diretti tra le parti e la consuetudine del datore di lavoro di rivolgersi direttamente i lavoratori (cfr. punto **b1** per il coinvolgimento e la creazione di un gruppo per condividere idee che aiutino a crescere, punto **b3** per gli "appuntamenti quotidiani" previsti con specialisti per qualunque dubbio, sui contratti o altro e così via, e plurimi "videomessaggi").

2b. Alla luce di quanto sopra, anche per evidente mancanza di dolo, dal quale non si può prescindere se si vuole ravvisare l'antisindacalità della condotta, non si ravvisa nella condotta del Sargenti (per il contenuto e le modalità dei videomessaggi in questione o di quelli precedenti e del successivo), alcuna violazione dell'art. 28 cit. o alcun comportamento illegittimo antisindacale, diretto "ad impedire o limitare l'esercizio della libertà ed attività sindacale".

2b1. Non si condivide sul punto, per vari motivi, quanto assunto dalle ricorrenti e dal Tribunale di Milano, secondo cui l'"ingerenza ... concreta e pregnante" del videomessaggio del Sargenti del 24.1.2021, totalmente trascritto, "si pone in contrasto con il precetto di cui all'art. 17 St. Lav.", e "viola altresì il disposto dell'art. 8 st. lav., ovvero il divieto di raccogliere informazioni sulle scelte sindacali". E ciò in quanto "Il messaggio diffuso dal sig. Sargenti si inserisce nell'ambito del naturale conflitto sindacale e, a prescindere dalle finalità, si sostanzia in un intervento che sovverte gli equilibri tra organizzazioni sindacali, ma soprattutto rompe la necessaria distanza che ogni imprenditore deve avere nei confronti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori". E ciò a prescindere dalle "motivazioni di tale intervento ... che attengono alla decisione delle sigle oggi ricorrenti di recedere" in quanto "il recesso dalle trattative rappresenta pur sempre una facoltà del contraente e, nello specifico, è espressione di libertà sindacale".

Sugli artt. 8 e 17 dello Statuto si dirà appresso.

Si ritiene che la motivazione del Tribunale di Milano sia corretta e condivisibile in astratto, in una situazione "normale", ove vi fosse stata una seria trattativa in corso con le ricorrenti, non certo nella fattispecie concreta in cui, come sopra accertato ed evidente, non vi è ancora alcun "naturale conflitto sindacale", non vi sono e quindi non possono sovvertirsi "equilibri tra organizzazioni sindacali", non vi è "distanza ... nei confronti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori".

Anche a ritenere indiscutibile ed inopportuna l'"ingerenza" del Sargenti, le "finalità", dichiarate e pacifiche, addirittura ostentate e reiterate, anche in precedenza e per iscritto nel settembre 2020 alle OO.SS., non sono irrilevanti e dimostrano, almeno putativamente e forse finanche oggettivamente, l'esatto contrario di una condotta antisindacale.

Il Sargenti che ha "insistentemente sollecitato" le OO.SS., cerca infatti, all'evidenza di supplire al vuoto, alla inerzia, al ritiro immotivato dalla trattativa da parte delle OO.SS. oggi ricorrenti (ed al rifiuto non motivato di sottoscrivere l'accordo raggiunto da parte di altro sindacato, significativamente non ricorrente).

Nella fattispecie concreta tale recesso, di regola "espressione di libertà sindacale", presuppone mancanza interesse, in quanto immotivato, ingiustificato, non affiancato da proposte alternative.

Sembra paradossale o quantomeno una forzatura addebitare al Sargenti una condotta antisindacale quando, per quasi un anno, ha fatto ciò che avrebbero dovuto fare i sindacati ricorrenti (due dei quali disinteressati da sempre e due dal settembre 2020), ovvero cercare di giungere al primo accordo nazionale del settore, stimolando, non ostacolando qualunque sindacato fosse interessato, in favore non in danno dei lavoratori.

Quali che fossero le motivazioni e gli interessi personali, il Sargenti, dal marzo 2020, non ha tenuto un comportamento diretto ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, bensì a stimolarla, a renderla possibile ed effettiva, in una situazione di precedente carenza di tutele sindacali che solo con un accordo poteva garantire e poi migliorare.

Diversamente da quanto adducono i ricorrenti, il testo contrattuale non era "voluto dall'azienda", o non solo dalla azienda, poiché 1300 *shoppers* (alta percentuale di lavoratori) avevano espresso adesione al testo dando a Fisascap mandato a sottoscriverlo, e, come sottolineato dal resistente, "l'accordo relativo agli shopper è quello negoziato con FISASCAT il 30.12.2020 ... Già dal giorno dopo la firmeremo di nuovo al tavolo con tutte le sigle che lo vorranno", e non vi era alcun testo alternativo, o più favorevole per gli *shoppers*, caldeggiato dalle OO.SS. ricorrenti, e non si può avere una lesione delle "regole di confronto democratico e della dialettica sindacale" se manca non solo la lesione, ma proprio il confronto e la dialettica, per esclusiva responsabilità delle OO.SS.

2c. Da quanto sopra esposto e dalle corrette considerazioni della resistente sul punto, si deduce che non può ravvisarsi, o quantomeno non risulta provata, la violazione del cit. art. 17 dello statuto.

Addirittura si dubita che si possa giuridicamente ipotizzare anche in astratto, che vi sia un "sindacato di comodo", e che si sia violato il "divieto di costituire o sostenere, con mezzi finanziari o altrimenti, associazioni sindacali dei lavoratori".

In ogni caso, anche a dare una interpretazione elastica ed estensiva dei termini della norma, vi è che i ricorrenti non hanno dimostrato che si tratti di un sindacato non genuino o "di comodo" e che sia stato creato o sostenuto in qualche modo dal datore di lavoro, a differenza degli altri.

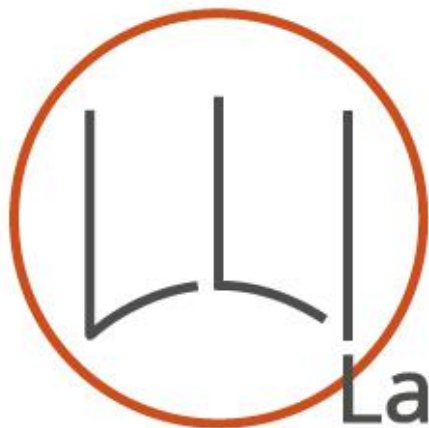
Non si può escludere, anzi sembra altamente probabile che i 455 lavoratori aderenti (verosimilmente facenti parte del 1.300), stante la oggettiva latitanza e inconcludenza delle OO.SS. tradizionali, si siano spontaneamente riuniti in un'associazione sindacale, per portare a compimento una trattativa che andava avanti da mesi e che non si era conclusa nonostante il mandato in tal senso di 1.300 *shopper*.

2d. A maggior ragione non si ravvisa, o quantomeno non risulta provata, la violazione dell'art. 8 dello Statuto.

Si dubita che si possa giuridicamente ipotizzare, anche astrattamente, la violazione dell'art. 8 dello Statuto ovvero del "divieto di indagini sulle opinioni" poiché non sono state fatte "indagini" per raccogliere "dati" e non era questa la finalità della condotta. L'acquisizione dati poteva essere una conseguenza della condotta (avendo il datore di lavoro messo a disposizione di FISASCAT-CISL il proprio canale comunicativo), ma, anche a prescindere dalla circostanza che i mandati non erano espressivi di alcuna "preferenza" sindacale bensì per la raccolta di mandati, per sottoscrivere l'accordo del 30.12.2020, essi sono stati trasmessi al sindacato senza trattare o conservare, alcun "dato" afferente la partecipazione sindacale o le opinioni in merito da parte di singoli. – *Omissis*.

PQM

respinge il ricorso proposto da Nidil Cgil di Bologna, Filcams Cgil di Bologna, Uiltemp Uil Emilia Romagna, Uiltemp Uil Emilia Romagna, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, nei confronti di S24 spa, in persona del rappresentante legale. – *Omissis*.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Lavoro agile emergenziale
tra obblighi di tutela della persona
ed esigenze dell'impresa**

CLAUDIA OGRISEG
Università di Milano

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Lavoro agile emergenziale tra obblighi di tutela della persona ed esigenze dell'impresa

CLAUDIA OGRISEG

Avvocatessa

Università di Milano

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro e Relazioni Industriali

claudia.ogriseg@ogriseg.legal

ABSTRACT

The need to contain the pandemic in the past year has given a formidable boost to the use of human resources in a smart way. Companies have had the opportunity to employ their employees by derogating from the rules defined in Law 81/2017. The emergency discipline has introduced a simplification that has apparently facilitated the use of remote work performance, leaving the structure of responsibility for companies unchanged.

This extraordinary opportunity to experiment with the agile way of working has led companies to use their human resources remotely without a precise risk analysis, without adopting adequate security measures, without regulation on management, disciplinary and control power. Smart working was used as a business continuity tool, but according to Istat, the Italian labor market has experienced a drop in productivity, a drop in efficiency, as well as negative consequences on the interpersonal relationships of workers.

The study intends to examine how, during the use of smart working, extensive employer obligations to protect the physical and moral personality of employees persist and the need for an adequate risk assessment that allows the

preparation of timely information on the health risks and on the processing of personal data. The need to protect companies, personal data being processed and secret company data in the case of smart working suggests adopting an organizational system that develops new methods of remuneration linked to the achievement of objectives and that allows effective and efficient internal disciplinary control on the worker and on the activities so as to allow, in the most serious cases, the possible intervention of the police with computer search tools.

The final reflections analyze the need / opportunity to organize the use of smart working in a uniform manner within the company, enhancing the potential of smart contracts via blockchain to protect employers' needs for accountability.

Keywords: smart working; employer's obligations; monitoring power; disciplinary power; personal data; GDPR; risk assessment; smart contract; blockchain.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13170>

Lavoro agile emergenziale tra obblighi di tutela della persona ed esigenze dell'impresa

SOMMARIO: 1. L'apparente semplificazione della normativa emergenziale sul "lavoro agile" e il persistere di ampi obblighi e responsabilità datoriali. – 2. L'assetto delle tutele a protezione del lavoratore "agile": a) le garanzie per la salute e sicurezza. – 3. (segue): b) le garanzie per la protezione dei dati personali. – 4. L'impiego del lavoro "agile" emergenziale durante la pandemia secondo le indagini. – 5. Le possibili strategie per la soluzione alle criticità di efficienza e produttività del lavoro agile emerse durante la pandemia: a) la definizione delle forme di esercizio del potere direttivo, organizzativo con indicazione di fasi, cicli, obiettivi, strumenti di lavoro e previsione degli indicatori di efficienza/produttività. – 6.(segue): b) la definizione del potere di controllo all'esterno dei locali aziendali tra esigenze di verifica delle attività rese in modalità agile e i limiti all'utilizzabilità degli elementi di prova raccolti in occasione dell'utilizzo degli strumenti di lavoro PC/tablet/smartphone e dei software nonché tramite fonti OSINT (art.4 co.1-2 l. n. 300/1970). – 7. L'esigenza/opportunità di regolare a livello aziendale in maniera uniforme il lavoro agile e sfruttare *blockchain* e *smart contract* a garanzia delle esigenze datoriali di *accountability* in materia di salute e sicurezza/protezione dei dati personali.

1. L'apparente semplificazione della normativa emergenziale sul "lavoro agile" e il persistere di ampi obblighi e responsabilità datoriali

Le esigenze di contenimento della pandemia hanno dato in quest'ultimo anno un formidabile impulso all'impiego di risorse umane in "modalità agile" ⁽¹⁾. Nella disciplina adottata ormai più di un anno fa il Governo ha consentito alle aziende di attivare unilateralmente la "modalità agile", nelle aree considerate a rischio nelle situazioni di pandemia nazionale/locale, in qualunque rapporto di lavoro subordinato e in assenza di accordo individuale, pur nel rispetto dei principi dettati dalla l. n.81/2017 ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Si pensi alle "chiusure" delle attività produttive in relazione ai codici Ateco considerate a maggior rischio contagio previste dapprima nel d. P. C. M. 11 marzo 2020, poi nel d. P. C. M. 22 marzo 2020 che ha disposto la chiusura fino al 3 aprile 2020, poi ancora nel d. P. C. M. 1 aprile 2020 che ha prorogato la chiusura sino al 13 aprile, nonché al d. P. C. M. 10 aprile 2020 che l'ha ulteriormente prorogata fino al 3 maggio 2020, nel d. P. C. M. 26 aprile 2020 che ha introdotto ulteriori codici Ateco relativi alle attività consentite prolungando la misura fino al 17 maggio 2020 e al d. P. C. M. 3 novembre 2020 che ha introdotto misure di sospensione legate a una classificazione delle regioni italiane in aree, per il tramite di apposita ordinanza del Ministro della salute secondo livelli di criticità di contagio inibendo l'esercizio di attività precisamente individuate.

⁽²⁾ Cfr. C. Alessi – M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. Bonardi – U. Carabelli – M. d'Onghia – L. Zoppoli, *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse Roma, 2020,

L'urgenza di non fermare totalmente l'economia del Paese ha portato a semplificare requisiti di "regolarità amministrativa" per l'impiego del lavoro in modalità "agile", senza tuttavia modificare strutturalmente il complessivo assetto della disciplina di riferimento (l. n.81/2017; d. lgs. n.81/2008 e s. m. i. con art.2087 c.c.; Reg. UE n.2016/679 con d. lgs. n.196/2003 e s. m. i.; art.4, l. n.300/70 e s. m. i.). Ai lavoratori sono stati riconosciuti veri e propri diritti all'accesso a una modalità "agile" di prestazione del lavoro ⁽³⁾. Alle aziende è stata consentita la possibilità di impiegare i propri dipendenti senza essere costrette a concordare alcunché individualmente con ciascun dipendente in deroga agli artt.18-23, l. n.81/2017, con una solo apparente semplificazione degli oneri e obblighi.

Complice l'apparente semplificazione generata dalla normativa emergenziale il lavoro "agile" o *smart working* è stato "svilito" a variante lessicale del lavoro in remoto. Abbandonata dalla normativa emergenziale la strategia di affidarsi alla negoziazione individuale, le imprese non sono riuscite a dedicare la dovuta attenzione per la creazione di un quadro di regole che delineasse nuove "forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro".

Risultano limitati, se non addirittura assenti durante la pandemia, la definizione da parte delle aziende di nuove modalità di esercizio della prestazione, la distribuzione oraria della prestazione, i tempi di riposo o le misure tecniche organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dagli strumenti tecnologici di lavoro, così come l'estensione dei poteri direttivo, disciplinare e di controllo all'esterno dei locali aziendali (secondo quanto prescritto dagli artt.19 e 21, l. n.81/2017 e art.4 l. n.300/1970 e s. m. i.). Il lavoro "agile" nell'emergenza, spesso disposto in assenza di accordo individuale, è stato sovente carente di una definizione condivisa dei contenuti dei poteri datoriali.

131; I. Senatori, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale* in *GiustiziaCivile.com* 24 marzo 2020; S. Cairoli, *Il lavoro agile*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Tomo I, Ed. VIII, Wolters Kluwer Milano, 2020, 96.

⁽³⁾ Grazie al d. P. C. M. 23 febbraio 2020 e alle misure di contenimento della diffusione del Covid-19 contenute in decreti legge il lavoro in modalità "agile" è stato uno strumento in alcuni casi "imposto" con riconoscimento di un vero e proprio diritto del dipendente a poter utilizzare la modalità (art. 90, co.4, d. l. n.34/2020 conv. in legge n.77/2020; d. l. n.125/2020 conv. in legge n.159/2020). Si veda M. Brollo, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica* in D. Garofalo, M. Tiraboschi (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, in V. Filì - F. Seghezzi (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, in *Adapt Labour Studies e-book series* n.89/2020, 167-208.

2. L'assetto delle tutele a protezione del lavoratore "agile": a) le garanzie per la salute e sicurezza

La percepita semplificazione delle misure emergenziali ha finito per consentire uno "svilimento" del lavoro "agile" con una diffusa sottovalutazione da parte delle imprese dei rischi e delle responsabilità connesse all'impiego di questa modalità di lavoro subordinato. A un esame attento, la disciplina emergenziale del lavoro in modalità "agile" non ha comportato deroghe significative all'assetto di responsabilità riconducibili al datore di lavoro. Non ci sono state modifiche alle norme a tutela dell'integrità psico-fisica del dipendente nelle relazioni di lavoro, né a quelle che regolano il trattamento dei dati personali poste a presidio di diritti e libertà fondamentali della persona. La normativa emergenziale si è limitata ad escludere l'obbligatorietà di un accordo individuale e a semplificare alcuni obblighi informativi.

Tuttavia le descritte semplificazioni hanno lasciato il datore di lavoro responsabile, anche durante la pandemia, della salute e della sicurezza del lavoratore "agile" non solo per effetto della l. n.81/2017, ma altresì del d. lgs. n.81/2008 e s. m. i. La declinazione degli obblighi di sicurezza per le modalità di lavoro "agile", contenuti nei principi generali comunitari e nazionali, comporta il persistere delle note responsabilità datoriali riguardo la salute e la sicurezza del lavoratore "agile" (art.22 co.1, l. n.81/2017), nonché riguardo il buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati qualora si opti per il modello COPE *Corporate Owned Personally Enabled* (art.18, co.2, l. n.81/2017) ⁽⁴⁾.

Durante la pandemia il datore di lavoro è rimasto obbligato ad adottare misure generali di tutela che presuppongono una "valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza" e una "programmazione della prevenzione mirata ad un complesso che integri in modo coerente (...) l'influenza (...) dell'organizzazione del lavoro". L' "eliminazione dei rischi (...) (o) la loro riduzione al minimo" deve essere perseguita tramite "il rispetto dei principi ergonomici nell'organizzazione del lavoro". Inoltre deve essere garantita una "informazione e formazione adeguate per i lavoratori" e una

⁽⁴⁾ Nella disciplina di emergenza è stata consentita la scelta datoriale di optare per il modello BYOD *Bring Your Own Device* con disapplicazione dell'art.18 co.2, l. n. 81/2017 (art. 87, co. 2, d. l. n. 18/2020, n. 18, conv. con modifiche dalla l. n. 27/2020).

“programmazione delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, anche attraverso l'adozione di codici di condotta e buone prassi” (art.15, co.1, d. lgs. n.81/2008 e s. m. i.).

La cd. proceduralizzazione dell'obbligo di “massima sicurezza tecnologicamente fattibile” non è stata temporaneamente semplificata continuando ad obbligare il datore di lavoro ad attivarsi secondo quattro direttrici: valutazione e prevenzione; programmazione; partecipazione informata dei destinatari della protezione; aggiornamento tecnico continuo delle misure adottate (art. 2087 c. c. e d. lgs. n.81/2008 e s. m. i.). Il datore di lavoro è rimasto vincolato ad analizzare e valutare tutte le possibili ripercussioni dell'impiego “agile” ri-elaborando e/o revisionando il documento di valutazione del rischio (cd. DVR - cfr. art.28, co.1 e 1bis, e art.29 co.3, d. lgs. n.81/2008 e s.m.i.).

Il lavoratore “agile” è viceversa rimasto libero di scegliere il luogo di lavoro, tuttavia nessuna modifica è stata apportata all'obbligo di verifica preliminare sull'idoneità e sicurezza dell'ambiente in cui si appresta a lavorare. In effetti “ogni tipologia di spazio può assumere la qualità di “luogo di lavoro” a condizione che ivi sia ospitato almeno un posto di lavoro o esso sia accessibile al lavoratore nell'ambito del proprio lavoro e il datore di lavoro è responsabile della valutazione del rischio cui il lavoratore potrebbe essere esposto” (5).

E si osservi che simili valutazioni non riguardano solo l'eventuale esigenza di adeguare le postazioni di lavoro “remotizzate” riducendo/escludendo i rischi fisici “tradizionali” caratteristici delle postazioni di lavoro negli uffici. Ci si riferisce ai requisiti di sicurezza elettrica e antincendio da garantire ai luoghi eletti a postazione lavorativa, a quelli ergonomici della seduta, della scrivania, del monitor del PC per eliminare i rischi muscoloscheletrici ovvero ai requisiti illuminotecnici per eliminare i rischi di affaticamento visivo. Tutti adeguamenti che, rientrando nelle misure di *welfare* aziendale, potrebbero essere adottati dal dipendente e rimborsati dall'azienda a titolo di *fringe benefit* quindi essere considerate reddito da lavoro e deducibili ai fini del reddito di impresa (cd. *bonus smartworking* misura prevista per il 2020 nell'art.112 d. l. n.104/2020 e replicata nel decreto sostegni conv. in l. n.69/2021) (6).

(5) Cfr. Cass. sez. pen. 27 giugno 2017, n. 45808.

(6) Si tratta di strumenti di *welfare* aziendale a cui viene riconosciuta un'esenzione fiscale, che non concorrono alla formazione del reddito e che richiesti all'azienda saranno pagati dallo Stato fino a 516 euro per ciascun lavoratore. Cfr. l'art. 112 d. l. n.104/2020

Si tratta altresì di adottare misure finalizzate a ridurre/eliminare i rischi connessi alla modalità “agile” di esecuzione della prestazione lavorativa: persiste l’obbligo datoriale di valutare “tutti i rischi” che potrebbero interessare l’attività in remoto del dipendente tra cui per esempio anche quello di *stress* lavoro correlato (7). In effetti, già l’art.19 l. n.81/2017 suggeriva l’adozione di “misure tecnico-organizzative” necessarie per assicurare la disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro tra le politiche di prevenzione per il lavoratore “agile” (8).

In sintesi l’utilizzo di risorse umane in “modalità agile” vincola il datore di lavoro ad esaminare le modifiche delle postazioni e dell’organizzazione del lavoro nonché quelle attinenti al controllo dei dipendenti. Se è vero che l’eterodirezione delle energie lavorative prescinde da una rigida predeterminazione del luogo della prestazione con il conseguente venir meno di rischi significativi (si pensi a quello biologico dovuto alla pandemia), è anche vero che l’organizzazione del lavoro in modalità “agile” genera diversi e ulteriori rischi che debbono essere comunque analizzati, contenuti e monitorati dalle aziende.

Il datore di lavoro, anche nella disciplina emergenziale, continua ad essere obbligato a ri-valutare i rischi all’integrità psico-fisica, in occasione di modifiche dell’organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza (art.29, d. lgs. n.81/2008 s. m. i.) nonché, come vedremo, a riesaminare e aggiornare, in quanto titolare del trattamento dei dati personali, misure tecniche ed organizzative adeguate adottate a protezione delle informazioni personali (art.24, par.1, Reg. UE n.2016/679). Nonostante le semplificazioni adottate nella normativa emergenziale in tema di lavoro “agile” ogni azienda è comunque tenuta a seguire i dettami prescritti nel d. lgs.

“l’importo del valore dei beni ceduti e dei servizi prestati dall’azienda ai lavoratori dipendenti che non concorre alla formazione del reddito ai sensi dell’art.51, co. 3, d. P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 è elevato ad euro 516,46”. Cfr. gli interpelli dell’Agenzia delle Entrate n.314/2021 e n.328/2021 sull’assoggettabilità dei rimborsi riconosciuti ai dipendenti impiegati in modalità “agile”.

(7) Cfr. P. Campanella, *Smart working e salute e sicurezza del lavoratore: soggetti, metodi e contenuti delle tutele* in U. Carabelli, L. Fassina (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro. I seminari della Consulta giuridica della CGIL n. 4/2021* in www.bollettinoadapt.it/smart-working-tutele-e-condizioni-di-lavoro/ in cui l’A. riferendosi al lavoro in modalità “agile” parla di lavoro “a basso tasso di fisicità e ad alto grado di porosità” che quindi impone “un’attenzione preponderante andrà indirizzata all’orario, al carico, ai ritmi produttivi, sul versante dei fattori di contenuto del lavoro, e all’interfaccia famiglia/lavoro, nonché ai rapporti sociali con colleghi/superiori, sul versante dei fattori di contesto organizzativo”.

(8) Cfr. R. Di Meo, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, LLL, 2017, fasc. 2.

n.81/2018 e s. m. i. e nell'art.2087 c.c. e ad esaminare e valutare i rischi legati allo svolgimento delle attività in remoto e rese in ambiente domestico, magari in presenza di minori o altri familiari.

L'obbligo di attestare un esame dei rischi potenzialmente presenti nella nuova organizzazione del lavoro potrebbe derivare dall'esigenza di esaminare il possibile aggravamento dei rischi muscolo scheletrici connessi al lavoro reso in ambiente domestico tramite strumenti informatici ovvero il possibile aggravamento dei rischi elettrici legati all'utilizzo di PC/tablet in ambiente non lavorativo. Analoghe considerazioni potrebbero valere per l'esigenza di esaminare la possibile insorgenza di nuovi rischi *stress* lavoro correlato dovuti all'isolamento sociale e alla conciliazione del lavoro con l'aumento dei carichi di cura familiari particolarmente presenti in caso di lavoratori giovani e/o donne.

Non dimentichiamo che nel d. lgs. n.81/2008 all'art.3 co. 10 il datore di lavoro è tenuto a garantire «l'adozione di misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda, nel rispetto di regolamenti o accordi aziendali» (9). Per non parlare dell'esigenza di valutare i rischi alla salute e sicurezza derivanti dalle difficoltà di conciliazione dei tempi di lavoro e dalle esigenze di cura di minori/componenti del nucleo familiare e ancora ai rischi di sovraccarico cd. *burn-out* legati al rischio di confusione tra tempi di lavoro e tempi di riposo per chi resta “prigioniero” di chiamate/ricieste inoltrate a tutte le ore oppure riunioni programmate di continuo (10).

Nella disciplina emergenziale non viene prevista alcuna deroga all'obbligo datoriale di adottare “misure tecnico-organizzative” necessarie per assicurare la disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro (art.19, l. n.81/2017). Né alcuna deroga è prevista all'obbligo di consegnare a dipendente e rappresentante per la sicurezza un'informativa, quantomeno annuale, sui rischi generali e specifici connessi alle particolari modalità di esecuzione del rapporto di lavoro (art.22, co.1, l. n.81/2017).

Nonostante la responsabilizzazione del dipendente, sul lavoratore “agile” continuano a persistere “meri” obblighi di cooperazione all'attuazione

(9) Cfr. C. Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018, 148 e ss.

(10) L'OIL e Eurofound hanno rilevato come la prestazione svolta con strumenti informatici comporti rischi di interferenze tra lavoro retribuito e vita personale (*Eurofound, Ilo, “Working anytime, anywhere working: the effects on the world of work”*) con conseguenze per la salute del dipendente anche sotto l'aspetto psicologico. Le possibili conseguenze sono insonnia, irritabilità, stress lavoro correlato o sindrome da *burn out*.

delle misure di prevenzione comunque decise dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione anche all'esterno dei locali aziendali (art.22, co. 2, l. n.81/2017).

La regolazione emergenziale dell'impiego "agile" comporta il venir meno dell'obbligo di regolazione a livello individuale, con una semplificazione solo di alcuni obblighi informativi da rendere alla persona impiegata in modalità agile. Si tratta degli obblighi di informazione sui rischi per la salute e sicurezza connessi all'attività svolta e sulle misure e le attività di protezione e prevenzione adottate (art.36, co. 2 lett. a) e c), d.lgs. n.81/2008 s.m.i.).

3. (segue): b) le garanzie a protezione dei dati personali

Sostanzialmente immutato risulta altresì l'assetto delle tutele a protezione dei dati personali del lavoratore impiegato in modalità "agile" poste a presidio di diritti e libertà fondamentali della persona che, nel maggio del 2018 con l'entrata in vigore del Reg. UE n.2016/679, è stato profondamente ridefinito ⁽¹¹⁾.

Durante l'emergenza la normativa sul trattamento dei dati personali (Reg. UE n.2016/679; d. lgs. n. 196/2003 e s.m.i.), armonizzata con la disciplina speciale relativa al rapporto di lavoro subordinato volta al bilanciamento tra diversi interessi in gioco (protezione dei dati personali; dignità della persona; tutela dell'impresa; tutela della salute pubblica), ha mantenuto un duplice piano di operatività delle garanzie a tutela dei dati personali dei dipendenti impiegati in modalità "agile" ⁽¹²⁾.

Un piano "generale" che impone al datore di lavoro, in qualità di titolare del trattamento di dati personali, il rispetto dei principi di liceità, necessità, trasparenza, pertinenza, proporzionalità e non eccedenza delle informazioni raccolte sul dipendente e la sua attività (art.5 Reg. UE n. 2016/679).

⁽¹¹⁾ Mi sia consentito rinviare a C. Ogriseg, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, LLI, 2016, 2 (2), R. 27-64. Sul punto si vedano altresì le ricostruzioni di A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, 2018, 75 ss.; V. Turci, *Il trattamento dei dati personali nell'ambito del rapporto di lavoro*, in V. Cuffaro – R. d'Orazio – V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli Torino, 2019, 517; V. Cerocchi – V. Colarocco, *I dati personali e la tutela della persona* in Cassano G., Previti S. (a cura di), *Diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè Milano, 2020, 379-390.

⁽¹²⁾ Sul contemperamento di interessi cfr. M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, ADL, 2016, n. 3, 483 ss.

Non ci riferisce solo agli obblighi generali che impongono al datore di lavoro, in quanto titolare del trattamento, di mappare «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile» proprio dipendente/collaboratore che raccoglie o ha intenzione di raccogliere (art. 4 Reg. UE n.2016/679). In effetti, i dipendenti potrebbero essere identificati, direttamente o indirettamente: «possono essere associat(i) a identificativi online prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, i marcatori temporanei (cookies) o identificativi di altro tipo, quali i tag di identificazione a radiofrequenza (...) (e tali) identificativi possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle» (considerando 30 Reg. UE n.2016/679) ⁽¹³⁾.

Ma altresì si fa riferimento agli obblighi generali che impongono al datore di lavoro di individuare le basi giuridiche e le finalità per cui raccoglie e utilizza le informazioni personali dei propri dipendenti comuni o particolari, eventualmente esaminando la possibilità di modificarle nel corso del rapporto ⁽¹⁴⁾. E da ultimo impongono al datore di lavoro di definire gli strumenti/mezzi tramite i quali svolge operazioni di trattamento e i destinatari dei dati raccolti e utilizzati, stabilire le modalità e tempi di conservazione adottando adeguate misure di sicurezza ⁽¹⁵⁾.

Un piano “speciale” previsto dalla normativa giuslavoristica, strettamente connesso alle peculiarità del rapporto contrattuale di lavoro, che garantisce l’equilibrio dei rapporti considerando la particolare soggezione del dipendente/interessato al trattamento dei dati rispetto al datore di lavoro/titolare del trattamento (art.80 Reg. UE n.2016/679).

Si tratta di un piano di tutele speciali che impone al titolare del trattamento in quanto datore di lavoro di rispettare riservatezza, dignità e diritti fondamentali del lavoratore interessato al trattamento. In simile prospettiva il datore di lavoro sarà tenuto a garantire la sfera privata del

⁽¹³⁾ Sull’enorme quantità di dati personali (big data) che potrebbero essere raccolti dal datore di lavoro cfr. A. Pizzoferrato, *Gli effetti del GDPR sulla disciplina del trattamento aziendale dei dati del lavoratore*, ADL, 2018, n. 4, 1034 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. Bravo, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. F. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli Bologna, 2017, 101 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. C. OgriseG, *Le basi giuridiche del trattamento dei dati* in P. Perri – G. Ziccardi (a cura di), *Tecnologia e Diritto. Volume II - Informatica giuridica - Data governance, protezione dei dati e GDPR, mercato unico digitale, blockchain, Pubblica Amministrazione digitale*, Giuffrè Milano, 2019, 75 ss.

dipendente evitando di trattare informazioni personali prive di connessione con l'idoneità professionale (art.8, l. n.300/1970). In caso di controlli sul dipendente tramite strumenti specifici (telecamere, *software*, *app*), il datore di lavoro sarà tenuto a rispettare la dignità del dipendente in coordinamento con le logiche collettive di protezione sindacale (cfr. accordo rappresentanze sindacali o autorizzazione Ispettorato Territoriale del Lavoro art.4 co.1 l. n.300/1970). E comunque il datore di lavoro sarà obbligato a informare ciascun dipendente/interessato sulle modalità d'uso degli strumenti di lavoro e sull'effettuazione dei controlli in occasione dello svolgimento dell'attività pena l'inutilizzabilità delle informazioni raccolte (art.4, co.2, l. n.300/1970) ⁽¹⁶⁾.

Nella normativa emergenziale non c'è stato alcun "ridimensionamento" del descritto assetto di obblighi datoriali posti a garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali della persona impiegata in modalità "agile" ⁽¹⁷⁾.

Per quanto riguarda le *garanzie operanti sul piano generale* riconosciute al dipendente impiegato in modalità "agile" e connesse all'esigenza di liceità e alle basi giuridiche del trattamento dei dati personali, il datore di lavoro continua a risultare legittimato a trattare le informazioni personali comuni del dipendente purché necessarie all'esecuzione del contratto di lavoro e/o all'adempimento di obblighi di l. (art.6, par.1, lett. b-c) Reg. UE n.2016/679). Si tratta dell'utilizzo delle informazioni anagrafiche, del recapito telefonico/informatico, delle attitudini/requisiti professionali indispensabili all'elaborazione del contratto e/o alla gestione del rapporto di lavoro. Il datore di lavoro risulta legittimato alla raccolta/utilizzo di dati comuni per esempio riferibili all'impiego degli strumenti informatici e/o di internet finalizzati al soddisfacimento degli interessi legittimi datoriali, come ad esempio quello di

⁽¹⁶⁾ Cfr. la completa ed esaustiva ricostruzione integrata di A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, cit., 83 e ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. E. Dagnino, *I riflessi della normativa anti-Covid-19 sulla tutela della Privacy* in D. Garofalo, M. Tiraboschi (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, in V. Fili, F. Seghezzi F. (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, Adapt Labour Studies e-book series n.89/2020, 156.166. L'Autore analizza la disciplina emergenziale con ripercussioni sul trattamento dei dati personali nel rapporto di lavoro osservando l'esistenza "(i) disposizioni di dettaglio su trattamenti relativi a specifiche misure, (ii) previsioni di deroga espressa con riferimento ai trattamenti posti in essere per motivi di interesse pubblico da parte dei soggetti deputati alla gestione dell'emergenza e (iii) misure che pure comportando trattamento di dati personali, anche in potenziale deroga alla disciplina vigente, trovano nella normativa dell'emergenza una garanzia per la propria applicazione." Si pensi al caso delle certificazioni ai fini Inps per le assenze da lavoro connesse alla misura della quarantena precauzionale con riguardo alla seconda tipologia di trattamento (art. 17bis d. l. n. 18/2020, conv. legge n. 27/2020) o alle disposizioni contenute nei *Protocolli condivisi di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro* (del 20 marzo 2020 e del 24 aprile 2020).

tutela del patrimonio aziendale o di terzi, a patto che siano esplicitati, necessari e proporzionati (art.6, par.1, lett.f), Reg. UE n.2016/679). Il datore di lavoro continua a essere legittimato a trattare altresì le informazioni personali di natura *particolare* (attinenti all'orientamento sindacale, alla salute) necessarie ad assolvere gli obblighi ed esercitare diritti specifici in materia di diritto del lavoro e sicurezza sociale (art.9, par.2, lett.b) e g) Reg. UE, n.2016/679). Il datore di lavoro continua a essere legittimato alla raccolta/utilizzo di informazioni attinenti alla salute del dipendente, anche con specifico riferimento all'epidemia Covid-19, e ai profili di idoneità professionale necessarie per finalità di gestione del rapporto, medicina del lavoro, Protocolli anti-contagio e motivi di interesse pubblico rilevante in base diritto UE/Stati membri (art.9, par.2, lett.g) Reg. UE n.2016/679 e art.2 *sexies* co.2, d.lgs. n.196/2003). Legittime potrebbero altresì essere la raccolta/utilizzo/conservazione di dati attinenti alla salute necessari per l'accertamento, esercizio, difesa di diritti in sede giudiziaria (art.9, par.2, lett. f) Reg. UE n. 2016/679) senza dimenticare i dati personali particolari resi manifestamente pubblici dal dipendente interessato (art.9, par.2, lett. e) Reg. UE n.2016/679) (18).

Anche in tempi di pandemia le aziende (che in quanto titolari del trattamento impiegano risorse umane in modalità "agile") continuano a risultare obbligate a ri-esaminare/ri-valutare ed eventualmente attivarsi per ridurre i rischi alla persona attinenti allo svolgimento della prestazione lavorativa in ambiente remoto e familiare, anche connessi alle attività di trattamento dei dati personali.

Persiste quindi l'assetto delle responsabilità per il datore di lavoro il quale, tenendo conto dello "stato dell'arte e dei costi di attuazione", continua a essere tenuto a proteggere i dati personali dei dipendenti adottando "misure tecniche ed organizzative adeguate" (come la pseudonimizzazione) "volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati" (come la minimizzazione) nonché "a garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento" (art.25, par.1-2, Reg. UE n.2016/679) ed "essere in grado di

(18) Si pensi alle informazioni personali raccolte e memorizzate nelle reti dei *social network* come conseguenza della scarsa consapevolezza degli utenti cfr. 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 Torino, 2017, 37; E. Rocchini, *Nuove tecnologie e diritto del lavoro: prospettive di integrazione*, in R. Pessi – P. Matera – G. Sigillò Massara (a cura di), *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e blockchain*, Eurilink 2021, 203.

dimostrare che il trattamento (dei dati personali dei dipendenti) è effettuato conformemente al Regolamento” (art.24, par.1 Reg. UE n.2016/679).

La disciplina emergenziale del lavoro “agile” non si spinge a definire ulteriori obblighi specifici per il titolare del trattamento-datore di lavoro nel trattamento dei dati personali dei dipendenti. Resta invariata la disciplina sul controllo dei dipendenti riguardo prestazioni e presenze, vigilanza ed estrazione dei dati relativi al traffico internet; accesso allo scambio di comunicazioni elettroniche; analisi delle informazioni di geolocalizzazione (art.88, Reg. UE n.2016/679). Sicché tra i limiti al trattamento dei dati delle risorse umane continuano a mantenere tutta la loro efficacia l’art. 8, l. n. 300/1970 (che legittima il trattamento dei dati cd. extralavorativi purché rilevanti ai fini del rapporto di lavoro) e l’art.4, l. n.300/1970 (che ammette l’utilizzabilità a tutti i fini del rapporto di lavoro delle risultanze dei monitoraggi tramite “strumenti di lavoro” e/o sistemi di sorveglianza previo accordo sindacale/autorizzazione amministrativa).

Nella gestione delle attività lavorative in remoto da parte del lavoratore impiegato in modalità “agile” e dei conseguenti controlli a distanza il datore di lavoro resta responsabilizzato ad organizzare il trattamento dei dati personali secondo precisi principi di trasparenza, necessità, pertinenza, non eccedenza, proporzionalità, liceità nel rispetto di norme nazionali (cfr. art. 5 Reg. UE n.2016/679 e art.4, l. n.300/1970) nonché ad esaminare, valutare e adottare misure adeguate alla protezione delle informazioni trattate.

Pertanto anche durante l'emergenza il combinato disposto della normativa europea (Reg. UE n. 2016/679) e nazionale (d. lgs. n.196/2003 e s.m.i.) porta a ritenere che in occasione del controllo a distanza del dipendente “agile” si debbano raccogliere informazioni necessarie, pertinenti, proporzionate e non eccedenti lo scopo della verifica (cd. principio di proporzionalità). E ancora che il controllo sul dipendente “agile” potrebbe essere finalizzato ad esempio a garantire la sicurezza o la continuità aziendale, o a prevenire e reprimere illeciti (cd. principio di finalità). E che in ogni caso il trattamento dei dati del personale “agile” dovrebbe comunque risultare necessario o indispensabile rispetto ad uno scopo determinato ed avere il carattere dell'eccezionalità, limitato nel tempo e nell'oggetto, mirato e mai massivo (cd. principio di liceità). Da ultimo i dati personali delle risorse umane “agili”, trattati dal datore di lavoro, dovrebbero essere protetti in modo adeguato (cd. principio di sicurezza) e in ogni caso il trattamento dei dati dei dipendenti dovrebbe essere sempre successivo a una completa informativa sui

limiti di utilizzo degli strumenti e delle possibili sanzioni (cd. principio di trasparenza).

Secondo il descritto assetto normativo le aziende che decidono di avvalersi di risorse umane impiegate in modalità “agili” sono comunque tenute a riesaminare e aggiornare le politiche adottate in materia di protezione dei dati personali (art.24 Reg. UE n.2016/679). Un tanto non solo per valutare la prestazione “agile” anche ai fini della quantificazione della retribuzione, ma altresì per monitorare il dipendente e controllare eventuali comportamenti rilevanti a fini di una possibile responsabilità disciplinare (in caso di infedeltà), penale (in caso di violazione di segreti commerciali e/o diffamazione) o amministrativa dell'ente societario (in caso commissione di reati presupposto nell'interesse dell'impresa) ⁽¹⁹⁾.

Resta inteso che nell'ipotesi in cui il dipendente “agile” si renda responsabile di un comportamento rilevante penalmente il tracciamento digitale dell'attività lavorativa (forma di controllo a distanza) potrebbe essere legittimato dall'esigenza dei cd. controlli difensivi e ciò indipendentemente dalla previa mediazione sindacale e/o amministrativa prescritta dall'art.4, co.1 l. n.300/1970 e s.m.i. ⁽²⁰⁾.

Si ritiene di aderire a quella dottrina che esclude che la riforma dell'art.4 l. n.300/1970 nel 2015 abbia definitivamente ricondotto i controlli difensivi nell'alveo della procedura autorizzatoria ⁽²¹⁾. Posizione condivisibile e altresì coerente con il più recente orientamento della Corte di Cassazione in cui si ritiene che gli accertamenti effettuati dal datore di lavoro, diretti ad accertare comportamenti illeciti e lesivi dell'immagine aziendale costituenti astrattamente reato, esulino dall'ambito applicativo dei limiti contenuti nell'art.4 l. n.300/1970 e s.m.i.. Negli ultimi arresti si è osservato che una simile interpretazione sarebbe in ogni caso ispirata a “un equo e ragionevole bilanciamento fra le disposizioni costituzionali che garantiscono il diritto alla dignità e libertà del lavoratore nell'esercizio delle sue prestazioni oltre al diritto del cittadino al rispetto della propria persona (artt. 1, 3, 35 e 38 Cost.), ed il

⁽¹⁹⁾ Cfr. G. Dezzani – S. Ricci, *Reati informatici e responsabilità amministrativa dell'ente*, in G. Cassano – G. Scorza - G. Vaciago (a cura di), *Diritto dell'internet. Manuale operativo. Casi legislazione, giurisprudenza*, Cedam Padova, 2013, 619.

⁽²⁰⁾ Cfr. sui controlli a distanza svolti tramite strumenti audiovisivi e/o informatici al fine di accertare eventuali condotte illecite del dipendente A. Minervini, *I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda*, LG, 2014, n. 4, 314 ss.; M. del Conte, *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica*, 2007, n. 3, 497 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. M. Marazza, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *ADL*, 2016, n. 3, 483.

libero esercizio della attività imprenditoriale (art. 41 Cost.), con l'ulteriore considerazione che non risponderebbe ad alcun criterio logico-sistematico garantire al lavoratore – in presenza di condotte illecite sanzionabili penalmente o con la sanzione espulsiva – una tutela alla sua “persona” maggiore di quella riconosciuta ai terzi estranei all'impresa ⁽²²⁾. La rilevanza penale dei comportamenti del dipendente “agile” consentirebbe al datore di lavoro non solo di controllarne l'attività a fini difensivi, trattandone i dati personali, ma altresì di sanzionarlo disciplinarmente anche a prescindere dai contenuti del codice disciplinare e dalla conoscenza/accessibilità del codice disciplinare affisso in azienda.

In assenza di comportamenti con rilievo penale, pare opportuno precisare come siano rimasti invariati i generali obblighi di informazione sul trattamento dei dati personali in caso di impiego del dipendente in modalità “agile”, codificati nell'art.13 Reg. UE n.2016/679 e nell'art.4 co.2, l. n.300/1970 e s.m.i.

Il datore di lavoro, in quanto titolare del trattamento dei dati dei dipendenti, continua a dover rendere consapevole il dipendente riguardo le informazioni che potrebbero essere trattate in occasione del suo impiego in modalità “agile”. Inoltre le attività rese dal dipendente impiegato in remoto e in ambiente familiare potrebbero implicare la raccolta di ulteriori informazioni personali (anche legate alle abitudini quotidiane) che potrebbero essere finalizzate all'esigenza di monitorare le attività e/o sorvegliare il dipendente. Si tratta di trattamenti di dati personali del dipendente connessi al controllo a distanza, sussumibili nella fattispecie di cui all'art. 4 c, par. 1 n.2 Reg. UE n.2016/679, che potrebbero riguardare l'utilizzo di strumenti di lavoro (*software* installati su PC/tablet/smartphone, *account* di posta elettronica aziendale e/o navigazione nel web - art.4, co. 2, l. n.300/1970 e s.m.i.) ovvero le risultanze registrate tramite ulteriori dispositivi (*webcam, software, GPS* etc.). Trattamenti che potrebbero essere soggetti all'obbligo di valutazione d'impatto in caso di rischio elevato per i diritti e le libertà del dipendente (art.35 Reg. UE n.2016/679) ⁽²³⁾ e in ogni caso autorizzati dall'Ispettorato o tramite accordo sindacale (art.4 co.1, l. n. 300/1970), pena l'inutilizzabilità delle informazioni raccolte (art.4, co.3, l. n. 300/1970 e s.m.i.).

⁽²²⁾ Cfr. Cass. 2 maggio 2017, n.10636.

⁽²³⁾ Si veda R. Torino, *La valutazione d'impatto (Data Protection Impact Assessment)*, in V. Cuffaro – R. d'Orazio – V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli Torino, 2019, 855.

Nella disciplina del “lavoro in modalità agile emergenziale” restano quindi elevate le responsabilità datoriali definite nel complesso normativo posto a tutela dei diritti fondamentali. Le semplificazioni dei requisiti di “regolarità amministrativa” interessano solo gli obblighi di informazione sui rischi alla salute e sicurezza senza alcun cenno alle previsioni del Reg. UE n.2016/679. Tuttavia come vedremo le agevolazioni previste per fronteggiare l'eccezionale emergenza pandemica hanno di fatto indotto le aziende a impiegare in emergenza le proprie risorse umane in remoto, senza dedicarsi a una puntuale analisi dei rischi volta a definire le misure di sicurezza da adottare e una conseguente regolazione quantomeno aziendale dello strumento.

4. L'impiego del lavoro “agile” emergenziale secondo le indagini

Nell'Indagine condotta dall'Istat sul mercato del lavoro italiano nel 2020 il lavoro agile o *smart working* è stato utilizzato come strumento di *business continuity* ⁽²⁴⁾: misura organizzativa preferenziale per abbattere il rischio di contagio negli ambienti di lavoro in risposta alla gravissima emergenza pandemica.

Nella primissima fase pandemica un'indagine condotta dalla CGIL ha evidenziato come l'82% delle persone impiegate in modalità “agile” abbia iniziato a causa della pandemia ⁽²⁵⁾. La *Doxa* ha evidenziato un impiego del lavoro “agile” massivo (73%) prevalentemente nelle multinazionali (90%) e con un'elevata efficienza percepita della misura (90%). Si è diffusa l'erronea percezione che la modalità di lavoro “agile” potesse essere facilmente utilizzata senza l'esigenza di dedicarvi particolare attenzione.

Nelle recenti indagini svolte dalla Fondazione Studi Consulenti del lavoro “*il 28,2% (dei lavoratori) ha potuto raggiungere familiari o parenti che vivono in altre città, il 27% ha lavorato anche per brevi periodi in luoghi diversi da quello di residenza, come posti di vacanza, seconde case*” e questa alternanza dei luoghi ha aumentato il rischio di inadeguatezza delle postazioni domestiche, già considerato fattore “critico” per la salute dei lavoratori ⁽²⁶⁾. In effetti, “quasi la

⁽²⁴⁾ Istat, *Mercato del lavoro 2020*, febbraio 2021 in www.istat.it/it/archivio/254007

⁽²⁵⁾ CGiL-Fondazione Di Vittorio, *Quando lavorare da casa è... SMART? 1° Indagine Cgil/Fondazione Di Vittorio sullo Smart working*, maggio 2020 in www.cgil.it/admin_nv47t8g34/wp-content/uploads/2020/05/Indagine_Cgil-Fdv_Smart_working.pdf

⁽²⁶⁾ Cfr. Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro, *Smart working Una rivoluzione nel lavoro degli italiani* in www.consulentidellavoro.it/files/PDF/2021/AnalisiStatistiche/20210424_Smartworking.pdf.

metà degli occupati che lavorano da casa (48,3%, stimabile in 2,6 milioni di dipendenti) lamenta l'insorgenza di problemi fisici derivanti da tale aspetto; elemento che risulta particolarmente accentuato tra gli uomini (50,4%) e tra i giovani, dove è il 53,6% a segnalare tale tipo di problema” (27).

Nell'Inchiesta sul lavoro da remoto a cura della rete lavoratrici e lavoratori agili Italia più del 50% degli intervistati ha dichiarato di aver dovuto utilizzare le proprie apparecchiature elettroniche per lavorare da remoto (28). Molte aziende in piena emergenza pandemica hanno preferito modelli BYOD *Bring Your Own Device* (piuttosto che COPE *Corporate Owned Personally Enabled*) sfruttando l'opportunità offerta dalla semplificazione di affidarsi agli strumenti informatici personali dei dipendenti. Destinati a un uso domestico, spesso questi strumenti hanno presentato un ridotto livello di sicurezza garantito da antivirus nella versione gratuita (con funzioni limitate), *firewall* di base, sistemi operativi non aggiornati.

Nell'Inchiesta sul lavoro da remoto a cura della rete lavoratrici e lavoratori agili Italia nella quasi totalità dei casi (94%) gli intervistati hanno dichiarato che la struttura organizzativa aziendale precedente è rimasta invariata (composizione *team*, riporti gerarchici, procedure interne, relazioni lavorative tra dipendenti di pari livello). In sintesi è mancata l'attivazione di un processo di cambiamento delle politiche manageriali, l'analisi delle esigenze di sicurezza informatica e si è spesso persa l'opportunità di risolvere le criticità regolando a livello aziendale in maniera uniforme l'impiego dei dipendenti in modalità agile.

Persistendo un'organizzazione del lavoro non orientata al conseguimento di obiettivi e al coinvolgimento dei lavoratori nelle scelte organizzative e nei processi decisionali, le indagini statistiche sul mercato del lavoro nel 2020 registrano un calo di produttività, un calo dell'efficienza, nonché conseguenze negative sulle relazioni interpersonali dei lavoratori (29). Si tratta del cd. tecnostress, fenomeno riconosciuto anche a livello giuridico nel 2007 dalla Procura del Tribunale di Torino, come sindrome che può affliggere chi resta vittima in maniera incontrollata del flusso di dati informativi risultando incapace di una corretta gestione di tempi di lavoro e riposi.

(27) Cfr. Rete lavoratrici e lavoratori agili in Italia, *Inchiesta sul lavoro da remoto 2021* in <https://docplayer.it/208242783-Inchiesta-sul-lavoro-da-remoto-a-cura-della-rete-lavoratrici-e-lavoratori-agili-italia.html>

(28) Cfr. Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro, *Salute e sicurezza sul lavoro nella pandemia: nuovi rischi e prospettive di evoluzione dei modelli di gestione* in www.consulentidellavoro.it/home/storico-articoli/14321.

(29) Istat, *Mercato del lavoro 2020*, febbraio 2021, cit.

Secondo le indagini condotte dall'Associazione Italiana dei Direttori del Personale (AIDP) un'elevata percentuale di lavoratori impegnati in modalità agile (62%) ha lamentato la perdita di relazioni sociali, altri (32%) hanno lamentato stress dovuto a promiscuità tra ambiente domestico e lavorativo, altri (21%) ancora hanno sofferto di un sovraccarico di lavoro (cd. *overworking*) con ripercussioni sull'andamento del sonno e sulla capacità di concentrazione (cd. sindrome di *burn out*)⁽³⁰⁾. In una indagine condotta dalla piattaforma LinkedIn "il 46% delle persone intervistate ha affermato di sentirsi più ansiosa e stressata rispetto al proprio lavoro confrontato col recente passato, aggiungendo di avere lavorato maggiormente e nella misura di almeno un'ora in più al giorno, che corrisponde a circa tre giorni in più di lavoro mensile, e questo per una percentuale del 48% degli intervistati"⁽³¹⁾. Nella stessa ricerca è emerso che il 22% dei lavoratori si è sentito in dovere di dover rispondere più rapidamente ai superiori ed essere disponibile on line più a lungo di quanto dovuto; il 22% del campione ha dichiarato di iniziare le giornate lavorative in anticipo rispetto agli orari precedenti; il 24% degli intervistati ha affermato che l'impegno lavorativo supera frequentemente le otto ore di lavoro previste dal contratto; il 21% ha dichiarato di faticare per staccare la spina a fine giornata mentre il 36% del campione riconosce di aver rilevato nuove aspettative di feedback, da parte dei datori di lavoro, che li induce a "dover fingere" ogni tanto di essere concretamente occupati mentre lavorano da casa⁽³²⁾.

Nella ricerca condotta dalla Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro «il 49,7% dei lavoratori "agili" lamenta infatti il maggiore stress ed ansia da prestazione prodotti dallo *smart working*. Anche lo stravolgimento delle relazioni (con colleghi, capi, clienti) improntate al distanziamento fisico alla lunga ha effetti controproducenti per circa un lavoratore su due. Il 49,7% segnala infatti il peggioramento del clima in azienda, l'indebolimento delle relazioni di lavoro; il 47% si sente marginalizzato rispetto alle dinamiche delle organizzazioni, mentre il 40% circa inizia a segnalare vera e propria disaffezione verso il lavoro. Circa un terzo (33%), infine, dichiara che il lavoro a distanza sta penalizzando la propria carriera e la crescita professionale»⁽³³⁾.

L'assenza di un sostanziale mutamento del mercato del lavoro italiano che ha mantenuto una struttura fortemente gerarchica, con un'organizzazione

⁽³⁰⁾ Si veda C. Casadei, *Lavoro, 2 aziende su 3 in smart working anche dopo l'emergenza*, in *Il Sole24ore*, 24 settembre 2020.

⁽³¹⁾ Cfr. S. Oliveri Pennesi, *La psicologia nel lavoro agile* in *Lavoro@confronto*, settembre/ottobre 2020 in www.lavoro-confronto.it/archivio/numero-41/la-psicologia-nel-lavoro-agile.

⁽³²⁾ Si veda S. Oliveri Pennesi, *La psicologia nel lavoro agile* cit..

⁽³³⁾ Cfr. Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro, *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit.

basata sulla formalizzazione di routine organizzative nonché sul monitoraggio diretto e indiretto ⁽³⁴⁾ ha generato l'esigenza di potenziare i controlli, anche considerato il persistere di significative responsabilità datoriali.

5. Le possibili strategie per la soluzione alle criticità di efficienza e produttività del lavoro agile emerse durante la pandemia: a) la definizione delle forme di esercizio del potere direttivo, organizzativo con indicazione di fasi, cicli, obiettivi, strumenti di lavoro e previsione degli indicatori di efficienza/produttività

Si è detto che l'Istat ha rilevato nel mercato italiano del 2020 una diminuzione della produttività ed efficienza. Ebbene l'origine di tale dato, riscontrato durante il periodo pandemico, evidenzia la mancata precisazione di criteri volti a definire le modalità di esercizio del potere direttivo di conformazione dei contenuti della prestazione lavorativa nel lavoro "agile" all'esterno dei locali aziendali.

Le aziende, impegnate dall'emergenza, si sono limitate a remotizzare il lavoro senza modificare le modalità di affidamento dei carichi di lavoro, gli indicatori di produttività nonché i criteri retributivi. La retribuzione è rimasta invariata, con l'eccezione delle esperienze di riduzione di *benefit* consistite nel mancato riconoscimento dei buoni pasto ai dipendenti impiegati a casa in remoto ⁽³⁵⁾.

L'impiego in misura più consistente di formule che prevedono il lavoro a distanza presuppone un passaggio di natura culturale a nuove pratiche di *management*. Eppure numerosi sono gli studi che documentano i vantaggi che possono derivare alla produttività individuale e organizzativa qualora si riesca a superare la logica del controllo in favore di modalità di lavoro organizzate per obiettivi, caratterizzate da maggiore autonomia e responsabilizzazione dei lavoratori ⁽³⁶⁾. L'esigenza di cambiamento è ben registrata dal mercato che suggerisce come entro il 2022 il 35% delle aziende sostituirà i tradizionali criteri di valutazione dei dipendenti (*Key Performance Indicator* cd. KPI) con

⁽³⁴⁾ Cfr. A. Cetrulo – D. Guarascio – M.E. Virgillito, *Il privilegio del lavoro da casa al tempo del distanziamento sociale. Etica ed economia*, 2020, Menabò n. 123/2020.

⁽³⁵⁾ Vedi L. Busico, *Buoni pasto e lavoro agile* in *Labor* 17 luglio 2020; cfr. Trib Venezia 8 luglio 2020, n. 1069 in www.aranagenzia.it/attachments/article/10694/trib-venezia.pdf

⁽³⁶⁾ 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*, in *Studi organizzativi*, 2020, n.1, 141-165.

indicatori capacità di collaborazione comunicazione risolvere i problemi, ottenere risultati e obiettivi (*Key Behavioral Indicator* cd. KBI).

L'esigenza di tutelare le aziende, garantendone efficienza e produttività, suggerisce di elaborare ed adottare un sistema organizzativo che modifichi il controllo di gestione, gli strumenti di controllo della *performance* in un'ottica di futuro miglioramento e sviluppi nuove modalità di retribuzione collegate al raggiungimento di obiettivi, pur nel rispetto di un trattamento economico e normativo *complessivo* non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei CCNL di cui all'art.51 d. lgs. n.81/2015, ai lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda (art.20, co.1, l. n.81/2017).

Il rinvio al trattamento economico e normativo "complessivo" consentirebbe secondo alcuni Autori di interpretare il principio di parità di trattamento in maniera elastica avallando soluzioni che garantissero al lavoratore in modalità "agile" soluzioni non inferiori a quelle complessivamente riconosciute in ragione del cd. criterio del conglobamento e non del mero raffronto tra istituti contrattuali ⁽³⁷⁾. Si ritiene che il legislatore potrebbe autorizzare i contratti collettivi a dettare, a parità di mansioni, trattamenti peggiorativi ma adeguatamente controbilanciati da previsioni più favorevoli ⁽³⁸⁾.

Migliorare questa criticità imporrebbe una revisione sostanziale dei criteri retributivi sinora ancorati nei contratti collettivi a "logiche orarie" in cui il dipendente viene retribuito a fronte della messa a disposizione delle proprie energie lavorative alle dipendenze dell'imprenditore (art.2094 c.c.). Si potrebbero valorizzare le esperienze del cottimo (art. 2100 c.c.) proporzionato alla quantità prodotta e al rendimento nella variante del cottimo misto, considerata maggiormente compatibile con le garanzie costituzionali dell'art.36 cost.. In alternativa si potrebbero sviluppare altre forme retributive con salari di produttività volti a valorizzare il singolo nella misura in cui un gruppo di lavoratori accresce in innovazione, qualità, ed efficienza ovvero forme di retribuzione per obiettivi (*Management by Objectives - MbO*) corrisposte individualmente alla luce del raggiungimento di obiettivi individuali di

⁽³⁷⁾ Così L. Monterossi, *Il lavoro agile: finalità, politiche di welfare e politiche retributive* in AA.Vv., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Atti del convegno del Gruppo dei Giovani giuslavoristi Sapienza (GggS) – Roma 18 ottobre 2017*, WP C.S.D.L.E Coll. Voll., n.6/2017.

⁽³⁸⁾ Vedi G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, WP C.S.D.L.E II, 2017, n. 327.

miglioramento della prestazione definiti con il superiore gerarchico in grado di avere un'influenza sull'andamento aziendale.

6. (segue): b) la definizione del potere di controllo all'esterno dei locali aziendali tra esigenze di verifica delle attività rese in modalità agile e i limiti all'utilizzabilità degli elementi di prova raccolti in occasione dell'utilizzo degli strumenti di lavoro PC/tablet/smartphone e dei software nonché tramite fonti OSINT (art.4 co.1-2 legge n.300/1970)

Nel definire nuovi indicatori di produttività a cui collegare nuovi sistemi retributivi è indispensabile tenere presente il contesto normativo che regola l'esercizio del potere di controllo/monitoraggio della prestazione resa all'esterno dei locali aziendali come forma di indagine sull'andamento dell'attività o il raggiungimento di obiettivi ⁽³⁹⁾.

Vero è che risultano diffusi sul mercato *software* che consentono di monitorare l'attività del dipendente impiegato in modalità "agile" ⁽⁴⁰⁾. Esiste un'ampia offerta che consente una ridefinizione degli strumenti di controllo di tipo formale cd. "tecnocratico" basato su regole e procedure formali in cui si definiscono sistemi di performance management, strumenti di monitoraggio elettronico (es. agende) che facilitano incontri sistematici chiamate programmate per report sui lavori svolti, considerato l'affievolimento del cd. controllo informale di natura sociale basato sulla condivisione di spazi lavorativi.

Efficacemente in dottrina si è detto che «quando la prestazione di lavoro, che sia o meno a distanza, è svolta con l'ausilio di strumenti tecnologici – ed è, o almeno può essere, il caso del lavoro agile – o, comunque, interagisce

⁽³⁹⁾ Cfr. R. Fabozzi, *Nuove tecnologie e potere di controllo* in R. Pessi – P. Matera – G. Sigillò Massara G. (a cura di), *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e blockchain*, Eurilink Roma, 2020, 139; V. Nuzzo, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

⁽⁴⁰⁾ Secondo il *Market Research Future*, il settore del monitoraggio del posto di lavoro dovrebbe crescere fino a raggiungere un mercato da 3,84 miliardi di dollari entro il 2023, aiutato in parte dall'uso alle stelle sui lavoratori da remoto durante la pandemia cfr. www.marketresearchfuture.com/reports/employee-monitoring-solution-market-7623. Società come ActivTrak, Hubstaff e InterGuard acquisiscono schermate dei PC dei lavoratori e catalogano per quanto tempo i dipendenti utilizzano determinati programmi; Teramind, consente di guardare in tempo reale cosa fanno i lavoratori sui loro schermi; Microsoft Ignite offre un nuovo tool chiamato Productivity Score (Punteggio di Produttività) che consente di monitorare l'utilizzo di word, excel, ppt ecc.

con quelli, il lavoratore si trova sottoposto ad un monitoraggio più penetrante, reso possibile dalle apparecchiature informatiche, telematiche e digitali, che lo espongono al rischio di vedere pregiudicati i suoi fondamentali diritti di libertà, di dignità e di riservatezza, nell'ambito del rapporto di lavoro e, persino, della sua vita privata. La pervasività delle tecnologie, infatti, espone il lavoratore a nuove forme di controllo da parte del datore di lavoro, che richiedono l'individuazione di adeguate modalità di bilanciamento tra la tutela dei legittimi interessi di quest'ultimo al corretto adempimento della prestazione lavorativa e alla difesa del patrimonio aziendale, e la tutela della libertà, della dignità e della riservatezza del lavoratore»⁽⁴¹⁾.

Tuttavia non può sottovalutarsi che, nell'art.4, l. n.300/1970 così come modificato d. lgs. n.151/2015 cd. *jobs act*, si legittima il controllo se effettuato tramite *meri strumenti di lavoro* dai quali derivi la possibilità di controllo a distanza e agli strumenti di registrazione fisica degli accessi e delle presenze⁽⁴²⁾. Inoltre il controllo del lavoratore impiegato in modalità "agile" implica un trattamento dei dati personali: le informazioni raccolte nel rispetto dei principi contenuti nel Reg. UE n.2016/679 saranno utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che al lavoratore sia data adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli (art.4 co.3, l. n.300/1970)⁽⁴³⁾.

In merito ai limiti del controllo esercitabile sulle attività rese in remoto dai lavoratori in modalità agile il Presidente dell'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, nel corso di un'Audizione presso la Commissione Lavoro del Senato, ha precisato che «il ricorso intensivo alle nuove tecnologie per rendere la prestazione lavorativa non può, allora, rappresentare l'occasione per il monitoraggio sistematico e ubiquitario del lavoratore, ma deve avvenire nel pieno rispetto delle garanzie sancite dallo

⁽⁴¹⁾ Così C. Spinelli, *Lo smart working nel settore privato e le sfide per il futuro* in U. Carabelli, L. Fassina (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro*. I seminari della Consulta giuridica della CGIL n. 4/2021, cit.

⁽⁴²⁾ Il Ministero del Lavoro nel chiarire se i pc, i tablet e gli smartphone rientrano tra gli strumenti di lavoro ha affermato che nel momento in cui tali dispositivi vengono modificati, ad esempio con appositi programmi di localizzazione e/o filtraggio dei dati, gli stessi, da meri "attrezzi di lavoro" al servizio del dipendente, diventano strumenti potenzialmente utili al datore di lavoro per l'esercizio del potere di controllo e pertanto la loro consegna e il loro funzionamento dovrebbero essere necessariamente accompagnati dall'accordo sindacale. Comunicato stampa del Min. Lav. 18 giugno 2015, *Controlli a distanza: Ministero del lavoro, nessuna liberalizzazione; norma in linea con le indicazioni del Garante della Privacy* in www.lavoro.gov.it/stampa-e-media/Comunicati/Pagine/20150618-Controlli-a-distanza.aspx

⁽⁴³⁾ Cfr. A. Trojsi, *Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore*, VTDL, 2016, fasc.4.

Statuto a tutela dell'autodeterminazione, che presuppone anzitutto un'adeguata formazione e informazione del lavoratore in ordine al trattamento cui i suoi dati saranno soggetti».

Sarà in ogni caso opportuno definire un equilibrio ragionevole tra ragioni datoriali e tutela del lavoratore per limitare l'estensione dei controlli e ridurre la pervasività nel rispetto dei fondamentali principi (pertinenza, correttezza, non eccedenza del trattamento, divieto di profilazione), utili a impedire la sorveglianza massiva e totale del lavoratore ⁽⁴⁴⁾. Risulterà pertanto opportuno regolare in maniera specifica e dettagliata a livello aziendale il potere di controllo sui dipendenti impiegati in modalità "agile".

Una prima tipologia di controllo sulla prestazione resa in modalità "agile", che dovrebbe essere oggetto di regolazione, potrebbe essere quella finalizzata ad evitare forme di inadeguata capacità di autoregolazione. Si tratta del controllo "doveroso" finalizzato a monitorare/evitare l'iperconnessione del dipendente generata da lavoro eccessivo cd. *overworking* che presenta rischi di *stress* lavoro correlato.

È sempre opportuno considerare che il lavoratore impiegato in modalità "agile", pur autorizzato a svolgere l'attività secondo carichi di lavoro (art.18, co.1, l. n.81/2017), resta in ogni caso obbligato al rispetto «limiti (legali e contrattuali) di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale» ⁽⁴⁵⁾. Pertanto detti controlli dovrebbero essere in grado di monitorare la durata della prestazione ed essere finalizzati ad evitare situazioni di *stress* lavoro correlato del dipendente oltre che l'effettivo esercizio del diritto alla disconnessione. Chi si esprime in dottrina in favore del dovere datoriale di monitorare il dipendente ritiene altresì possibile considerare il datore di lavoro gravato di veri e propri obblighi di sorveglianza sanitaria ⁽⁴⁶⁾. Tali controlli comporterebbero trattamenti di dati personali la cui liceità potrebbe essere connessa all'obbligo di sicurezza gravante sul datore di lavoro (art. 9, par.2, lett.b) Reg. UE n.2016/679 in combinato disposto con art. 2087 c.c., art. 18, d.

⁽⁴⁴⁾ www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4235378.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. P. Tullini, *Capo II. Lavoro agile. Artt. 18, 19, 20, 21, 22, 23*, in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, I ed., Wolter Kluwers Milano, 2020, 3233 ss. l'A. sottolinea come l'art. 18, co.1, l. n. 81/2017 autorizzi un'ampia flessibilità dell'attività lavorativa anche «allo scopo di incrementare la competitività», con forme organizzative «per fasi, cicli e obiettivi e senza vincoli di orario» sì che il quantum della prestazione viene definito in una logica di «carico di lavoro», anche ai fini della valutazione dei rischi per la sicurezza; tuttavia, tale norma prescrive altresì il rispetto da parte del lavoratore agile dei limiti legali in tema di orario.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. P. Campanella, *Smart working e salute e sicurezza del lavoratore: soggetti, metodi e contenuti delle tutele* in U. Carabelli, L. Fassina (a cura di), *Smart working: tutele...*, cit.

lgs. n.81/2008 s. m. i. e art. 22 l. n.81/2017). In effetti, il datore di lavoro resta in ogni caso tenuto ad evitare/ridurre per le risorse umane rischi di forme del cd. *tecnostress* eccessiva stanchezza, esaurimento, dipendenza tecnologica e sindrome di *burnout*, conseguenze negative nella sfera personale causa assottigliamento tra il confine lavoro-vita privata, continua disponibilità al controllo.

Una seconda tipologia di controllo, da regolare aziendalmente, potrebbe essere quella finalizzata a esigenze dell'impresa consistenti nell'utilizzo di sistemi di monitoraggio della prestazione lavorativa laddove l'azienda ritenga opportuno valutare, anche a fini retributivi, l'andamento di indicatori che non siano basati solo e unicamente sulla presenza e sulla mera registrazione delle attività. Ci riferisce all'utilizzo di *software* di monitoraggio della prestazione, di sistemi di intelligenza artificiale per il monitoraggio degli *account* aziendali di posta elettronica, di sistemi di rilevazione della posizione GPS, di videocamere di videosorveglianza. Simile controllo, giustificato da esigenze organizzative e produttive per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio, dovrebbe essere autorizzato dall'Ispettorato del Lavoro e/o negoziato con le rappresentanze sindacali aziendali (art.4 co.1 l. n.300/1970 così come modificato d. lgs. n.151/2015 *jobs act*), previa valutazione d'impatto sulla protezione dei dati prescritta ai sensi e per gli effetti dell'art.35 Reg. UE n.2016/679 secondo quanto indicato dall'Autorità Italiana Garante per la Protezione dei Dati Personali ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁷⁾ Secondo le "Linee guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il trattamento "possa presentare un rischio elevato" ai fini del regolamento (UE) 2016/679" del Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la Protezione dei Dati del 4 aprile 2017, come modificate e adottate da ultimo il 4 ottobre 2017 e fatte proprie dal Comitato europeo per la protezione dei dati il 25 maggio 2018 (di seguito "WP 248, rev. 01"), che hanno individuato i seguenti nove criteri da tenere in considerazione ai fini dell'identificazione dei trattamenti che possono presentare un "rischio elevato": 1) valutazione o assegnazione di un punteggio, inclusiva di profilazione e previsione, in particolare in considerazione di "aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato"; 2) processo decisionale automatizzato che ha effetto giuridico o incide in modo analogo significativamente sulle persone; 3) monitoraggio sistematico degli interessati; 4) dati sensibili o dati aventi carattere altamente personale; 5) trattamento di dati su larga scala; 6) creazione di corrispondenze o combinazione di insiemi di dati; 7) dati relativi a interessati vulnerabili; 8) uso innovativo o applicazione di nuove soluzioni tecnologiche od organizzative; 9) quando il trattamento in sé "impedisce agli interessati di esercitare un diritto o di avvalersi di un servizio o di un contratto". Così Autorità Garante per la Protezione dei dati Personali, Elenco delle tipologie di trattamenti soggetti al requisito di una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati ai sensi dell'art. 35, comma 4, del Regolamento (UE) n. 2016/679 - 11 ottobre 2018 consultabile in www.garanteprivacy.it/en/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9058979.

Ulteriore tipologia di controllo da disciplinare a livello aziendale potrebbe essere invece quella strettamente collegata all'esercizio del potere disciplinare e all'esigenza di reperire informazioni personali del dipendente impiegato in modalità agile in caso di indagini cd. disciplinari. Come è noto il lavoratore anche in remoto resta vincolato al rispetto dell'*obbligo di fedeltà e non concorrenza* (che vieta al "prestatore di trattare affari per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore"), dell'*obbligo di riservatezza* (che vieta di "divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa e farne uso in modo da poter recare a essa pregiudizio" - art.2105 c.c.) nonché al rispetto dell'*obbligo di mantenere confidenziali i segreti commerciali* (intesi come tutte le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali che siano segrete, che abbiano valore economico e che siano protette da misure ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete - art.98-99 d. lgs. n.30/2005 e s.m.i.) e *non rivelare segreti scientifici o commerciali* (cfr. art.622 e 623 c.p.). La migliore giurisprudenza ritiene che "*ove il controllo sia diretto non già a verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni direttamente scaturenti dal rapporto di lavoro, ma a tutelare beni del patrimonio aziendale ovvero ad impedire la perpetrazione di comportamenti illeciti, si è fuori dallo schema della legge n. 300 del 1970, art. 4 e pertanto la registrazione audio video di comportamenti del lavoratore non necessitano di accordo sindacale o di previa informativa*" ⁽⁴⁸⁾.

L'esigenza di svolgere indagini disciplinari sul comportamento del dipendente impiegato in modalità "agile" potrebbe essere in parte soddisfatta da ricerche su fonti aperte pubblicamente disponibili, non necessariamente "create" dal dipendente oggetto di indagine, sfruttabili anche grazie a piattaforme evolute che consentono il *cross-checking* di informazioni presenti su media, riviste, *social network* e, più in generale, nel *web* ⁽⁴⁹⁾.

L'impiego in modalità "agile" e il contemporaneo isolamento sociale dovuto alla pandemia hanno spinto le persone ad aumentare le proprie relazioni nel web dando immediata evidenza alle riflessioni del filosofo Bauman in cui lo stesso osservava come «la rivoluzione digitale ha radicalmente trasformato i rapporti interpersonali, le modalità con cui si diffondono le informazioni ed il valore stesso dei contenuti informativi trasferiti ha variato il concetto di organizzazione della vita, il rapporto con la

⁽⁴⁸⁾ Cass. 27 maggio 2015 n. 10955.

⁽⁴⁹⁾ Cfr sulle fonti aperte G. Nacci, *Open Source Intelligence Abstraction Layer*, 2014 in www.giovaninacci.net/blog/wp-content/uploads/2014/02/OPEN-SOURCE-INTELLIGENCE-ABSTRACTION-LAYER_NACCI_DRAFT.pdf

tecnologia ed ha stravolto i paradigmi sociali»⁽⁵⁰⁾. Efficacemente è stato osservato come le ragioni sottese alla diffusione dell'OSINT sono da rinvenirsi nell' «immissione continua di informazioni da parte degli stessi soggetti interessati dall'attività investigativa, ampia disponibilità di ulteriori informazioni ricavabili dalla “rete sociale”» delle persone investigate, nella capacità di conservazione per lungo tempo del dato e di risalire a versioni precedenti del dato stesso, nelle possibilità di interrelazioni ed elaborazione consentite dall'informatica”⁽⁵¹⁾.

Nella “società liquida” si stima che la maggior parte delle informazioni di pertinenza investigativa venga attinta da fonti aperte cd. OSINT (*Open Source Intelligence*) come ad esempio interazioni su social network, file multimediali e attività su piattaforme di messaggistica istantanea, dati pubblici con tecniche di investigazione⁽⁵²⁾. Si tratta di tecniche che sviluppano la raccolta dei dati tramite tecnologie che consentono il reperimento e repertazione di informazioni tramite il monitoraggio e l'analisi dei contenuti scambiati attraverso i Social Media cd. SOCMINT (*Social Media INTelligence*) e ancora che analizzano ed esplorano le reti sociali cd. SNA (*Social Network Analysis*). Sono invero presenti sul mercato *software* anche *open source* che consentono la ricerca di dati presenti su fonti aperte, indispensabili per determinare le relazioni e i collegamenti tra gruppi di persone, imprese, siti web, nomi di dominio ed altri dati come Maltego.

Le fonti OSINT si distinguono da altre forme di intelligenza perché devono essere legalmente accessibili al pubblico senza violare alcuna normativa in materia di trattamento dei dati personali o *copyright*: comprendono dunque tutte le fonti di informazioni liberamente accessibili ed utilizzabili dal pubblico.

Esemplare in tal senso il caso del licenziamento intimato alla dipendente che aveva pubblicato sulla propria bacheca del noto *social network* Facebook frasi in cui esprimeva disprezzo per l'azienda; la Suprema Corte ha confermato la legittimità del recesso per giusta causa in quanto «la condotta di postare un commento su facebook realizza la pubblicizzazione e la diffusione di esso, per la idoneità del mezzo utilizzato a determinare la circolazione del

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Z. Bauman, *Liquid Modernity*, trad. it. Modernità liquida, Laterza, 2002.

⁽⁵¹⁾ V. P. Perri, *Informazioni personali su fonti aperte (OSINT) e nei Big Data*, manoscritto 2021.

⁽⁵²⁾ Così M. Di Stefano, *Ricerca investigativa: le metodologie OSINT/SOCMINT sulle fonti aperte. Le linee guida tracciabili in base ai recenti orientamenti giurisprudenziali*, in www.altalex.com/documents/news/2020/02/14/ricerca-investigativa-metodologie-osint-socmint-sulle-fonti-aperte.

commento tra un gruppo di persone, comunque, apprezzabile per composizione numerica, con la conseguenza che, se, come nella specie, lo stesso è offensivo nei riguardi di persone facilmente individuabili, la relativa condotta integra gli estremi della diffamazione e come tale correttamente il contegno è stato valutato in termini di giusta causa del recesso, in quanto idoneo a recidere il vincolo fiduciario nel rapporto lavorativo»⁽⁵³⁾.

L'evoluzione delle tecniche investigative nel mondo digitale ha spalancato nuovi scenari per la proliferazione di informazioni reperibili *on-line* riguardo dati su abitudini, comportamenti, relazioni che per la quasi totalità sono offerti volontariamente dagli interessati che diffondono preferenze, video, foto personali “rendendosi partecipi di un meccanismo che può schedarli”⁽⁵⁴⁾. A tali informazioni debbono aggiungersi quelle desumibili dai normali device PC/tablet smartphone/Iphone (che sono in grado di tracciare la triangolazione degli spostamenti dal GPS e dall'aggancio delle reti *wi-fi* e mantengono una cronologia delle app installate) nonché quelle raccolte e conservate talvolta in modalità fragili e facilmente accessibili nei dispositivi domestici interconnessi della domotica come webcam, segretarie vocali, elettrodomestici cd. IoT (*Internet of Things*) già da tempo analizzabili grazie a motori di ricerca open source (si pensi a Shodan disponibile già dal 2009).

Quanto agli eventuali limiti all'utilizzabilità delle informazioni reperite su fonti aperte tramite tecniche OSINT si osserva come esistono situazioni in cui i dati vengono raccolti da fonti pubbliche (giornali, media, pagine web liberamente accessibili) in cui il dato è già diffuso ed è liberamente disponibile (cd. OSINT assoluto). In simile situazione è in ogni caso opportuno accertarsi della liceità della fonte e delle basi giuridiche che garantiscono la liceità della diffusione delle informazioni e dunque il trattamento dei relativi dati personali. La situazione più semplice è quella in cui l'interessato renda pubbliche le informazioni integrando l'art.9 par.2 lett. e) Reg. UE n.2016/679 che legittima il trattamento di dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato. In altre situazioni potrebbe essere possibile conoscere informazioni semplicemente poiché è possibile accedere a luoghi o aree in cui queste informazioni sono reperibili come ambienti di lavoro in cui operano colleghi e/o ambienti domestici in cui opera coniuge. In tale caso si parla di OSINT relativo poiché le informazioni sono comunque disponibili senza alcuna

⁽⁵³⁾ Cass. 27 aprile 2018 n. 10280.

⁽⁵⁴⁾ Vedi F. Peluso, *OSINT – Open Source Intelligence* in G. Cassano, S. Previtì (a cura di), *Diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè Milano, 2020, 215-240.

coercizione, ma la loro disponibilità è legata a condizioni particolari del soggetto che raccoglie e utilizza l'informazione.

Per utilizzare tali informazioni sarà in ogni caso necessario che il datore di lavoro informi correttamente il lavoratore che i dati personali trattati in relazione all'intercorrente rapporto di lavoro, per finalità di instaurazione (es. processo selezione candidati) gestione e cessazione (es. procedimento disciplinare) potrebbero ricomprendere anche i dati che il lavoratore-interessato rende manifestamente pubblici attraverso i propri *account* presenti sui *social network* valorizzando la base giuridica prevista dall'art.9, par.2, lett. e) Reg. UE n.2016/679.

Se risultano importanti e significative le opportunità di utilizzare tecniche di OSINT per indagini disciplinari e il reperimento di fonti di prova per lo svolgimento di indagini disciplinari, si ritiene opportuno precisare che nelle situazioni più gravi, in cui il comportamento del dipendente integri fattispecie penali, resta comunque possibile sfruttare le potenzialità investigative delle forze dell'ordine e dell'agente intrusore ⁽⁵⁵⁾. Pertanto, non solo sarebbe possibile svolgere controlli occulti cd. difensivi tramite indagini investigative, ma altresì sfruttare l'opportunità di richiedere l'intervento delle forze dell'ordine in grado di utilizzare strumenti di perquisizione informatica (a tutela per es. del segreto industriale ⁽⁵⁶⁾) o di sequestro della corrispondenza elettronica nel processo penale ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. M. Pittirutti, *Il captatore informatico nel procedimento penale alla luce delle recenti modifiche normative ed evoluzioni giurisprudenziali* in G. Cassano - S. Previti (a cura di), *Diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè, 2020, 943; L. Giordano, *Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico; le indicazioni della Suprema Corte in Sistema Penale*, 2020, 4; M. Daniele, *L'illusione di domare il captatore informatico*, in *Legislazione Penale*, 2020, 48; G. Ziccardi, *Parlamento Europeo, captatore informatico e attività di hacking delle Forze dell'Ordine: alcune riflessioni informatico-giuridiche*, in *Arch. Pen.*, 2017, n.1, 1.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. M. Coppola, *Perquisizioni informatiche e tutela del segreto industriale* in G. Cassano - S. Previti (a cura di), *Diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè Milano, 2020, 927.

⁽⁵⁷⁾ Vedi F. Cerqua, *Il sequestro della corrispondenza elettronica nel processo penale* in Cassano G., Previti S. (a cura di), *Diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè Milano, 2020, 915.

7. L'esigenza/opportunità di regolare a livello aziendale in maniera uniforme il lavoro agile e sfruttare *blockchain* e *smart contract* a garanzia delle esigenze datoriali di *accountability* in materia di salute e sicurezza/protezione dei dati personali

Rilevata l'esigenza/opportunità di organizzare in maniera uniforme il lavoro in modalità "agile" resta da puntualizzare quali siano le modalità preferibili: accordo individuale o sindacale. Secondo un'indagine condotta dal Politecnico di Milano il 47% delle aziende intervistate non ha disciplinato il lavoro agile, il 53% lo ha disciplinato ma solo il 27% ha utilizzato un accordo sindacale ⁽⁵⁸⁾. Tuttavia tali dati debbono essere considerati tenendo conto della semplificazione della disciplina emergenziale che ha indotto nel 2020 le aziende ad adottare la strategia più rapida e veloce per impiegare i dipendenti in modalità "agile".

In realtà nell'Accordo Quadro sottoscritto a livello europeo in tema di digitalizzazione del lavoro, la strategia *win-win* prospettata nel dialogo sociale suggerisce un coinvolgimento dell'impresa, dei lavoratori e delle relative rappresentanze su quattro aree tematiche ritenute cruciali: formazione professionale, diritto di disconnessione, intelligenza artificiale nonché effetti del controllo tecnologico sul lavoratore ⁽⁵⁹⁾. Analogamente nel "Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale" siglato tra il Presidente del Consiglio Mario Draghi, il ministro per la Pubblica amministrazione, Renato Brunetta e i segretari generali di Cgil, Cisl e Uil ci si impegna a regolare nei futuri contratti collettivi nazionali profili quali il diritto alla disconnessione, le fasce di reperibilità, il diritto alla formazione specifica, la protezione dei dati personali, il regime dei permessi e delle assenze.

Una regolamentazione efficiente dei descritti profili suggerisce una definizione di previsioni uniformi a livello aziendale da applicare poi singolarmente al dipendente impiegato in modalità "agile". Al riguardo pare opportuno sottolineare le potenzialità dell'utilizzo della *blockchain* che consentirebbe di tutelare le esigenze datoriali di *accountability* anche garantendo

⁽⁵⁸⁾ Osservatorio *smart working* School of management Politecnico di Milano - ottobre 2020 in www.osservatori.net/it/ricerche/osservatori-attivi/smart-working

⁽⁵⁹⁾ Vedi A. Rota, *Sull'Accordo Quadro Europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, LLI, 2020, n.2, C.25 ss.; G. Pigni, *European Social Partners Framework Agreement on digitalisation: ottimizzare i benefici ed affrontare insieme le sfide della digitalizzazione*, BA 29 giugno 2020, n. 26.

una ricostruzione temporale dell'adempimento delle misure adottate a tutela della salute e sicurezza/protezione dei dati personali ⁽⁶⁰⁾.

La *Blockchain* (letteralmente catena di blocchi) rientra nella categoria delle architetture informatiche: tecnologie di registri distribuiti (*Distributed Ledger Technologies - DLT*) che consistono in sistemi di registrazione e conservazione di dati attraverso multipli archivi ⁽⁶¹⁾. La *Blockchain* sfrutta reti informatiche e nodi per gestire la registrazione e aggiornamento univoco di un libro mastro a blocchi incrementali con dati archiviati, identificati da un marcatore temporale (c.d. *timestamp*), collegati al blocco precedente da una funzione algoritmica non invertibile (c.d. impronta *hash*). Le tecnologie *Blockchain* e *Distributed Ledger* utilizzate sinora dalle aziende hanno avuto come finalità: scambi di valore, verificabilità dei dati (c.d. progetti di notarizzazione), coordinamento/riconciliazione di dati provenienti da diversi attori e realizzazione di processi affidabili. Nella definizione introdotta dalla legge italiana le tecnologie basate su registri distribuiti sono le «tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili» (art.8 ter, co.1, d. l. n.135/2018 conv. in l. n. 12/2019).

Tra le potenzialità delle descritte tecnologie emergono con evidenza quelle derivanti dall'inserimento in *blockchain* di *smart legal contract* che consentirebbe di garantire una maggiore affidabilità delle transazioni contrattuali e della loro esecuzione.

Si tratta dell'ultima fase di automazione del contratto raggiunta, secondo la dottrina, dopo una lenta evoluzione del contratto da analogico a informatico ⁽⁶²⁾. Gli Autori ritengono che negli ultimi trent'anni si sia passati dalla fase dell'informatizzazione dei rapporti giuridici, con l'evoluzione del supporto su cui le condizioni di contratto venivano centralizzate (da analogico a digitale- dir. 1999/93/CE d. lgs. n.10/2002); alla fase della digitalizzazione

⁽⁶⁰⁾ Sulle prospettive della diffusione della *blockchain* nelle relazioni di lavoro cfr. G. Sigillò Massara, *Tecnologie, diritto del lavoro (anche) agile* in R. Pessi – P. Matera – G. Sigillò Massara G. (a cura di), *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e blockchain*, Eurilink Roma, 2021, 65.

⁽⁶¹⁾ Cfr. S. Capaccioli, *La blockchain* in P. Perri – G. Ziccardi (a cura di), *Tecnologia e Diritto. Volume II - Informatica giuridica - Data governance, protezione dei dati e GDPR, mercato unico digitale, blockchain, Pubblica Amministrazione digitale*, Giuffrè, 2019, 371.

⁽⁶²⁾ Per la dottrina che inquadra la natura del contratto informatico in considerazione della sua forma e non nell'oggetto del contratto (es. acquisto di hardware o software) cfr. G. Finocchiaro, *Il contratto informatico* in S. Patti (a cura di), *Diritto Privato*, Cedam, Padova, 2016.

totale del documento analogico in documento elettronico (pagina *web*); a quella della automazione contrattuale con interconnessione tra condizioni di contratto e loro esecuzione ⁽⁶³⁾.

Il termine *smart contract* indica un programma informatico in grado di gestire rapporti obbligatori tra le parti, intelligente (*smart*) poiché migliore degli strumenti analogici ⁽⁶⁴⁾. Uno “strumento per la negoziazione, conclusione e/o automatica applicazione di rapporti contrattuali o relazioni paracontrattuali” ⁽⁶⁵⁾. Lo *smart legal contract* è invece l'insieme di istruzioni a corredo di una transazione giuridica che fanno parte delle condizioni contrattuali: un “protocollo informatico attraverso il quale vengono formalizzati e tradotti in un codice crittografico un set di istruzioni con la descrizione delle condizioni all'avverarsi delle quali vengono automaticamente innescate specifiche azioni” ⁽⁶⁶⁾.

Nella definizione adottata dalla legge italiana, rientra nella nozione di *smart contract* solo quel «programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse» (art. 8ter, co.2, d. l. n. 135/2018 conv. l. n. 12/2019) ⁽⁶⁷⁾. Anzi si riconosce natura di *smart contract* solo a *smart legal contract* ossia programmi basati su registri distribuiti e utilizzati per creare un vincolo giuridico tra le parti, affidando all'Agenzia per l'Italia digitale (AgiD) la definizione di Linee Guida sugli *standard* tecnici da adottare affinché la memorizzazione del documento informatico produca gli effetti giuridici della validazione elettronica (ai sensi dell'art.41 Reg. UE n.910/2014).

Nell'indagine OCSE condotta sugli impieghi della *blockchain* nelle PMI italiane i principali benefici per le aziende che ne hanno usufruito consistono nell'approccio innovativo della tecnologia, nell'impatto positivo sui processi aziendali, nella sicurezza digitale dei dati archiviati nei registri distribuiti, nella

⁽⁶³⁾ Vedi L. Piatti, *I contratti informatici e gli smart contract* in P. Perri – G. Ziccardi (a cura di), *Tecnologia e Diritto. Volume II - Informatica giuridica - Data governance, protezione dei dati e GDPR, mercato unico digitale, blockchain, Pubblica Amministrazione digitale*, Giuffrè, 2019, 353.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. N. Szabo, *Smart Contract: Building Blocks for Digital Markets* consultabile in www.alamut.com/subj/economics/nick_szabo/smartContracts.html

⁽⁶⁵⁾ Vedi P. Cuccurru, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, NGCC, 2017, 1, II.

⁽⁶⁶⁾ Così S. Pidota - A. Del Pizzo, *Blockchain e smart contract* in M. Iaselli, F. Corona (a cura di), *Manuale di diritto di internet*, EPC Roma, 2021, 595.

⁽⁶⁷⁾ Si veda G. Guida, *Blockchain e smart contract: benefici e limiti. I “contratti intelligenti” sono la risposta alla domanda di automazione sicura, affidabile e precisa che arriva dal settore commerciale?* in www.altalex.com/documents/news/2020/10/21/blockchain-smart-contract-benefici-limiti; A. Fiorelli – A.R. Cassano, *La rivoluzione tecnologica della blockchain* in G. Cassano – S. Previti (a cura di), *Diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè, 2020, 253-285.

possibilità di penetrare in nuovi mercati in Italia o all'estero, nel prezzo inferiore rispetto alle alternative esistenti ⁽⁶⁸⁾. Tra le aziende censite dall'OCSE troviamo Trakti una piattaforma *Smart Contract/Blockchain* che opera nel settore legale per la negoziazione, firma e gestione dei contratti aziendali, nata con l'obiettivo di garantire rendere i contratti più agili, accessibili e abilitare l'esecuzione automatica dei contratti ⁽⁶⁹⁾.

Tornando al tema che ci interessa, l'applicazione in ambito giuslavoristico di *blockchain* e *smart legal contract* potrebbe consentire di agevolare le imprese nella gestione amministrativa del rapporto di lavoro. I dati oggetto di comunicazione obbligatoria da parte del datore potrebbero costituire le informazioni essenziali da inserire nel primo blocco della catena, su cui successivamente registrare l'evoluzione delle obbligazioni giuslavoristiche ⁽⁷⁰⁾. La disciplina dell'impiego in modalità "agile" potrebbe essere registrata insieme alle modalità di controllo sull'attività lavorativa, alla formazione/informazione impartita, anche con riferimento al diritto alla disconnessione. Riguardo tale ultimo profilo nella Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione si «sottolinea che, data la natura in evoluzione del mondo del lavoro, vi è una crescente necessità di informare pienamente i lavoratori sulle loro condizioni di lavoro al fine di attuare il diritto alla disconnessione, il che dovrebbe avvenire tempestivamente e per iscritto o in un formato digitale facilmente accessibile per i lavoratori; sottolinea che i datori di lavoro devono fornire ai lavoratori informazioni sufficienti, compresa una dichiarazione scritta, sul diritto dei lavoratori alla disconnessione, indicando nello specifico almeno le modalità pratiche per scollegarsi dagli strumenti digitali a scopi lavorativi, compresi gli eventuali strumenti di monitoraggio o controllo connessi al lavoro, le modalità di registrazione dell'orario di lavoro, la valutazione del datore di lavoro sulla salute e la sicurezza, le misure di tutela dei lavoratori da trattamenti sfavorevoli e le misure di attuazione del diritto di ricorso dei lavoratori» ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. M. Bianchini I. Kwon, *Blockchain per le PMI e gli imprenditori in Italia*, OECD, No. 20, OECD Publishing, Paris.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. C. Morelli, *Legal Smart Contracts: i consigli di Avvocato 4.0* in www.altalex.com/documents/news/2020/09/21/legal-smart-contracts-consigli-avvocato-4-0.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. F. Mattiuzzo – N. Nayeem, *Blockchain e smart contract: nuove prospettive per il rapporto di lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2019, 3, 241.

⁽⁷¹⁾ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione consultabile dal sito www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_IT.html

L'inserimento in *blockchain* di *smart legal "labour" contract* potrebbe consentire alle aziende di assolvere ai propri obblighi e ridurre i profili di criticità derivanti dall'impiego "agile" dei dipendenti. Il datore di lavoro, in qualità di titolare del trattamento degli archivi *blockchain* ⁽⁷²⁾, avrebbe la possibilità di custodire i dati personali dei dipendenti con sicurezza agevolando l'erogazione di prestazioni previdenziali o assistenziali e garantendo la certezza degli accordi sulle modalità di impiego "agile" e della loro esecuzione.

⁽⁷²⁾ L'Autorità francese Garante per la Protezione dei dati personali ha ritenuto applicabile il GDPR ai registri *blockchain* cfr. CNIL, *Blockchain and the GDPR: Solutions for a responsible use of the blockchain in the context of personal data*, 06 novembre 2018 consultabile in www.cnil.fr/fr/node/24899

Bibliografia

- Alessi C. – Vallauri M.C., *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. Bonardi – U. Carabelli – M. d'Onghia – L. Zoppoli, *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse Roma, 2020, 131 ss.
- Bauman Z., *Liquid Modernity*, trad. it. *Modernità liquida*, Laterza, 2002.
- Bianchini M., Kwon I., *Blockchain per le PMI e gli imprenditori in Italia*, OECD, No. 20, OECD Publishing, Paris.
- Bravo F., *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. F. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, 2017, 101 ss.
- Brollo M., *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica* in D. Garofalo, M. Tiraboschi (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, in V. Fili - F. Seghezzi (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, Adapt Labour Studies e-book series n.89/2020.
- Busico L., *Buoni pasto e lavoro agile in Labor* 17 luglio 2020.
- 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, n.1, 141-165.
- Cairolì S., *Il lavoro agile*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Tomo I, Ed. VIII, Wolters Kluwer Milano, 2020, 96 ss.
- Campanella P., *Smart working e salute e sicurezza del lavoratore: soggetti, metodi e contenuti delle tutele* in U. Carabelli, L. Fassina (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro. I seminari della Consulta giuridica della CGIL n. 4/2021* in www.bollettinoadapt.it/smart-working-tutele-e-condizioni-di-lavoro/
- Capaccioli S., *La blockchain* in P. Perri – G. Ziccardi (a cura di), *Tecnologia e Diritto. Volume II - Informatica giuridica - Data governance, protezione dei dati e GDPR, mercato unico digitale, blockchain, Pubblica Amministrazione digitale*, Giuffrè, 2019, 371 ss.
- Casadei C., *Lavoro, 2 aziende su 3 in smart working anche dopo l'emergenza*, in *Il Sole24ore*, 24 settembre 2020.
- Cerocchi V., Colarocco V., *I dati personali e la tutela della persona* in G. Cassano - S. Previti (a cura di), *Diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè Milano, 2020, 379-390.
- Cerqua F., *Il sequestro della corrispondenza elettronica nel processo penale* in G. Cassano - S. Previti (a cura di), *Diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè Milano, 2020, 915 ss.
- Cetrulo A., Guarascio D., Virgillito M.E., *Il privilegio del lavoro da casa al tempo del distanziamento sociale. Etica ed economia*, 2020, Menabò n. 123/2020.
- CGIL-Fondazione Di Vittorio, *Quando lavorare da casa è... SMART? 1° Indagine Cgil/Fondazione Di Vittorio sullo Smart working*, maggio 2020 in www.cgil.it/admin_nv47t8g34/wp-content/uploads/2020/05/Indagine_Cgil-Fdv_Smart_working.pdf
- CNIL, *Blockchain and the GDPR: Solutions for a responsible use of the blockchain in the context of personal data*, 06 novembre 2018 consultabile in www.cnil.fr/fr/node/24899
- Coppola M., *Perquisizioni informatiche e tutela del segreto industriale* in G. Cassano - S. Previti (a cura di), *Diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè Milano, 2020, 927-942.
- Cuccurru P., *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract* in *NGCC*, 1, II, 2017
- Dagnino E., *I riflessi della normativa anti-Covid-19 sulla tutela della Privacy* in D. Garofalo, M. Tiraboschi (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, in V. Fili - F. Seghezzi (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, Adapt Labour Studies e-book series n.89/2020.
- Daniele M., *L'illusione di domare il captatore informatico*, in *Legislazione Penale*, 2020, 48 in www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/11/4-Daniele-edit.-1-1.pdf

- del Conte M., *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2007, n. 3, 497 ss.
- Dezzani G., Ricci S., *Reati informatici e responsabilità amministrativa dell'ente*, in G. Cassano - G. Scorza - G. Vaciago (a cura di), *Diritto dell'internet. Manuale operativo. Casi legislazione, giurisprudenza*, Cedam Padova, 2013, 619 ss.
- Di Meo R., *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata* in *Labour & Law Issues*, 2017, fasc. 2
- Di Stefano M., *Ricerca investigativa: le metodologie OSINT/SOCMINT sulle fonti aperte. Le linee guida tracciabili in base ai recenti orientamenti giurisprudenziali*, in www.altalex.com/documents/news/2020/02/14/ricerca-investigativa-metodologie-osint-socmint-sulle-fonti-aperte.
- Fabozzi R., *Nuove tecnologie e potere di controllo* in R. Pessi - P. Matera - G. Sigillò Massara (a cura di), *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e blockchain*, Eurilink 2020, 139 ss.
- Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro, *Smart working Una rivoluzione nel lavoro degli italiani* in www.consulentidellavoro.it/files/PDF/2021/AnalisiStatistiche/20210424_Smartworking.pdf.
- Falciai L., *L'utilizzo delle DLT in ambito aziendale* in P. Perri – G. Ziccardi (a cura di), *Tecnologia e Diritto. Volume II - Informatica giuridica - Data governance, protezione dei dati e GDPR, mercato unico digitale, blockchain, Pubblica Amministrazione digitale*, Giuffrè Milano, 2019, 423 ss.
- Finocchiaro G., *Il contratto informatico* in S. Patti (a cura di), *Diritto Privato*, Cedam, 2016
- Fiorelli A., Cassano A.R., *La rivoluzione tecnologica della blockchain* in Cassano G. - Previti S. (a cura di), *Diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè Milano, 2020, 253-285
- 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 Torino, 2017, 37 ss.
- Giordano L., *Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico; le indicazioni della Suprema Corte in Sistema Penale*, 2020, 4.
- Guida G., *Blockchain e smart contract: benefici e limiti. I "contratti intelligenti" sono la risposta alla domanda di automazione sicura, affidabile e precisa che arriva dal settore commerciale?* in www.altalex.com/documents/news/2020/10/21/blockchain-smart-contract-benefici-limiti
- Ingrao A., *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci Bari, 2018.
- Istat, *Mercato del lavoro 2020*, febbraio 2021 in www.istat.it/it/archivio/254007
- Marazza M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *ADL*, 2016, n. 3, 483 ss.
- Mattiuzzo F. - Verona N., *Blockchain e smart contract: nuove prospettive per il rapporto di lavoro* in *LG*, 2019, 3.
- Minervini A., *I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda*, in *LG*, 2014, n. 4, 314 ss.
- Monterossi L., *Il lavoro agile: finalità, politiche di welfare e politiche retributive* in AA.Vv., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Atti del convegno del Gruppo dei Giovani giuslavoristi Sapienza (GggS) – Roma 18 ottobre 2017*, in *WP C.S.D.L.E. – Massimo d'Antona Collective Volumes*, n.6/2017.
- Morelli C., *Legal Smart Contracts: i consigli di Avvocato 4.0* in www.altalex.com/documents/news/2020/09/21/legal-smart-contracts-consigli-avvocato-4-0
- Nacci G., *Open Source Intelligence Abstraction Layer*, 2014 consultabile in www.gioanninacci.net/blog/wp-content/uploads/2014/02/OPEN-SOURCE-INTELLIGENCE-ABSTRACTION-LAYER_NACCI_DRAFT.pdf
- Nuzzo V., *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018
- OgriseG, C., *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente* in *LLI* 2016, 2(2), R. 27–64.

- Ogriseg C., *Le basi giuridiche del trattamento dei dati* in P. Perri – G. Ziccardi (a cura di), *Tecnologia e Diritto. Volume II - Informatica giuridica - Data governance, protezione dei dati e GDPR, mercato unico digitale, blockchain, Pubblica Amministrazione digitale*, Giuffrè Milano, 2019, 75 ss.
- Oliveri Pennesi S., *La psicologia nel lavoro agile* in *Lavoro@confronto*, settembre/ottobre 2020 in www.lavoro-confronto.it/archivio/numero-41/la-psicologia-nel-lavoro-agile
- Peluso F., *OSINT – Open Source Intelligence* in G. Cassano - S. Previti (a cura di), *Diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè Milano, 2020, 215-240.
- Perri P., *Informazioni personali su fonti aperte (OSINT) e nei Big Data* manoscritto 2021.
- Pessi R. - Matera P. - Sigillò Massara G. (a cura di), *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e blockchain*, Eurilink 2021.
- Piatti L., *I contratti informatici e gli smart contract* in P. Perri – G. Ziccardi (a cura di), *Tecnologia e Diritto. Volume II - Informatica giuridica - Data governance, protezione dei dati e GDPR, mercato unico digitale, blockchain, Pubblica Amministrazione digitale*, Giuffrè Milano, 2019, 353 ss.
- Pidota S., Del Pizzo A., *Blockchain e smart contract* in M. Iaselli - F. Corona (a cura di), *Manuale di diritto di internet*, EPC 2021, 595 ss.
- Pigni G., *European Social Partners Framework Agreement on digitalisation: ottimizzare i benefici ed affrontare insieme le sfide della digitalizzazione*, in *Bollettino ADAPT 29 giugno 2020*, n. 26.
- Pittirutti M., *Il captatore informatico nel procedimento penale alla luce delle recenti modifiche normative ed evoluzioni giurisprudenziali* in G. Cassano - S. Previti (a cura di), *Diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè Milano, 2020, 943 ss.
- Pizzoferrato A., *Gli effetti del GDPR sulla disciplina del trattamento aziendale dei dati del lavoratore*, in *ADL*, 2018, n. 4, 1034 ss.
- Rete lavoratrici e lavoratori agili in Italia, *Inchiesta sul lavoro da remoto 2021* scaricabile dal sito <https://docplayer.it/208242783-Inchiesta-sul-lavoro-da-remoto-a-cura-della-rete-lavoratrici-e-lavoratori-agili-italia.html>
- Rocchini E., *Nuove tecnologie e diritto del lavoro: prospettive di integrazione*, in R. Pessi - P. Matera - G. Sigillò Massara (a cura di), *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e blockchain*, Eurilink, 2021, 203 ss.
- Rota A., *Sull'Accordo Quadro Europeo in tema di digitalizzazione del lavoro* in *LLI*, 2020, n.2, C.23-C.48.
- Russo C., *Blockchain e smart contract nel rapporto di lavoro* in *LDE*.
- Santoro Passarelli G., *Lavoro eterorganizzato, coordinato agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *WP C.S.D.L.E. – Massimo d'Antona IT*, 2017, 327 ss.
- Senatori I., *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale* in *GiustiziaCivile.com* 24 marzo 2020.
- Sigillò Massara G., *Tecnologie, diritto del lavoro (anche) agile* in R. Pessi - P. Matera - G. Sigillò Massara (a cura di), *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e blockchain*, Eurilink, 2021, 65 ss.
- Spinelli C., *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018.
- Spinelli C., *Lo smart working nel settore privato e le sfide per il futuro* in U. Carabelli – L. Fassina (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro. I seminari della Consulta giuridica della CGIL n. 4/2021* in www.bollettinoadapt.it/smart-working-tutele-e-condizioni-di-lavoro/
- Szabo N., *Smart Contract: Building Blocks for Digital Markets* consultabile in www.alamut.com/subj/economics/nick_szabo/samrtContracts.html
- Torino R., *La valutazione d'impatto (Data Protection Impact Assessment)*, in V. Cuffaro - R. d'Orazio – V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli Torino, 2019, 855 ss.

- Tullini P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa* in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 1-15.
- Tullini P., *Capo II. Lavoro agile. Artt. 18, 19, 20, 21, 22, 23*, in R. Del Punta – F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, I edizione, Wolter Kluwers Milano, 2020, 3233 ss.
- Turci V., *Il trattamento dei dati personali nell'ambito del rapporto di lavoro*, in V. Cuffaro - R. d'Orazio – V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli Torino, 2019, 517 ss.
- Trojsi A., *Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore* in *VTDL*, 2016, fasc. 4.
- Ziccardi G., *Parlamento Europeo, captatore informatico e attività di backing delle Forze dell'Ordine: alcune riflessioni informatico-giuridiche*, in *Arch. Pen.*, 2017, n.1, 1 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**La ragione di un commento
a un accordo aziendale importante**

MARCO BARBIERI
Università di Foggia

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





La ragione di un commento a un accordo aziendale importante

MARCO BARBIERI

Università di Foggia

Professore Ordinario di Diritto del lavoro

marco.barbieri@unifg.it

ABSTRACT

The Author presents the comment to the corporate collective agreement Takeaway.com Express Italy (JustEatTakeaway group), in the section Reports & Comments of the journal. Some leading figures of the negotiation and a group of academics were asked to comment on the genesis and the most relevant legal aspects of the collective agreement, given its novelty. The agreement, in fact, has the purpose to combine the flexible organization of the company with a network of rider, hired, for the first time in Italy, as employees.

Keywords: collective bargaining; riders; JustEatTakeaway; industrial relations; digital platform.

<https://doi.org/.10.6092/issn.2421-2695/13147>

La ragione di un commento a un accordo aziendale importante

L'accordo aziendale raggiunto il 29 marzo 2021, al termine di una trattativa di qualche durata, tra i sindacati confederali dei trasporti e dei collaboratori, le forme di sindacalismo spontaneo nate negli anni scorsi e il datore di lavoro costituito dalla società Takeaway.com Express Italy, ha un significato non trascurabile nel quadro delle relazioni industriali in Italia.

In realtà, però, la sua origine non è nazionale: ben prima, l'adozione del modello organizzativo Scoober, proprio del gruppo olandese Takeaway (che si è fusa con l'inglese Just Eat nel 2020) ha caratterizzato l'espansione internazionale del gruppo.

Si tratta di una organizzazione aziendale che ritiene di poter trovare la flessibilità che è necessaria allo svolgimento dell'attività aziendale attraverso la creazione di una propria rete di ciclofattorini, assunti come lavoratori subordinati.

Non si potrebbe avere più netta smentita sia delle posizioni di altre società operanti sempre nel settore del *food delivery*, le quali hanno negato e negano in tutta Europa – non è qui il caso di evocare le analoghe problematiche statunitensi – la sostenibilità economica dell'assunzione dei fattorini attraverso i quali svolgono la propria attività; ma anche, è opportuno dirlo chiaramente, di quelle posizioni dottrinali, misoneisticamente legate a consuetudini interpretative formatesi nei decenni ben più che al testo dell'art. 2094 c.c., le quali hanno affermato, sia pure con diversa ispirazione politico-ideologica, che “le modalità di prestazione [dei ciclofattorini] siano radicalmente eccedenti i paradigmi della subordinazione” ⁽¹⁾, oppure che “il riferimento al concetto della dipendenza economica del lavoratore tornerà probabilmente più utile al legislatore rispetto a quello tradizionale della subordinazione” ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Così invece G. Bronzini, *Economia della condivisione e lavoro autonomo: una prospettiva europea*, in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018, 1-30, e qui 2 nt. 5. V. pure *ivi*, 7 e 14-15.

⁽²⁾ P. Ichino, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in RIDL, 2018, II, 294-303, e qui 303. L'A. non vide, all'epoca, l'inidoneità della nozione di lavoratore autonomo dipendente economicamente a regolare la fattispecie, poi attestata in Spagna dalla giurisprudenza in relazione alla previsione della figura in questione nell'art. 11 della Ley n. 20/2007.

Sta di fatto che, in Spagna prima che in Italia, l'adozione di questo modello organizzativo ha comportato la collocazione di questa azienda in una posizione ben diversa da quella delle concorrenti rispetto alle discussioni con Governi e legislatori, tanto che alla fine quello che è diventato poi il Real Decreto-Ley n. 9/2021 ⁽³⁾ è stato preceduto dal consenso delle parti sociali, comprese le organizzazioni datoriali, espresso in un accordo con il Ministerio de Trabajo y Economía Social del 10 marzo 2021, che ha comportato il mese successivo l'uscita polemica di Glovo dall'organizzazione datoriale stessa ⁽⁴⁾.

Viceversa, in Italia è stata proprio JusteEatTakeaway, a novembre 2020, a uscire da Assodelivery ⁽⁵⁾, una associazione datoriale di categoria non aderente alle confederazioni datoriali ⁽⁶⁾ che ha raggruppa le società multinazionali che in tutta Europa resistono al riconoscimento dei propri ciclofattorini come lavoratori subordinati.

Come si sa, Assodelivery ha preso l'opposta strada di sottoscrivere con un sindacato di dubbia rappresentatività un contratto nazionale fondato sulle previsioni della legge 128/2019 che, nelle loro contraddizioni, rappresentano il compromesso equivoco con chi pensa che non si tratti di lavoro subordinato.

⁽³⁾ Lo si v. *supra* con il commento di A. Baylos Grau, *Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders*.

⁽⁴⁾ La notizia in www.businessinsider.es/glovo-deja-ceoe-porque-considera-ha-dado-espalda-856577. Ma si veda, subito dopo l'accordo del 10 marzo, la posizione collettiva dell'associazione categoriale delle piattaforme e la replica della CEOE in <https://elpais.com/economia/2021-03-11/las-plataformas-de-entrega-a-domicilio-criticanel-acuerdo-para-laboralizar-forzosamente-a-los-repartidores.html>.

⁽⁵⁾ La notizia in www.ilfattoquotidiano.it/2020/11/11/dopo-lannuncio-che-assumerà-i-rider-just-eat-esce-da-assodelivery-e-ammette-il-ccnl-firmato-con-ugl-prevede-pagamento-a-cottimo/5999263/.

⁽⁶⁾ G. Pacella, *Le piattaforme di food delivery in Italia: un'indagine sulla nascita delle relazioni industriali nel settore*, LLI, 2019, n. 2, 179-195.

Orbene, come si sa, la discussione dottrinale (7) e sindacale (8) successiva si è incentrata piuttosto sul primo aspetto, anziché sul falso presupposto dell'autonomia dei ciclofattorini, caduto il quale il contratto Assodelivery-UGL resterebbe privo di un qualunque campo di applicazione possibile.

Naturalmente, questi diversi atteggiamenti riflettono diverse scelte organizzative ma anche differenti reazioni all'orientamento della giurisprudenza, ormai in tutta Europa orientata, anche in sede di legittimità, per il riconoscimento della subordinazione nei casi di lavoro su piattaforme, non soltanto per i ciclofattorini per i quali la cosa è del tutto evidente (9).

(7) Sui contenuti del CCNL Assodelivery-UGL qualche osservazione in G. Cavallini, *Il Ccnl Rider Ugl-Assolivery. Luci e ombre di un contratto che fa discutere*, <https://consulentidellavoro.mi.it/rivista-sintesi/articoli-in-evidenza/il-ccnl-rider-ugl-assodelivery-luci-e-ombre-di-un-contratto-che-fa-discute-re/>, ottobre 2020, 5-9. Non sono mancati, naturalmente, i commenti favorevoli all'accordo da parte delle opinioni dottrinali più ideologicamente impegnate in senso pro-business: P. Ichino, *Contratto per i rider: è davvero "pirata"?*, *lavoce.info*, 21 settembre 2020; B. Caruso, *Contratto dei rider, un primo passo*, *lavoce.info*, 24 settembre 2020. Un po' più attenta la ricostruzione di F. Carinci, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, *LDE*, 2021, n. 1, 1-24, che però, prendendo sul serio la parte equivoca della l. 128/2019 e ritenendo esistente nella realtà ciò che non lo è, cioè il ciclofattorino autonomo, finisce anch'egli per ritenere sensato, malgrado le critiche puntuali, il contratto Assodelivery-UGL. Criticamente, invece F. Martelloni, *CCNL Assodelivery – UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, *Questione giustizia*, 22 ottobre 2020; e, se si vuole, M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, *LLI*, 2020, n. 2, R.63-R.65.

(8) Il 2 novembre 2020 i sindacati confederali dei trasporti hanno sottoscritto un "protocollo attuativo dell'art. 47-bis ss." con gli interlocutori datoriali, quasi tutti firmatari del CCNL Logistica, di ambito più ampio delle sole aziende di food delivery, che ha previsto l'applicazione anche a costoro di buona parte della disciplina che le stesse parti avevano riconosciuto ai ciclofattorini subordinati con l'accordo integrativo al CCNL del 18 luglio 2018. Se l'intenzione di rispondere al CCNL Assodelivery-UGL è trasparente, va pure detto che questo accordo testimonia pure le incertezze del sindacalismo confederale in tema di qualificazione giuridica del rapporto.

(9) Si vedano, in particolare, le sentenze di: 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. Si vedano, altresì: Commission Administrative de règlement de la relation de travail (CRT), 9 marzo 2018, n. 113, a proposito di ciclo-fattorini di una piattaforma di food delivery in Belgio; Rechtbank Amsterdam, 23 luglio 2018, n. 6622665; Rechtbank Amsterdam, 15 gennaio 2019, n. 7044576; Gerechtshof Amsterdam, 16 febbraio 2021, 200.261.051/01, per i riders di Deliveroo in Olanda; Cour de justice de Geneve, Chambre Administrative, 29 maggio 2020, n. 535, per i riders di una piattaforma di food delivery in Svizzera. Le pronunce citate sono relative ad ordinamenti in cui la nozione giuridica di lavoratore subordinato è affine a quella italiana ex art. 2094 c.c.

Come è noto, ha fatto sinora eccezione l'Italia, nella quale la pronuncia della Cassazione che non aveva riconosciuto la subordinazione, per mancata impugnazione sul punto della sentenza di appello ⁽¹⁰⁾, ha determinato un assestamento, a vario proposito ⁽¹¹⁾, della successiva giurisprudenza di merito sull'equivoca categoria della collaborazione etero-organizzata, con la significativa e qualificata eccezione di una nota pronuncia del Tribunale di Palermo ⁽¹²⁾.

Il fatto che non si tratti di una novità assoluta in Europa, dunque, non vuol dire affatto fosse semplice, dunque, per le parti che hanno discusso l'accordo, adattare il modello organizzativo alle vigenti previsioni legislative italiane, e dunque le previsioni dell'accordo sono molto articolate e complesse.

Qui si presenta a chi vi abbia interesse una duplice ricostruzione: da un lato, si è richiesto agli attori fondamentali della trattativa – l'azienda, il maggiore dei sindacati confederali, la più rilevante tra le forme di aggregazione spontanea dei ciclofattorini – di illustrare le proprie valutazioni sulla negoziazione, sull'accordo, sui nodi problematici ancora aperti nella fase applicativa. Dall'altro, si è domandato a un gruppo di studiosi di diverse generazioni e riconosciuta competenza di discutere alcune delle previsioni più rilevanti e dei punti di maggiore problematicità dell'opera di adattamento del modello organizzativo al contesto normativo.

Ci si augura di aver così contribuito a rispondere agli interrogativi che la vicenda ha sollevato, sia nei mezzi di comunicazione, sia tra le parti stesse, sia nella comunità scientifica.

⁽¹⁰⁾ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, commentata da decine di autori e autrici (indicazioni qui superflue in M. Barbieri, *Il luminoso futuro*, cit., p. R.67 nt. 9).

⁽¹¹⁾ Si vedano i decreti cautelari inaudita altera parte in tema di sicurezza di Trib. Firenze, 1 aprile 2020, n. 886, confermato da Trib. Firenze, 5 maggio 2020, n. 2418; Trib. Bologna, 14 aprile 2020, n. 2519; Trib. Firenze 9 febbraio 2021 (decreto ex art. 28 st.lav. che rigetta la domanda sulla base del preteso carattere esclusivamente processuale dell'art. 28, che sarebbe inapplicabile alle collaborazioni ex art. 2 d.lgs. 81/2015); mentre nel caso di Trib. Bologna 31 dicembre 2020, che è la pronuncia sul carattere discriminatorio dell'algoritmo, la Cass. 1663/2020 è stata adoperata per prescindere dai profili qualificatori.

⁽¹²⁾ Trib. Palermo 24 novembre 2020, pubblicata fra l'altro in <http://www.rivistalabor.it/wp-content/uploads/2020/12/Trib.-Palermo-24-novembre-2020-n.-3570.pdf>. Tra i molti commenti v. F. Martelloni, *Il ragazzo del secolo scorso. Quando il rider è lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato*, in *QG*, 24 dicembre 2020, 1-11; G. Cavallini, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustiziacivile.com*, 21 dicembre 2020; C. De Marco e A. Garilli, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".II – 435/2021*, 1-30, che ne trattano alle 17-19; F. Carinci, *Tribunale Palermo 24/11/2020. L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, *LDE*, 2021, n. 1, 1-12; e, se si vuole. M. Barbieri, *Il luminoso futuro*, cit., R.61-R.92.

Non spetta a chi scrive questa presentazione né formulare in questa sede un proprio giudizio sull'accordo stesso, né riassumere qui i contributi che si leggono nel seguito.

Sarà però permesso di affermare soltanto, a conferma di quanto mi è ripetutamente accaduto di sostenere ⁽¹³⁾ sulla scia non solo della ricordata giurisprudenza ma anche di autorevoli posizioni dottrinali espresse in altri Paesi a proposito di analoghi concetti ⁽¹⁴⁾, che l'esistenza stessa dell'accordo – il primo, ma probabilmente non l'ultimo con lo stesso contenuto fondamentale – attesta la meravigliosa plasticità della nozione di subordinazione ex art. 2094 c.c. rispetto ai mutamenti organizzativi dell'impresa, e il luminoso futuro cui essa è destinata: che, lungi dall'essere una espressione enfatica come pure è stato affermato ⁽¹⁵⁾, a chi scrive pare una pregnante indicazione di politica del diritto.

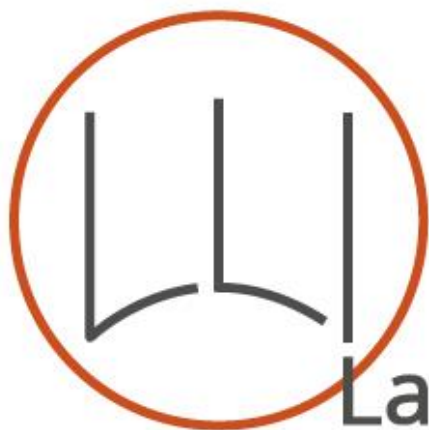
⁽¹³⁾ Mi si perdonerà il rinvio a M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, LLI, 2019, n. 2, 1-56; Id., *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in U. Carabelli, L. Fassina (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, Roma, 2020, 75-105; Id., *Brevi note integrative: l'attesa sentenza della Cassazione sul caso dei riders di Foodora*, ivi, 95-105; Id., *Il luminoso futuro*, cit.

⁽¹⁴⁾ Si aderisce così alla prospettiva autorevolmente indicata da J. Cruz Villalón, *El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo*, *Revista de derecho social*, 2018, n. 83, 13-44, e specie p. 33. V. pure almeno E. Dockès, *Le salariat des plateformes. À propos de l'arrêt TakeEatEasy*, *Le Droit Ouvrier*, janvier 2019, n. 846, 1-8.

⁽¹⁵⁾ In questo senso, sia pure dubitativamente, F. Martelloni, *Il ragazzo del secolo scorso*, cit., 1 nt. 1.

Bibliografia

- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, 2019, n. 2, 1-56.
- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, 2020, n. 2, R.63-R.65.
- Barbieri M., *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in U. Carabelli, L. Fassina (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, Roma, 2020, 75-105.
- 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 etero-organizzate*, Ediesse, Roma, 2020, 95-105.
- Baylos Grau A., *Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders*, in *LLI*, 2021, n. 1, C.1- C.27.
- Bronzini G., *Economia della condivisione e lavoro autonomo: una prospettiva europea*, in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018, 1-30.
- Carinci F., *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, in *LDE*, 2021, n. 1, 1-24.
- Carinci F., *Tribunale Palermo 24/11/2020. L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, in *LDE*, 2021, n. 1, 1-12.
- Caruso B., *Contratto dei rider, un primo passo, lavoce.info*, 24 settembre 2020.
- Cavallini G., *Il Ccnl Rider Ugl-Assodelivery. Luci e ombre di un contratto che fa discutere*, in <https://consulentidellavoro.mi.it/rivista-sintesi/articoli-in-evidenza/il-ccnl-rider-ugl-assodelivery-luci-e-ombre-di-un-contratto-che-fa-discutere>, ottobre 2020, 5-9.
- Cavallini G., *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustiziacivile.com*, 21 dicembre 2020.
- Cruz Villalón J., *El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo*, in *Revista de derecho social*, 2018, n. 83, 13-44.
- De Marco C. e Garilli A., *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 435/2021*, 1-30.
- Dockès E., *Le salariat des plateformes. À propos de l'arrêt TakeEatEasy*, in *Le Droit Ouvrier*, janvier 2019, n. 846, 1-8.
- Ichino P., *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *RIDL*, 2018, II, 294-303.
- Ichino P., *Contratto per i rider: è davvero "pirata"?*, *lavoce.info*, 21 settembre 2020.
- Martelloni F., *CCNL Assodelivery – UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, *Questione giustizia*, 22 ottobre 2020.
- Martelloni F., *Il ragazzo del secolo scorso. Quando il rider è lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato*, *Questione Giustizia*, 24 dicembre 2020, 1-11.
- Pacella G., *Le piattaforme di food delivery in Italia: un'indagine sulla nascita delle relazioni industriali nel settore*, in *LLI*, 2019, n. 2, 179-195.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Un successo della mobilitazione

TANIA SCACCHETTI
Segreteria Confederale CGIL

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695



Un successo della mobilitazione

TANIA SCACCHETTI

Segretaria confederale CGIL

t.scacchetti@cgil.it

ABSTRACT

Tania Scacchetti, General Secretary of CGIL, introduces a comment on the collective agreement by Just Eat and Filt CIGL, Fit Cisl, UIL Trasporti. The Author explains the legislative and negotiating framework in which the last collective agreement was born and reconstructs the antecedents that led to its stipulation. She also discusses what she considers to be the salient parts of the contract, including the regulation of working time and rider compensation.

Keywords: collective bargaining; trade union; industrial relations; digital platform organization; rider.

<https://doi.org/.10.6092/issn.2421-2695/13154>

Un successo della mobilitazione

Prima di affrontare nel merito e con il punto di vista sindacale il Contratto sottoscritto con Just Eat è utile fare un breve cenno a come lo stesso si inquadra nella più ampia dinamica di eventi che stanno caratterizzando il mondo del food delivery, dal punto di vista legislativo, giurisprudenziale e vertenziale.

Da tempo infatti il lavoro dei cicli fattorini è salito alla ribalta delle cronache, anche grazie alla loro autonoma capacità di mobilitazione a cui ha fatto seguito un ampio lavoro sindacale e una grande attenzione della politica.

La discussione sulla loro condizione consente in realtà di affrontare il tema della crescita del lavoro intermediato dalla tecnologia, un lavoro in cui le App sembrano sostituirsi al datore di lavoro tradizionale e che spesso viene automaticamente considerato, in ragione di questo, un lavoro autonomo, anche quando la app in realtà determina luoghi tempi e modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

Quella tra associazioni sindacali e associazioni imprenditoriali nel campo del food delivery è certamente una relazione tormentata e difficile, fatta di momenti di non riconoscibilità reciproca, di relazioni industriali mai avviate e spesso “obbligate” dalla mediazione governativa, di iniziative politiche territoriali in un campo, quello del lavoro in piattaforma, in cui si stanno stratificando numerose sentenze, pronunciamenti delle procure, iniziative legislative e contrattuali.

Basti pensare in riferimento a queste ultime alle carte dei diritti dei lavoratori digitali promosse in molte città, ad alcune leggi regionali, alla nascita di imprese cooperative, a contratti che normano e regolano le attività di aziende territoriali.

Dopo l'intervento della legge 128/2019 si sono determinati alcuni interventi volti a determinare la possibilità di riconoscere migliori tutele a questi lavoratori: tra questi anche il protocollo attuativo dell'art 47 bis ss. del Decreto legislativo 81/2015 del CCNL Logistica, Trasporto merci, Spedizioni che integra la disciplina già prevista in precedenza nel 2018 dalle parti sottoscrittrici di questo contratto collettivo nazionale di lavoro.

Dopo la riapertura di un confronto in sede istituzionale promossa dall'allora Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali Nunzia Catalfo per favorire un possibile accordo fra le parti, Assodelivery in rappresentanza

delle multinazionali e Cgil Cisl e Uil e Rider per i Diritti, il sistema delle relazioni si è dovuto misurare con l'accordo separato fra Assodelivery UGL, un accordo separato che da subito abbiamo giudicato un fatto grave, nel metodo e nel merito dei contenuti.

Un contratto contestato, con un atto non certo usuale, anche da una nota del Capo dell'Ufficio Legislativo del MLePS che ne criticò la non coerenza con la norma legislativa sia per il mancato rispetto della maggiore rappresentatività, sia per i criteri di individuazione della paga oraria, oltre che evidenziare la non corretta individuazione dell'attività qualificatoria del rapporto di lavoro.

Il Contratto collettivo con Just Eat nasce quindi in questo ambito di relazioni. Just Eat quindi, con una decisione che dipende in larga parte dalle scelte organizzative globali del gruppo, esce da Assodelivery, annuncia la volontà di voler procedere, nel 2021, alla assunzione dei rider come lavoratori subordinati e apre al confronto con le organizzazioni sindacali, Cgil Cisl e Uil e RiderPerI Diritti.

Il confronto conclusosi alla fine di marzo dopo settimane di confronto è significativo soprattutto perché afferma la possibilità di realizzare una via di regolazione del settore attraverso il ricorso al lavoro subordinato, con quello che ciò comporta in merito all'applicazione di un contratto collettivo e di tutti gli istituti contrattuali.

Non esiste quindi incoerenza o impossibilità di adattare la subordinazione ai modelli organizzativi delle piattaforme del food delivery.

Il processo, per il passaggio da un lavoro sostanzialmente tutto nell'ambito della autonomia a un modello che prevede la subordinazione è in controtendenza con quanto sempre affermato dalle multinazionali del food delivery che hanno sempre evidenziato l'impossibilità organizzativa e produttiva di trovare adeguate risposte con questo modello e con il riferimento ai Contratti collettivi nazionali di lavoro vigenti.

L'accordo integrativo è stato accompagnato da un verbale di incontro sottoscritto anche dalle organizzazioni sindacali confederali per condividere la volontà comune di accompagnare il nuovo modello di impresa con relazioni industriali fondate sulla responsabilità di impresa, con l'attenzione alla sostenibilità economica del passaggio e condividendo un modello contrattuale che si riconosce nella adesione al CCNL Logistica, scelta che Just Eat ha assunto dopo aver valutato altre ipotesi e dopo un approfondimento in sede tecnica sulla fattibilità della scelta.

A regime dovrebbero essere circa 4000 le lavoratrici e i lavoratori coinvolti nel percorso di inserimento, ed è significativo l'impegno dell'azienda alla assunzione in via prioritaria di tutti coloro che hanno operato con Just Eat dall'agosto del 2019. Viene quindi riconosciuto, ancorché fossimo nell'ambito del lavoro autonomo, per lo più occasionale, un diritto di precedenza, prevedendo anche l'esonero del periodo di prova per coloro che tra il 1 gennaio 2019 e il 30 marzo 2021 abbiano lavorato almeno 60 giornate.

Quanto sottoscritto con le categorie ha la natura di un accordo integrativo aziendale, per passare da autonomi a subordinati e per intervenire sulle specifiche modalità organizzative con le quali si svolge la prestazione lavorativa.

Interessante è il fatto che la trattativa sia stata seguita sia dalle categorie dei trasporti che da quelle che rappresentano i lavoratori atipici, per accompagnare il passaggio e per rappresentare le esigenze di questi lavoratori, le loro priorità e le specificità organizzative di questo settore.

Sono diversi gli istituti compresi nell'accordo integrativo aziendale in coerenza con l'articolazione tra il I e il II livello del CCNL merci e logistica.

Tra i temi più delicati nella trattativa c'è stato certamente il tema dell'orario di lavoro, che nel CCNL è di 39 ore per un full time. L'accordo prevede la possibilità di essere assunti con part time di 10, 20, 30 ore settimanali e il minimo orario giornaliero dovrà comunque essere di 2 ore.

Alcune problematiche sono sorte nelle prime attivazioni dell'accordo in riferimento all'alto numero di contratti fatti con sole 10 ore, ma questa problematica pare essere superata dalla disponibilità della azienda a incrementare i part time più bassi. L'orario assegnato sarà continuativo, fatto salvo la pausa di 30 minuti per i turni che superassero le 6 ore e le ore di straordinario e soprattutto di supplementare non sono obbligatori.

Questo tema è importante perché chi è in part time può lavorare per un'altra piattaforma, abitudine ampiamente diffusa in questo settore.

Nella fase di avvio del nuovo modello, chiamato Scoober, la contrattazione ha consentito un ampio ricorso al lavoro flessibile per l'utilizzo sia di lavoro a tempo determinato, che in somministrazione, che a chiamata, tuttavia dopo la fase di avvio, concordata in 9 mesi, in ogni singola città intervengono i limiti previsti dal CCNL in relazione a tutte le forme flessibili, massimo il 35% complessivo.

La parte naturalmente più discussa e più importante dell'accordo riguarda i temi dei diritti delle tutele e del compenso.

Tema complesso da affrontare anche nella relazione con i lavoratori, preoccupati soprattutto di massimizzare una paga oraria dignitosa e il cui valore complessivo del contratto nazionale sarà più forte nel medio lungo periodo piuttosto che nell'immediato.

Intanto è bene evidenziare che con l'accordo si estendono ai rider le tutele tipiche del lavoro subordinato: previdenza, assicurazione, tutela negli infortuni, retribuzione contrattuale, premio di valorizzazione/di Risultato, tredicesima e quattordicesima mensilità, TFR, integrazione del trattamento di maternità, malattia retribuita al 100%, ferie, rol e permessi, permessi per 104, congedi parentali, diritti sindacali.

Sono previsti anche i rimborsi per l'utilizzo dei mezzi propri (15 centesimi per moto e 6 centesimi per biciclette) calcolati per chilometro.

L'accordo prevede che i riconoscimenti contrattuali previsti per festività, lavoro straordinario, ferie, malattia, maternità/paternità siano quelli regolamentati del CCNL della Logistica.

La retribuzione segue le tabelle previste dal CCNL e dall'art. 11 Ter, con un compenso orario iniziale del valore complessivo di 9 € (composto da paga base tabellare, ratei di tredicesima e quattordicesima e un premio di valorizzazione medio per 2 consegne all'ora) che con accantonamento del TFR diventano 9,60. Si superano i 10 euro orari se si considerano i valori di ferie e permessi che si maturano.

Alla maturazione del secondo anno di anzianità aziendale (24 mesi anche non continuativi) la retribuzione tabellare e i rol andranno a regime, con un incremento di circa il 10% del valore orario attuale.

Sparisce il cottimo che tanto abbiamo considerato inaccettabile per le pressioni che determina sui lavoratori, sulle loro reali condizioni di lavoro, sulla competizione a danno della propria salute e della propria sicurezza che ingenera. Si determina un orario minimo garantito di lavoro. Si risponde così a due delle principali rivendicazioni portate avanti negli anni dai Rider e dalle loro organizzazioni.

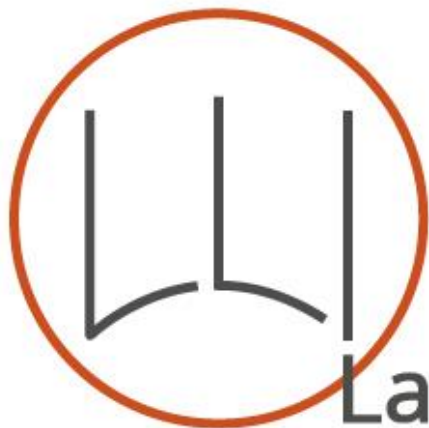
Interessante il ragionamento introdotto sul premio di valorizzazione di 25 centesimi per consegna (a partire da una media consegne considerata in 2 all'ora) che sarà oggetto di una trattativa per trasformarlo in premio di risultato, in modo da garantire che lo stesso possa accedere alla fiscalità agevolata.

Naturalmente non va sottovalutato, anche ai fini della sostenibilità economica complessiva della operazione il differenziale che si crea in termini previdenziali, sociali e fiscali. Non è un caso che uno dei temi che saranno alla attenzione delle parti sarà anche quello della sensibilizzazione del consumatore a privilegiare le scelte come quella di Just Eat che vanno nella direzione giusta, quella del lavoro dignitoso e garantito. In queste riflessioni non potrà mancare la riflessione sull' eventuale incremento del costo del servizio che potrebbe essere effetto di tale stabilizzazione della occupazione.

Nell'accordo sottoscritto c'è una parte non secondaria in riferimento all'utilizzo della App e il rapporto con la privacy. Viene ribadito il diritto di disconnessione per tutto il tempo in cui non si è in orario di lavoro e la tutela dei dati e della privacy secondo le normative vigenti. La geolocalizzazione fa quindi fede per l'inizio e per il termine dell'orario di lavoro, mentre per il periodo intercorrente i dati non possono essere utilizzati per procedimenti disciplinari.

La sottoscrizione dell'accordo segna naturalmente per il sindacato un successo della mobilitazione che è intervenuta in questi anni, del lavoro congiunto fatto da confederazione e categorie, delle tante iniziative che hanno rafforzato la nostra rappresentanza e la nostra capacità vertenziale, come rendono evidenti i pronunciamenti di molti tribunali in questi ultimi mesi.

Non è però un punto di arrivo, sia perché dovremo verificare e monitorare gli effetti della sua attuazione, sia perché rimane aperta la vertenza con tutte le altre piattaforme, che non pare abbiano intenzione di seguire l'esempio di Just Eat e che continuano a rafforzare modelli organizzativi, come quello del free login, per sostenere e validare il principio della autonomia del rapporto di lavoro.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**I diritti e la *gig economy* possono convivere
se funzionano le relazioni industriali**

GIAMPIERO FALASCA
DLA Piper

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





I diritti e la *gig economy* possono convivere se funzionano le relazioni industriali

GIAMPIERO FALASCA

DLA Piper

giampiero.falasca@dlapiper.com

ABSTRACT

The essay deals with the supplementary agreement of 29 March 2021, signed by Just Eat Takeaway with the logistics trade unions belonging to Cgil, Cisl and UIL, from the point of view of the legal representative of the company. The author points out that, in particular, the agreement has made possible, among the first experiences in Italy, the coexistence between the so-called gig economy and the rights of employees.

Keywords: collective bargaining; industrial relations; digital platform organization; rider; gig economy.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13178>

I diritti e la *gig economy* possono convivere se funzionano le relazioni industriali

Non è semplice commentare qualcosa che si è contribuito a scrivere direttamente e, anzi, rischia di essere poco elegante e inopportuno.

Derogo tuttavia volentieri a questa regola per parlare dell'accordo siglato da Just Eat Takeaway con le organizzazioni sindacali della logistica aderenti a Cgil, Cisl e UIL, per un motivo molto semplice: si tratta di un accordo che potrebbe cambiare la storia della *gig economy* nel nostro Paese.

E derogo a questa regola denunciando apertamente di essere di parte (come consulente che ha assistito l'azienda in questo percorso e nel relativo negoziato), pur avendo l'ambizione di dimostrare la concretezza di tale affermazione.

Dimostrazione che parte da un principio difficile da confutare: l'accordo dello scorso 29 marzo ha polverizzato, in poche pagine, un caposaldo di tutti i ragionamenti che in questi anni hanno reso difficile, se non impossibile, la convivenza tra il sistema dei diritti di protezione sociale del lavoro e la *gig economy*.

Caposaldo che si fondava su un assunto ormai comunemente accettato da tutti, salvo qualche inguaribile ottimista: l'impossibilità di collocare i nuovi lavori svolti nell'ambito dell'economia digitale all'interno dello schema tradizionale del lavoro subordinato.

Impossibilità dovuta all'eccessiva arretratezza e rigidità di un sistema di regole costruito intorno a un modello di organizzazione del lavoro che non esiste più.

L'accordo siglato dal Gruppo Just Eat non ha smentito questa considerazione - era e resta vera l'assoluta difficoltà di far convivere *gig economy* e regole tradizionali - ma ha avuto l'indubbio merito di non limitarsi alla pigra constatazione di tale difficoltà, spingendosi oltre, alla ricerca di una risposta propositiva al problema.

Risposta che si è concretizza in un accordo che mantiene saldi tutti quelli che sono i diritti del lavoro dipendente (la tutela previdenziale, la sicurezza sul lavoro, l'applicazione di un salario minimo fissato dai contratti collettivi, l'orario di lavoro, i diritti sindacali) mentre riscrive, in forma moderna (e non per questo meno garantista) quelle parti della disciplina tradizionale che non sono coerenti con il nuovo modo di organizzare il lavoro nelle piattaforme digitali (le regole

sul part time, la gestione della app per iniziare e concludere la prestazione, l'organizzazione dei turni, la formazione digitale).

In particolare, l'intesa sui *rider* del gruppo Just Eat arriva a questo risultato seguendo alcune linee guida molto innovative. Estende ai *rider* le tutele tipiche del lavoro subordinato (previdenza, sicurezza sul lavoro, ferie, diritti sindacali), riconducendoli nell'ambito del CCNL del settore Logistica, Trasporto, Merci e Spedizioni, con alcuni accorgimenti (il meccanismo salariale semplificato per il primo biennio, l'esercizio digitale dei diritti sindacali, l'orario di lavoro) che consentiranno alle regole collettive di funzionare bene anche in un contesto produttivo così particolare.

Viene lasciata all'azienda quella flessibilità organizzativa necessaria ad erogare un servizio che resta aperto 365 giorni all'anno dal lunedì alla domenica, di giorno e di notte, puntando su un modello di lavoro subordinato a tempo indeterminato accoppiato a un part-time costruito sulle esigenze del lavoratore, e lasciando aperta la possibilità di usare contratti flessibili (il lavoro a termine, la somministrazione, e in maniera residuale il lavoro intermittente) entro limiti quantitativi prestabiliti. Vengono rafforzati, infine, gli *standard* di tutela in favore dei *rider* per garantire meccanismi protezione aggiuntivi rispetto a quelli minimi legali (in particolare mediante coperture assicurative nel caso si verifichi un incidente grave sul lavoro e premi di risultato).

E c'è, infine, un investimento importante sul tema della salute e sicurezza, con l'impegno ad accompagnare il nuovo modello organizzativo con tutte le tutele del Testo Unico sulla Sicurezza.

Un approccio che rilancia un principio molto importante, per certi versi sorprendente se si pensa a quanto sia cresciuto, negli ultimi anni, il sentimento contrario alle forme tradizionali di rappresentanza nel lavoro: la modernizzazione del mercato del lavoro non passa attraverso le continue riforme legislative oppure le aule di tribunale, ma dipende dalla capacità delle relazioni industriali di fare bene il loro mestiere, adeguando le regole senza cedimenti né sui diritti né sull'efficienza organizzativa delle imprese.

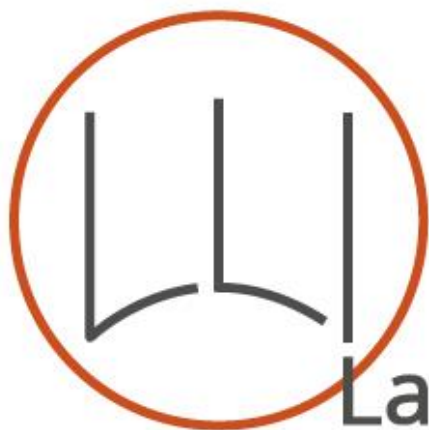
Questo accordo può, quindi, cambiare la storia delle relazioni industriali nel settore della gig economy, dimostrando che esiste un'alternativa alla contrapposizione tra diritti e innovazione; questo risultato non è tuttavia scontato, ma richiede che sussistano almeno due condizioni.

La prima condizione dovrà essere assolta dal mercato: i consumatori dovranno premiare una scelta così impegnativa, valorizzando un modello che sicuramente è molto impegnativo, dal punto di vista dei costi e dell'organizzazione, per l'impresa (o le imprese) che lo adotteranno.

La seconda condizione dovrà essere assolta dagli operatori che, a vario titolo, si occuperanno delle regole dei nuovi lavori: non bisogna ripetere l'errore, compiuto più volte in questi anni, di proporre soluzioni rigide e uguali per tutti a un tema così complesso.

Se è vero che il lavoro subordinato può essere “esportato” senza cedimenti nella *gig economy*, tale schema non può e non deve costituire l'unica soluzione per contesti produttivi, aziendali e organizzativi che potrebbero non essere compatibili con tale scelta.

Quello che deve essere esportato non è tanto, o solo, la soluzione che hanno trovato le parti in un singolo caso, ma piuttosto il metodo che è stato seguito: di fronte a un problema che appariva irrisolvibile, l'intervento delle relazioni industriali ha consentito di modernizzare le regole e le tutele.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Eppur si muove. Il difficile cammino
della contrattazione collettiva
nel settore del *food delivery***

NICOLA QUONDAMATTEO
Scuola Normale Superiore

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Eppur si muove. Il difficile cammino della contrattazione collettiva nel settore del *food delivery*

NICOLA QUONDAMATTEO

Scuola Normale Superiore

Dottorando di ricerca

nicola.quondamatteo@sns.it

ABSTRACT

This paper recalls some of the steps that led to the first experiments of collective bargaining within the food delivery sector in Italy. Riders' conditions became public knowledge following a cycle of mobilisation that signalled the absence of rights within the gig economy. The dispute took on central importance as it became a symbol of precariousness and lack of protection of large sectors of the labour market. After numerous strikes, something has been done in legislative and contractual domains. A territorial agreement was signed in Bologna; a round table was convened at the Ministry of Labour, but it failed due to the divergent positions of social partners. Ultimately a law, that has its merits and demerits, was approved. Some companies signed an agreement with a union considered by many to be unrepresentative, which appeared to be an attempt to avoid the rules of labour law. This was followed by a new wave of protests. As a result, the first collective agreement - signed by main unions and a large company - finally recognised that riders were employees with all rights.

Keywords: gig economy; collective bargaining; trade unions; food delivery platforms.

<https://doi.org/.10.6092/issn.2421-2695/12977>

Eppur si muove. Il difficile cammino della contrattazione collettiva nel settore del *food delivery*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'apertura di una breccia: dagli scioperi dei *riders* alla necessità di una regolamentazione. – 3. Dai tavoli al Ministero alla legge n. 128/2019. – 4. L'accordo pirata tra Ugl e Assodelivery. – 5. Il contratto Just Eat. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Alla base del capitalismo delle piattaforme stanno una cornice ideologica di riferimento che evoca “spirito imprenditoriale e flessibilità” e la suggestione che «in quanto lavoratori, saremo liberati dalle costrizioni del lavoro fisso e ci verrà data l'opportunità di costruirci la nostra strada, vendendo i beni o i servizi che preferiamo»⁽¹⁾. La piattaforma si presenta come un modello di impresa di cui è possibile ricostruire alcune caratteristiche principali. La prima è il tentativo di frammentare estremamente la prestazione lavorativa utilizzando un'organizzazione della stessa e schemi contrattuali che consentono «la mobilitazione di una forza lavoro temporanea e flessibile», dando così luogo ad «esecuzioni istantanee della prestazione di lavoro, afferente alla famiglia allargata e variopinta dei lavori atipici»⁽²⁾. La piattaforma, poi, tende a non rappresentarsi e considerarsi come datore di lavoro, “sottovalutando” di fatto quello che dovrebbe essere il suo ruolo con oneri e obblighi annessi⁽³⁾.

Come alcuni osservatori hanno fatto notare, bisogna prestare attenzione a vedere in questo modello di business una novità assoluta. Scheiber⁽⁴⁾ afferma che l'*uberizzazione* nasce ben prima di Uber, grazie alla generalizzazione dei processi di *outsourcing*. La fuga dalla subordinazione e dalle tutele ad essa associate, del resto, è un fenomeno con cui le economie avanzate si confrontano da tempo e che fu oggetto, anche in Italia, di discussione già negli anni '90 del

⁽¹⁾ N. Srnicek, *Capitalismo digitale. Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Roma, 2017, 9.

⁽²⁾ A. Aloisi, *Il lavoro “a chiamata” e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *LLI*, 2016, vol. 2, n. 2, 16-56 e qui 22.

⁽³⁾ V. Comito, *L'economia digitale, il lavoro, la politica*, Roma, 2018, 32.

⁽⁴⁾ N. Scheiber, *Growth in the «Gig Economy» Fuels Work Force Anxieties*, <https://www.nytimes.com/2015/07/13/business/rising-economic-insecurity-tied-to-decades-long-trend-in-employment-practices.html>, 13 luglio 2015.

secolo scorso. Qualcuno - in controtendenza rispetto allo “spirito del tempo” di allora - faceva notare, ad esempio, che la proliferazione di nuove figure di lavoro formalmente autonomo (ma essenzialmente subordinato) equivaleva a una generalizzazione della perdita di controllo sull’attività lavorativa e dunque all’espansione dell’area del lavoro *salariato*⁽⁵⁾. Una ricerca dell’epoca, curata dall’Ires-Cgil⁽⁶⁾, metteva in particolare rilievo la subordinazione di fatto di molti *collaboratori coordinati e continuativi* in gran parte provenienti dal lavoro dipendente e impiegati, dopo il licenziamento o la cessazione del precedente rapporto, presso gli enti o le imprese di provenienza impegnati nell’esternalizzazione di servizi e/o di attività produttive.

Se la fuga dalla subordinazione è dunque tendenza di lungo corso, il modello di impresa proposto e difeso dalle piattaforme amplifica questi processi reali a tal punto che qualcuno è arrivato a sostenere che «il lavoro digitale è la punta lucida e affilata di una gigantesca lancia neoliberista che è fatta di deregolamentazione, aumento della disuguaglianza, passaggio da impiego dipendente a contratti a termine scarsamente retribuiti e attacco ai sindacati»⁽⁷⁾. In un quadro del genere, l’individualizzazione della prestazione lavorativa è massima e la competizione tra i “partecipanti” alla cosiddetta *gig economy* per aggiudicarsi la “chiamata pubblica” della singola attività lavorativa è un elemento strutturale: «nessuno può contare sull’aiuto degli altri, che sono concorrenti ingabbiati nelle stesse logiche»⁽⁸⁾. L’organizzazione collettiva e la possibilità di contrattazione sindacale, in condizioni simili, sembrano rappresentare un intralcio all’eccezionalismo tecnologico che ispira le piattaforme. Esse riscontrano, ovviamente, notevoli difficoltà; qualcosa però sembra essersi mosso a partire dal ciclo di lotte che ha interessato il settore del *food delivery*. In questo contributo, proveremo a fornire un resoconto del tortuoso inizio del cammino delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva, apertosi in Italia nel mondo del cibo a domicilio.

(5) A. Burgio, *Modernità del conflitto. Saggio sulla critica marxiana del socialismo*, Roma, 1999, 92.

(6) Per una sintesi della ricerca si veda C. Casalini, *La bella favola dell’autonomia, Il Manifesto*, 9 febbraio 1999.

(7) T. Scholz, *Think outside the boss. L’incapacità di immaginare una vita diversa è il trionfo definitivo del capitale*, in E. Armano – A. Murgia – M. Teli, *Platform capitalism e confini del lavoro negli spazi digitali*, Milano-Udine, 2020, 39-58.

(8) D. Linhart, *Immaginare un impiego stabile senza subordinazione*, in *Le Monde Diplomatique*, luglio 2017.

2. L'apertura di una breccia: dagli scioperi dei *riders* alla necessità di una regolamentazione

La *gig economy*, date le caratteristiche sopra riportate, sembra rappresentare l'utopia dei segmenti più estremi del mondo delle imprese. Essa, in questo, risponde alla filosofia enunciata da Denis Pennel⁽⁹⁾, esponente della *World Employment Confederation* (nota associazione internazionale di agenzie interinali), il quale ha teorizzato «un diritto del lavoro per una società post-salariale», nella quale viene decretata la scomparsa del lavoro subordinato (visto come parentesi storica di cui liberarsi) in favore del “libertariato”. In questo quadro vengono presi a riferimento i contratti di prestazione d'opera e servizi del codice civile francese del 1804 in base ai quali i lavoratori a cottimo erano considerati imprenditori. Nel contesto dato, non sorprende che lo studioso Jeremias Prassl⁽¹⁰⁾ riporti l'amara riflessione del corrispondente del *New York Times* Steven Greenhouse, secondo il quale «in molti modi, i lavoratori digitali on-demand devono affrontare molti più ostacoli per organizzarsi ed essere ascoltati dei lavoratori dell'economia tradizionale. Isolati come sono, i lavoratori on-demand raramente si incontrano faccia a faccia». Prassl inserisce questa citazione in un paragrafo intitolato sagacemente “*freedom?*” e sottolinea come l'immaginario veicolato dal capitalismo delle piattaforme (quello del “lavoratore libero”) non contempli l'esercizio di alcune libertà fondamentali, come quelle collettive ed associative.

Nonostante impedimenti non da poco all'organizzazione collettiva e un apparato ideologico che promuove fortemente la retorica dell'auto-imprenditorialità⁽¹¹⁾, il conflitto resta una possibilità – come le mobilitazioni nel *food delivery* hanno avuto modo di dimostrare. L'Italia ha rappresentato e rappresenta, da questo punto di vista, un laboratorio interessante di osservazione. Le lotte dei fattorini sono state sicuramente favorite dalla specificità dello spazio di lavoro che, nel loro caso, corrisponde con lo spazio urbano. Questo ha favorito il reciproco riconoscimento, dal momento che essi si sono ritrovati *concentrati* nelle strade delle città, con le stesse divise e gli stessi cubi. La piazza diventa quindi spazio di incontro e di identificazione

⁽⁹⁾ D. Pennel, *Travail, la soif de liberté*, Parigi, 2017.

⁽¹⁰⁾ J. Prassl, *Humans as a service. The promise and perils of work in the gig economy*, Oxford, 2018.

⁽¹¹⁾ J.P. Martin, *Microimpresa, una macchina per produrre poveri*, in *Le Monde Diplomatique*, dicembre, 2017.

collettiva⁽¹²⁾. Un osservatore attento⁽¹³⁾ ha parlato di *local gig economy*, per distinguerla da quella da remoto. La localizzazione spaziale, nel caso esaminato, ha favorito dunque la fisicità degli incontri; per l'antropologo Franco La Cecla essa rappresenta un importante vettore di rilancio della democrazia su scala urbana⁽¹⁴⁾.

Nella ricerca effettuata sull'esperienza di organizzazione dei *riders* bolognesi⁽¹⁵⁾, abbiamo potuto osservare che l'identificazione collettiva tra i lavoratori del settore nasce prima ancora del processo di associazione sindacale. I *riders* sono soliti ritrovarsi in alcune piazze della città felsinea prima, durante e dopo il turno di lavoro: aspettano assieme gli ordini, scambiano due chiacchiere, fumano una sigaretta, bevono una birra. Questo costituirà un'importante infrastruttura sociale su cui si innesterà l'esperienza di Riders Union. Con la sua peculiarità, le sue pratiche di mobilitazione (scioperi, *flash mob*) e di mutuo aiuto tra i lavoratori (ciclofficine solidali ecc.), l'associazione informale dei lavoratori bolognesi sarà protagonista del ciclo di lotte che scuote il settore e che, a livello territoriale, porterà alla stipula della *Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano*.

A Bologna si sperimenta infatti il primo tentativo di contrattazione metropolitana nel *food delivery*. Lo spazio di negoziazione si apre a seguito delle prime iniziative di lotta dei fattorini felsinei. La prima occasione si verifica con lo "sciopero della neve", avvenuto il 13 novembre 2017 quando i lavoratori di tutte le piattaforme decidono di astenersi dal lavoro a causa delle condizioni meteorologiche avverse che avrebbero messo a repentaglio la loro sicurezza. Si prosegue poi col *flash mob* nel centro cittadino del 24 novembre, dal quale parte una breve bicicletata che si conclude in Piazza del Nettuno – dove, per mera coincidenza, il sindaco Virginio Merola stava presenziando ad una pubblica iniziativa. Da quell'incontro del tutto casuale, da dove il primo cittadino si pronuncia in favore delle ragioni espresse dai lavoratori, partirà l'interessamento della politica locale – con prese di posizione di alcuni consiglieri di maggioranza

⁽¹²⁾ L. Cini– B. Goldman, *Dal controllo alla mobilitazione. Le lotte dei ciclofattorini e dei facchini della logistica in Italia*, in *LLI*, 2020, 1, 1-34.

⁽¹³⁾ A.J. Wood, *Despotism on demand. How power operates in the flexible workplace*, New York, 2020.

⁽¹⁴⁾ Si fa riferimento ad un'intervista che lo studioso ha rilasciato al *Corriere di Bologna*, cfr. F. Pellerano, *Atlantide, Staveco e la città del cibo. La Cecla contro la città: "Salvate il centro"*, http://corrieredibologna.corriere.it/bologna/notizie/cronaca/2015/15-ottobre-2015/atlantide-staveco-cultura-cibo-cecla-contro-citta-salvate-centro-2302054023220.shtml?refresh_cp, 15 ottobre 2015.

⁽¹⁵⁾ N. Quondamatteo, *Non per noi ma per tutti. La lotta dei riders e il futuro del mondo del lavoro*, Trieste, 2019.

e di opposizione a favore dell'apertura di un tavolo di negoziazione metropolitano⁽¹⁶⁾. L'assemblea di Riders Union ritiene un passo importante la possibilità di aprire una contrattazione – individuando nell'operatore pubblico un attore che potrebbe essere in grado di porsi come equilibratore dei rapporti di forza tra piattaforme e lavoratori (del tutto sbilanciati data l'applicazione di contratti di lavoro autonomo ultra-precari).

Lo spazio urbano assume un ruolo centrale: le città, infatti, rappresentano il luogo in cui i processi innescati dal capitalismo di piattaforma *toccano terra*⁽¹⁷⁾. Non a caso negli Stati Uniti Uber ha cominciato a scontrarsi con una municipalità dopo l'altra⁽¹⁸⁾; anche nel settore degli affitti brevi si è registrato un conflitto tra piattaforme e città, con Airbnb che è finita nel mirino di diverse amministrazioni locali sia negli Stati Uniti che in Europa⁽¹⁹⁾ a causa della pressione al rialzo sul prezzo delle locazioni abitative a lungo termine.

Nell'ambito del *food delivery*, Bologna assume quindi un ruolo precursore nel tentativo di avviare una regolamentazione delle condizioni di lavoro via piattaforma – tema che col caso dei *riders* ha guadagnato la sua visibilità. A seguito delle prime proteste dei fattorini, si apre infatti nel capoluogo emiliano un percorso di ripensamento sulle retoriche della *sharing economy*.

L'amministrazione felsinea aveva nel 2012 sostenuto diverse start-up, tramite apposito bando, con l'assegnazione di fondi pilota, comodato d'uso di immobili e altre risorse: tra i vincitori figurava anche Sgnam, piattaforma locale del *food delivery*⁽²⁰⁾. Dal supporto senza contropartite di natura sociale alla cosiddetta “economia della condivisione” si arriva alla necessità – per chi amministra la città – di prendersi cura degli standard di qualità del lavoro di chi presta servizio nello spazio urbano. Nell'ambito della «forte crescita della nebulosa dei *gig-workers* e dei lavori poveri alla base della piramide sociale»⁽²¹⁾, le mobilitazioni che scuotono il settore delle consegne a domicilio aprono anche a Bologna e in Italia la prospettiva delle *decent work cities*⁽²²⁾, le quali hanno la

(16) N. Quondamatteo, *Non per noi ma per tutti*, cit.

(17) M. Marrone, *Rights against the machines! Il lavoro digitale e le lotte dei rider*, Milano, 2021.

(18) V. Comito, *L'economia digitale*, cit.

(19) R. Staglianò, *L'affittacamere del mondo. Airbnb è la nostra salvezza o la rovina delle città?*, Torino, 2020.

(20) M. Marrone, *Rights against the machines!*, cit.; Quondamatteo N., *Non per noi ma per tutti*, cit.

(21) A. Bonomi, *Le metamorfosi: l'impatto delle crisi nella biologia territoriale del Nord*, in *Alternative per il Socialismo*, 2021, n. 59, 117-130.

(22) S. Bologna, *Ritorno a Trieste. Scritto over 80 (2017-2019)*, Trieste, 2019.

responsabilità politica diretta nel contrasto all'ingiustizia socioeconomica sul territorio amministrato.

La sottoscrizione della *Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano* si configura come un primo esperimento di questa prospettiva. Essa è l'approdo di una «lunga trattativa, protrattasi nei mesi invernali e primaverili, ed intervallata da udienze conoscitive presso le commissioni consiliari del Comune»⁽²³⁾. Le parti firmatarie sono Riders Union⁽²⁴⁾, i tre sindacati confederali e – tra le aziende di *food delivery* – soltanto la già citata Sgnam (app bolognese) e la piattaforma padovana My Menù. Le due società si fonderanno poi in un'unica azienda, al fine di meglio reggere la competizione con le multinazionali del settore. Se per Sgnam è plausibile ipotizzare che il fatto di essere stata vincitrice di un bando comunale⁽²⁵⁾ abbia influito sulla sottoscrizione, si registra allo stesso tempo una difficoltà dell'amministrazione comunale nell'interlocuzione con le principali piattaforme (in particolare Glovo e Deliveroo). Just Eat decide di non firmare l'accordo per il riferimento alla paga oraria sancita dai contratti collettivi nazionali⁽²⁶⁾.

La *Carta dei diritti* impegna le aziende a riconoscere una serie di diritti di base: «un compenso orario fisso equo e dignitoso in ogni caso non inferiore ai minimi tabellari sanciti dai contratti collettivi nazionali di settore» (art. 4, comma 1); «un'indennità per il lavoro svolto in condizioni particolari come il lavoro notturno, il lavoro durante le festività ovvero in condizioni metereologiche sfavorevoli» (art. 4, comma 2); la non discriminazione per motivi politici o sindacali e la possibilità di disconnessione solo per «giusta causa» o per notevole inadempimento degli obblighi contrattuali (art. 5); il diritto a un'assicurazione contro gli infortuni (art. 6); il diritto all'assemblea sindacale retribuita in orario di lavoro per un massimo di dieci ore annue (art. 9); il diritto al conflitto (art. 10). L'accordo riconosce quindi uno standard minimo di tutele, non intervenendo sulla natura giuridica del rapporto di lavoro (materia che non è – come si sa – competenza delle amministrazioni locali ma dello Stato): «ciò non significa che i *riders* non abbiano, sin dal principio e in ogni sede, largamente insistito sulla necessità di una più adeguata qualificazione dei propri rapporti contrattuali, ritenendosi vittima dell'ennesima fuga dal diritto del lavoro,

⁽²³⁾ F. Martelloni, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, in *LLI*, 2018, 1, 16-34 e qui 22.

⁽²⁴⁾ Per il *sindacato informale* bolognese si tratta di un importante riconoscimento istituzionale dell'attività svolta nella tutela dei lavoratori.

⁽²⁵⁾ La sede della società si trova in un piccolo immobile, adibito ad ufficio, di proprietà del Comune; questo è stato assegnato all'azienda in comodato d'uso con il bando *Incredibol*.

⁽²⁶⁾ N. Quondamatteo, *Non per noi ma per tutti*, *cit.*

praticata – come avvenuto, nel tempo, negli ambiti più svariati – attraverso il ricorso a rapporti appositamente formalizzati in modo tale da sfuggire alle regole del lavoro protetto»⁽²⁷⁾. Per i *riders* si tratta di un primo passo, di fondamentale importanza per il significato politico che la vertenza ha prodotto e che ha trovato – con la *Carta dei diritti* – un suo primo riconoscimento. Resta naturalmente sul tavolo la questione della natura giuridica del rapporto, dal momento che l'*ossessione antiqualificatoria* ha contribuito a sottrarre talune fattispecie alla fattispecie del lavoro subordinato⁽²⁸⁾.

Assume, da questo punto di vista, significativo rilievo il fatto che le piattaforme multinazionali non sottoscrivano l'accordo e che almeno una di esse motivi la non firma proprio in virtù di riferimenti precisi alle tutele standard del lavoro subordinato. È probabile supporre che le grandi app del delivery individuino nella *Carta dei diritti* una sorta di “cavallo di Troia” che potrebbe avere un approdo nel riconoscimento del lavoro subordinato – alla stregua della Commissione Trilaterale che, negli anni '70, vedeva gli “eccessi di democrazia” dei paesi a capitalismo avanzato come possibile anticamera del socialismo⁽²⁹⁾.

Con l'azienda sottoscrittrice, Riders Union riesce ad ottenere diversi avanzamenti in linea con i principi dell'accordo: adeguamento delle retribuzioni ai livelli del CCNL della Logistica, assemblee retribuite, indennità per maltempo e lavoro festivo; il risultato più importante è quello però conseguito nel marzo del 2021 con l'assunzione del primo nucleo di lavoratori come subordinati a tutti gli effetti⁽³⁰⁾. Ad ogni modo la *Carta dei diritti* di Bologna può essere definita come evento spartiacque, in grado di *nazionalizzare* per la prima volta la portata della questione – con il coinvolgimento del Ministero del Lavoro.

3. Dai tavoli al Ministero alla legge n. 128/2019

Subito dopo la firma della *Carta dei diritti* i *riders* bolognesi sono contattati dalla segreteria del nuovo Ministro del Lavoro Luigi Di Maio, che nel giorno del suo insediamento (governo Conte I) opta per incontrare proprio i fattorini protagonisti sia di importanti mobilitazioni sia della stipula dell'accordo territoriale nel capoluogo emiliano. Nella conferenza stampa, Di Maio parla di

⁽²⁷⁾ F. Martelloni, *Individuale e collettivo*, cit., 30.

⁽²⁸⁾ M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, 2019, 2, I. 1-56.

⁽²⁹⁾ M. Crozier– S.P. Huntington – J. Watanuki, *La crisi della democrazia: rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione Trilaterale*, Milano, 1977.

⁽³⁰⁾ Si veda il post facebook di Riders Union Bologna, in data 11 marzo 2021.

“una generazione abbandonata” dal lungo ciclo di precarizzazione del lavoro – risalente già agli anni Ottanta del secolo scorso⁽³¹⁾. Alla notizia dell’incontro tra il Ministro e una rappresentanza *informale* come Riders Union Bologna, si registra nel sindacato confederale il timore che – a partire dalla vicenda dei ciclofattorini del cibo a domicilio – Di Maio possa proseguire sul solco di Renzi, quello della disintermediazione⁽³²⁾. In seguito, negli stessi ambienti si riconosce che – almeno nel caso dei *riders* – si può parlare di «iper-mediazione grillina»⁽³³⁾: i tavoli ministeriali, infatti, vedono la presenza sia delle *unions* auto-organizzate sia dei sindacati confederali, quasi a fotografia di una *duplicità* dell’interesse collettivo dei lavoratori del comparto⁽³⁴⁾.

Al momento dell’insediamento del Ministro Di Maio, i sindacati confederali scontano un certo ritardo nell’ambito del *food delivery*. Come è stato riconosciuto, «spesso queste nuove forme di lavoro sfuggono e non vengono intercettate dal sindacato»⁽³⁵⁾. La grande rilevanza – anche di natura simbolica – assunta dalla vertenza, aiuta in particolare la Cgil e la Uil a prendere consapevolezza della rilevanza della questione. Sulla scorta delle pratiche organizzative adottate dalle *unions* (mutualismo, ciclo-officine solidali ecc.), il sindacato cerca progressivamente di recuperare terreno nel settore. Particolare capacità nell’*organizing* dimostra la Nidil-Cgil, categoria degli atipici – la quale si rivela in grado di intercettare e sindacalizzare i lavoratori in molte città, a partire dalle esperienze di punta come Napoli e Firenze per arrivare a molte altre realtà territoriali (Palermo, Brindisi, Bari, Pescara ecc.). Il rapporto di collaborazione tra sindacati confederali e *unions* prende avvio dai tavoli nazionali e si consolida progressivamente con un graduale e progressivo riconoscimento reciproco che porta alla costituzione della rete nazionale *Riders x i diritti* e all’organizzazione di iniziative di mobilitazione e di sciopero su scala nazionale⁽³⁶⁾.

Ad ogni modo, in un primo momento Di Maio sembra intenzionato ad affrontare la questione per via legislativa – riconoscendo i *riders* come lavoratori

(31) E. Betti, *Precari e precarie: una storia dell’Italia repubblicana*, Roma, 2019.

(32) V. Santarpia, *Di Maio incontra i rider: «Simbolo di una generazione abbandonata»*, https://www.corriere.it/politica/18_giugno_04/lavoro-maio-incontra-rider-simbolo-una-generazione-abbandonata-bb26b8a8-67f2-11e8-b57b-459a23472be0.shtml, 18 giugno 2018.

(33) C. Sesena, *L’avanzata dei riders*, in *Alternative per il Socialismo*, 2021, n. 59, 149-155.

(34) F. Martelloni, *Individuale e collettivo*, cit., spec. 27 ss.

(35) S. Del Fattore – C. Maiolino, *Dai riders e dai precari al sindacato di strada*, in *Alternative per il Socialismo*, 2020, n. 58, 78-84.

(36) V. Maccarone – A. Tassinari, *Mobilitazione e forme di organizzazione del nuovo precariato digitale: il caso dei fattorini della gig economy*, in Cigna L. (a cura di), *Forza lavoro! Ripensare il lavoro al tempo della pandemia*, Milano, 2020, 33-41.

subordinati a tutti gli effetti, come in seguito farà la Spagna⁽³⁷⁾. A tal fine viene preparato un ambizioso articolato come allegato al decreto dignità⁽³⁸⁾, con l'obiettivo di «emancipare il lavoro protetto dal regime di eterodirezione della prestazione lavorativa fissato all'art 2094 del codice civile, per ampliarne le fattezze in modo da ricomprendervi le molte forme di lavoro per conto altrui, di cui l'attività svolta ai *riders* che operano a beneficio di piattaforme digitali non è che un singolo esempio»⁽³⁹⁾. La reazione delle piattaforme non si fa attendere, con Foodora (che in seguito cede le sue attività italiane alla concorrente Glovo⁽⁴⁰⁾) che dichiara pubblicamente che nel caso di approvazione della norma sarebbe costretta a lasciare l'Italia⁽⁴¹⁾. Il governo incontra quindi le aziende del *food delivery* e si opta per il congelamento della legge in favore dell'avvio di un tavolo di contrattazione⁽⁴²⁾. Sarebbe interessante, ai fini di una maggiore conoscenza della vicenda, ricostruire cosa abbia ispirato la scelta. Nel nostro precedente lavoro di ricerca⁽⁴³⁾ avanziamo due ipotesi, a seguito delle informazioni raccolte: a) il Movimento 5 Stelle non dispone dei numeri parlamentari per approvare il provvedimento, visto con sospetto dall'alleato nel governo giallo-verde che si fa portavoce della contrarietà che viene dal mondo delle imprese; b) il provvedimento è sin dall'inizio un espediente, una sorta di frusta per convincere le piattaforme a sedersi a negoziare.

Viene dunque convocato un tavolo di trattativa al Ministero, che vede la partecipazione delle principali piattaforme, dei sindacati confederali e delle *unions*, nonché delle associazioni di rappresentanza delle imprese (cui però le app del cibo a domicilio non afferiscono). Il Governo prova a facilitare il tentativo di nascita di un sistema di relazioni industriali nel comparto⁽⁴⁴⁾. La negoziazione

⁽³⁷⁾ M. De Minicis, *Così la Spagna risolve il rebus dei rider*, www.lavoce.info/archives/73180/cosi-la-spagna-risolve-il-rebus-dei-rider/, 29 marzo 2021.

⁽³⁸⁾ Quondamatteo N., *Non per noi ma per tutti*, *cit.*

⁽³⁹⁾ Martelloni F., *Individuale e collettivo*, *cit.*, 32.

⁽⁴⁰⁾ Si veda Fana M., *Foodora Glovo: oligopoli a chiamata*, <https://jacobinitalia.it/a-chi-consegnano-i-rider/>, 2 novembre 2018.

⁽⁴¹⁾ Di Vico D., *Foodora: «Con il decreto di Maio noi costretti ad abbandonare l'Italia»*, https://www.corriere.it/economia/18_giugno_16/con-decreto-maio-saremmo-costretti-ad-abbandonare-l-italia-879a2cc6-71a3-11e8-8802-e09859fdb268.shtml, 16 giugno 2018.

⁽⁴²⁾ Magnani A., *Rider, la retromarcia di Di Maio. Tavolo di confronto sulla gig economy*, https://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-06-18/riders-contratto-salario-minimo-all-indennita-cosa-prevede-decreto-maio--bozza-102608.shtml?uuid=AEP8qB8E&refresh_ce=1, 18 giugno 2018.

⁽⁴³⁾ Quondamatteo N., *Non per noi ma per tutti*, *cit.*

⁽⁴⁴⁾ Pacella G., *Le piattaforme di food delivery in Italia: un'indagine sulla nascita delle relazioni industriali nel settore*, in *LLI*, 2019, 2, 179-195.

non riesce però a decollare, a causa della distanza tra le parti e dell'estremismo padronale che caratterizza le piattaforme digitali. La maggior parte di queste si associano in *Assodelivery*, che finisce per rappresentare la quasi totalità del mercato. In questo frangente la costituzione dell'associazione di impresa rappresenta in modo chiaro la mancata volontà di contrattazione; di solito – nella dinamica delle relazioni industriali – avviene il contrario, basti pensare alla Fiat-Fca che fuoriesce da Federmeccanica per disdettare il contratto collettivo nazionale⁽⁴⁵⁾.

Le trattative producono dunque uno stallo; si ritorna perciò alla via legislativa. Nell'agosto 2019 arriva il *decreto imprese*. La parte del testo che riguarda i *riders* risulta deludente per le *unions* e per i sindacati dal momento che – pur estendendo meritoriamente l'assicurazione Inail *erga omnes* - mantiene il cottimo e non fa registrare alcun avanzamento sulla qualificazione contrattuale, determinando una sorta di cristallizzazione dello *status quo*⁽⁴⁶⁾. A seguito della crisi di governo e della formazione di una maggioranza di segno diverso, seguono alcune modifiche al testo – che viene migliorato sotto alcuni aspetti ma resta denso di criticità⁽⁴⁷⁾.

4. L'accordo pirata tra Ugl e Assodelivery

Tra le criticità della legge n. 128/2019 possiamo segnalare la dualità del sistema di tutela previsto⁽⁴⁸⁾ tra *riders* “continuativi” (cui si riconosce, via art. 2 della legge 81/2015, l'applicazione della disciplina protettiva del lavoro subordinato) e *riders* “occasionalisti” cui si riconosce un set di tutele minime. Altra criticità fondamentale è aver riconosciuto un meccanismo di possibile deroga dal sistema di tutele affidato alla contrattazione collettiva tra le parti: si tratta dello stesso vulnus contenuto nella legge 81/2015, all'articolo 2 comma 2 lettera a. Parliamo, del resto, di un fenomeno radicatosi a livello internazionale nel lungo ciclo neoliberista – vale a dire quello del crescente ricorso alle *opening clauses*

⁽⁴⁵⁾ S. Musso, *Storia del lavoro in Italia dall'Unità a oggi*, Venezia, 2011.

⁽⁴⁶⁾ N. Quondamatteo, *A che punto è la consegna?, I rider dopo la legge*, <https://jacobinitalia.it/a-che-punto-e-la-consegna-i-rider-dopo-la-legge/>, 23 dicembre 2019.

⁽⁴⁷⁾ M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclotattorini*, cit.

⁽⁴⁸⁾ N. Quondamatteo, *A che punto è la consegna?*, cit.

che permettono, a livello decentrato, di modificare *in peius* i termini degli accordi⁽⁴⁹⁾.

In questo mutato quadro, si inserisce la nascita di Anar, l'Associazione Nazionale Autonoma dei Riders – un soggetto che difende apertamente il cottimo e la classificazione autonoma del rapporto di lavoro dei fattorini. Dubitabile appare la genuinità di questo fenomeno sindacale, come testimonia un'accurata e mai smentita inchiesta giornalistica⁽⁵⁰⁾ che ricostruisce il supporto delle aziende alla nascita di Anar. Questa, dopo una campagna di proselitismo, confluisce in Ugl Riders – in un processo che porta alla sottoscrizione di un accordo separato, in deroga ai termini di legge, tra la stessa Ugl e Assodelivery nel settembre 2020. Visto con favore da alcuni giuslavoristi *pro business*⁽⁵¹⁾, il contratto è contestato apertamente da *unions* e sindacati confederali nonché dallo stesso Ministero del Lavoro (Ufficio Legislativo del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 2020) a causa della dubbia rappresentatività di Ugl.

Il CCNL Assodelivery-Ugl si applica ai contratti di opera ma anche ai co.co.co.⁽⁵²⁾; prevede che i lavoratori debbano essere qualificati come autonomi, con la conseguente privazione di straordinari, mensilità aggiuntive, ferie e indennità di fine rapporto. Viene mantenuto il cottimo⁽⁵³⁾ e soprattutto viene svuotata l'idea stessa di azione sindacale e di contrattazione collettiva – in un processo in cui le parti contraenti si sono di fatto scelte per consonanza di interessi⁽⁵⁴⁾. L'accordo genera una nuova ondata di proteste; uno dei primi effetti è la fuoriuscita di Just Eat da Assodelivery⁽⁵⁵⁾, con cui arriva a maturazione la strategia della società che, a seguito della fusione con la concorrente olandese Takeaway, aveva deciso di modificare l'organizzazione del

(49) L. Baccaro – C. Howell, *A common neoliberal trajectory: the transformation of industrial relations in advanced capitalism*, in *Politics & Society*, 2011, 521-563.

(50) F. Sironi, *La guerra sporca delle grandi aziende che manovrano i lavoratori per i loro interessi*, <https://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2019/10/10/news/rider-cottimo-1.339425/>, 29 ottobre 2019.

(51) P. Ichino, *Contratto per i rider: è davvero "pirata"?*, www.lavoce.info/archives/69553/contratto-per-i-rider-e-davvero-pirata/, 21 settembre 2020.

(52) M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, 2020, 2, R. 61-R. 92.

(53) M. Marrone, *Rights against the machines!*, *cit.*

(54) A. Aloisi – V. De Stefano, *Il pacco è servito?*, <https://www.rivistailmulino.it/a/il-pacco-servito-note-sull-accordo-tra-assodelivery-e-ugl-riders>, 18 settembre 2020.

(55) S. Galeotti, *Dopo l'annuncio che assumerà i rider Just Eat esce da Assodelivery. E ammette: "Il ccnl firmato con Ugl prevede pagamento a cottimo"*, www.ilfattoquotidiano.it/2020/11/11/dopo-lannuncio-che-assumerà-i-rider-just-eat-esce-da-assodelivery-e-ammette-il-ccnl-firmato-con-ugl-prevede-pagamento-a-cottimo/5999263/, 11 novembre 2020.

lavoro con l'assunzione dei *riders* come lavoratori dipendenti. A novembre 2020 giunge poi la sentenza del primo grado del Tribunale di Palermo⁽⁵⁶⁾, che riconosce il ricorrente – un fattorino di Glovo – come dipendente a tutti gli effetti, andando oltre la pur importante (ma più conservativa) pronuncia della Cassazione che aveva riconosciuto i lavoratori torinesi di Foodora come collaboratori etero-organizzati cui andava applicata l'intera disciplina del subordinato. L'accordo tra Ugl e Assodelivery perde dunque i primi pezzi già due mesi dopo la sua entrata in vigore, a conferma della sua fragilità – segnalata anche dalla maxi-inchiesta della Procura di Milano⁽⁵⁷⁾.

5. Il contratto Just Eat

La fuoriuscita di Just Eat da Assodelivery apre un nuovo terreno di contrattazione, ancora una volta non scontato. All'inizio la piattaforma sembra intenzionata ad escludere la possibilità di applicare il contratto della logistica (storica richiesta della *unions* e dei sindacati confederali) e ipotizza, invece, di utilizzare il CCNL Multiservizi – come risulta da un regolamento provvisorio aziendale in nostro possesso. Le rappresentanze dei *riders* decidono di tenere il punto, anche in ragione del fatto che il CCNL Multiservizi rappresenta ormai il simbolo di un mondo del lavoro terziario povero e non adeguatamente tutelato: l'accordo, infatti, è scaduto nel 2013 e da allora non è stato mai rinnovato – con conseguenze pesanti soprattutto in termini salariali per lavoratrici e lavoratori coinvolti come nel settore delle pulizie⁽⁵⁸⁾.

Il confronto tra Just Eat e sindacati si svolge alla presenza delle categorie della logistica di Cgil, Cisl e Uil (scelta non causale ai fini dell'orientamento della negoziazione), nonché delle *unions* e delle categorie degli atipici come il Nidil. È proprio su questo versante, ossia quello più direttamente coinvolto nel processo di *organizing* dei fattorini, che avviene il contributo decisivo alla contrattazione data la maggiore conoscenza del processo produttivo. Dopo una serrata discussione, si conviene quindi di individuare una soluzione all'interno del CCNL Logistica: dalla proposta iniziale dell'azienda al testo definitivo le *unions*

⁽⁵⁶⁾ M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico*, cit.

⁽⁵⁷⁾ D. Milosa, *La stangata dei pm ai colossi: "Assumete 60 mila rider"*, www.ilfattoquotidiano.it/in-edicola/articoli/2021/02/25/la-stangata-dei-pm-ai-colossi-assumete-i-60-mila-rider/6113045/, 25 febbraio 2021.

⁽⁵⁸⁾ R. Chiari, *Lo sciopero dei multisfruttati*, <https://ilmanifesto.it/lo-sciopero-dei-multisfruttati/>, 14 novembre 2020.

e i sindacati confederali riescono ad ottenere una mediazione per loro più avanzata.

L'accordo integrativo aziendale finalizzato all'inserimento dei *riders* nell'ambito del CCNL di cui sopra prevede (art. 1) che “i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituiscono la forma comune di rapporto di lavoro”. Durante l'orario di servizio, i fattorini non possono svolgere “altre attività di lavoro autonomo, parasubordinato o subordinato”; tale vincolo non sussiste al di fuori dell'orario di lavoro (deve essere fornita comunicazione scritta; nella proposta iniziale dell'azienda l'esclusività del rapporto di lavoro si estendeva anche al di fuori dell'orario di servizio).

Le parti convengono (art. 4) che la Società opera in regime di *avvio di nuova attività* sino al 31 marzo 2022 per le città nelle quali il servizio viene attivato entro il 30 aprile 2021; per le altre il periodo di nuova attività è individuato nei nove mesi successivi. In questo arco temporale l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato e della somministrazione non è soggetto a limiti quantitativi; in seguito si stabilisce il limite del 35% complessivo (tempo determinato, somministrazione, lavoro a chiamata) calcolato su ciascun sito produttivo (la singola città) in base ai lavoratori a tempo indeterminato presenti in organico. La proposta iniziale della piattaforma prevedeva una fase di *avvio di nuova attività* di due anni per poi attestare un tetto del 40% all'utilizzo delle forme di lavoro flessibile: la contrattazione con *unions* e sindacati confederali ha quindi limitato notevolmente la durata del periodo transitorio⁽⁵⁹⁾, fissando inoltre – una volta che l'accordo andrà a regime – un tetto massimo a tempo determinato, somministrazione e lavoro intermittente maggiormente coerente con il dettato del CCNL. Un possibile vulnus, in prospettiva, potrebbe essere costituito dall'incidenza del lavoro part-time essendo la soglia del 35% calcolata come media di *Full Time Equivalent*.

L'art. 5 prevede che la forma di lavoro part time “è la forma comune di lavoro in azienda” ed è utilizzabile senza limiti quantitativi; di norma si articola su tre regimi orari (10, 20, 30 ore minime settimanali). Ciò presenta sia dei benefici sia, in prospettiva, dei possibili rischi. Da un lato si tratta della prova provata – contrariamente alla propaganda *pro-autonomia* che dichiarava quello del *rider* e quelli della *gig economy* come “lavoretti”⁽⁶⁰⁾ per loro natura irriducibili al lavoro subordinato – che si possono trovare soluzioni adeguate all'interno delle regole del diritto del lavoro per lavoratori con differenti esigenze e bisogni (ad

⁽⁵⁹⁾ Fino all'ultimo, le rappresentanze dei lavoratori hanno tentato di ridurre la fase di *avvio di nuova attività* a sei o sette mesi.

⁽⁶⁰⁾ R. Staglianò, *Lavoretti*, cit.

es. lo studente universitario che ha bisogno di “arrotondare”, il lavoratore migrante, il padre di famiglia ultra-cinquantenne espulso dal ciclo produttivo ecc.); dall’altro – una volta che il contratto sarà in fase di piena operatività – esiste il rischio dell’esplosione di forme di part-time involontario, vero e proprio problema sociale che affligge molti settori e in particolare il lavoro femminile. In fase di aggiornamento del periodico confronto con l’azienda, le parti sindacali potrebbero richiedere di fissare dei tetti quantitativi rispetto all’utilizzo del regime orario inferiore (10 ore R. minime settimanali) e/o di aumentare l’indennità per il lavoro supplementare (art. 15), fissata al momento al 10% e che potrebbe essere aumentata sino al 18% nella direzione di una maggiore coerenza con il CCNL Logistica.

Per quanto riguarda la retribuzione oraria (art. 14), essa ha rappresentato – come facilmente intuibile – uno dei punti di maggiore difficoltà della trattativa. Proprio sul tema del costo del lavoro ha ruotato una delle discussioni più importanti, dal momento che Just Eat voleva inizialmente applicare il CCNL Multiservizi proprio per le condizioni di vantaggio, per l’azienda, sul piano salariale. Sebbene vada ricordato che anche per il 2021 esistano numerosi sgravi fiscali per le assunzioni a tempo indeterminato, il confronto sulla paga oraria è stato rilevante e poteva determinare un fallimento della trattativa proprio per via dell’applicazione di un contratto nazionale piuttosto che dell’altro. Si è infine concordato di optare per la categoria della logistica, partendo dal meccanismo retributivo per il salario di ingresso previsto dall’art. 11 ter del CCNL. Questo prevede, per le nuove assunzioni del personale viaggiante, una maturazione progressiva dei minimi tabellari: 90% della retribuzione oraria il primo e il secondo anno, 95% il terzo e 100% a partire dal quarto. Nel contratto Just Eat si conviene di utilizzare questo meccanismo, modificandolo in senso *pro-labour*: 90% il primo e il secondo anno, 100% a partire già dal terzo. In fase di aggiornamento del confronto tra le parti, le rappresentanze dei lavoratori potrebbero chiedere di adeguare la cifra (ora fissata in 7.50 lordi, più mensilità aggiuntive) in caso di rinnovo del CCNL Logistica al fine di mantenere la difesa del salario come cuore della propria azione rivendicativa e negoziale. Il contratto Just Eat prevede poi un rimborso spese chilometrico (art. 17) e un premio di risultato (art. 18) di 0,25 centesimi lordi per consegna per un massimo di 4 consegne l’ora (al fine di non introdurre meccanismi di incentivazione del rischio, preoccupazione sulla sfera della “sicurezza” del tutto assente nell’accordo Ugl-Assodelivery fondato strutturalmente sul cottimo).

Di significativa importanza, è infine l’art. 23 che regola il “diritto di precedenza”. Tutti i fattorini che hanno prestato servizio tra il 1° agosto 2019 e

il 30 marzo 2021 hanno diritto ad essere assunti con contratto a tempo indeterminato con un monte orario simile analogo a quello svolto in precedenza. Chi ha lavorato, inoltre, per almeno sessanta singole giornate nel periodo in questione non deve inoltre sottostare al periodo di prova. L'art. 23, nella sua formulazione finale, rappresenta uno dei punti sui quali le parti sindacali hanno saputo incidere di più in sede di contrattazione.

6. Conclusioni

Come riporta anche il *Financial Times*⁽⁶¹⁾, l'Italia è il prossimo campo di battaglia che può definire il futuro della *gig economy*. In seguito alla sottoscrizione del contratto tra Just Eat e sindacati, il nostro paese vede infatti la compresenza di due modelli: uno disciplinato dalle regole del diritto del lavoro, l'altro che si fonda sull'elusione delle stesse. Posto che l'accordo tra Ugl e Assodelivery rimane assolutamente fragile, sussiste una situazione nella quale alcune importanti aziende (Glovo, Deliveroo, Uber Eats) possono fare competizione al ribasso sui costi nei confronti del contratto Just Eat – in particolare su quelli relativi alla contribuzione sociale: un tema dirimente che riguarda l'intera collettività dato che la *gig economy*, nel veicolare la sua ideologia di falsa autonomia, sottrae risorse al finanziamento dello Stato sociale⁽⁶²⁾. Questo, del resto, avviene anche in Canada dove, nel settore del servizio taxi, si confrontano Uber e Tappcar – azienda che assume regolarmente i propri autisti⁽⁶³⁾.

Risulta, ad ogni modo necessario, che nella competizione economica tra imprese non vincano le peggiori, tramite la pratica del *dumping* e con l'inquinamento dell'insieme del mercato. Su questa sfida si basa la tenuta del modello intrapreso da Just Eat, la stessa possibilità di consolidamento delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva in un settore come quello del *food delivery*, la stessa capacità negoziale delle rappresentanze sindacali dei *riders* – che per ora hanno sempre saputo sfruttare le divisioni che si sono create nel campo aziendale per tentare di innalzare gli standard di tutela come successo prima nel caso bolognese con Sgnam e poi a livello nazionale con Just Eat.

⁽⁶¹⁾SS. Borrelli – D. Ghiglione, *Italy emerges as next front in gig economy labour battle*, www.ft.com/content/6bf8ea68-d035-4cc0-a367-a545c2814355, 5 aprile 2021

⁽⁶²⁾ E. Morozov, *Does Silicon Valley's reign Herald the End of Social Democracy*, www.theguardian.com/commentisfree/2015/sep/20/silicon-valley-end-of-social-democracy, 20 settembre 2015.

⁽⁶³⁾ V. Comito, *L'economia digitale*, cit.

In conclusione, vorremmo proporre una riflessione – scaturita dall’osservazione dell’andamento della trattativa che ha portato alla sottoscrizione dell’importante contratto con la stessa Just Eat. Come riportato in precedenza, lo scoglio maggiore da superare è stato quello rappresentato dal salario e, di conseguenza, da quale contratto collettivo nazionale applicare. La soluzione individuata è stata un compromesso che ha provato a tenere insieme interessi aziendali e volontà delle parti sindacali di applicare il CCNL Logistica, decisamente più vantaggioso del CCNL Multiservizi. Sull’esito della negoziazione ha pesato l’assenza, in Italia, di un salario minimo legale in grado di costituire un pavimento sotto il quale non si può scivolare e in grado di arginare la drammatica questione sociale del lavoro povero, specie nei servizi e nel terziario arretrato⁽⁶⁴⁾. L’esistenza di questo strumento – nel caso in questione – avrebbe potuto scongiurare il fantasma dell’applicazione di un contratto poco generoso sul piano stipendiale, orientando al rialzo la negoziazione. Salario minimo legale e contrattazione collettiva, del resto, possono precedere di pari passo come ha dettagliatamente dimostrato Colin Crouch⁽⁶⁵⁾ menzionando la positiva esperienza belga. Che l’autorevole sociologo britannico lo abbia fatto in un libro dedicato proprio alla *gig economy* potrebbe essere un segnale simbolico di non di poco conto: è proprio da qui, dai *riders* del *food delivery*, che può iniziare una nuova stagione di estensione del diritto del lavoro e dell’insieme delle tutele e delle protezioni sociali?

⁽⁶⁴⁾ M. Fana – S. Fana, *Basta salari da fame!*, Roma-Bari, 2019.

⁽⁶⁵⁾ C. Crouch, *Se il lavoro si fa gig*, Bologna, 2019.

Bibliografia

- Aloisi A., *Il lavoro a chiamata e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *LLI*, 2016, vol. 2, n. 2, 16-56.
- Aloisi A. – De Stefano V., *Il pacco è servito?*, <https://www.rivistailmulino.it/a/il-pacco-servito-note-sull-accordo-tra-assodelivery-e-ugl-riders>, 18 settembre 2020.
- Baccaro L. – Howell C., *A common neoliberal trajectory: the transformation of industrial relations in advanced capitalism*, in *Politics & Society*, 2011, 521-563.
- 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*, 2020, 2, R. 61-R. 92.
- Betti E., *Precari e precarie: una storia dell'Italia repubblicana*, Roma, 2019.
- Bologna S., *Ritorno a Trieste. Scritti over 80 (2017-2019)*, Trieste, 2019.
- Bonomi A., *Le metamorfosi: l'impatto delle crisi nella biologia territoriale del Nord*, in *Alternative per il Socialismo*, 2021, n. 59, 117-130.
- Borrelli S.S. – Ghiglione D., *Italy emerges as next front in gig economy labour battle*, <https://www.ft.com/content/6bf8ea68-d035-4cc0-a367-a545c2814355>, 5 aprile 2021.
- Burgio A., *Modernità del conflitto. Saggio sulla critica marxiana del socialismo*, Roma, 1999.
- Casalini C., *“La bella favola dell'autonomia”*, *Il Manifesto*, 9 febbraio 1999.
- Chiari R., *Lo sciopero dei multisfruttati*, <https://ilmanifesto.it/lo-sciopero-dei-multisfruttati/>, 14 novembre 2020.
- Cini L.– Goldman B., *Dal controllo alla mobilitazione. Le lotte dei ciclotattorini e dei facchini della logistica in Italia*, in *LLI*, 2020, 1, 1-34.
- Comito V., *L'economia digitale, il lavoro, la politica*, Roma, 2018.
- Crozier M. – Huntington S. P. – Watanuki J., *La crisi della democrazia: rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione Trilaterale*, Milano, 1977.
- Crouch C., *Se il lavoro si fa gig*, Bologna, 2019.
- De Minicis M., *Così la Spagna risolve il rebus dei rider*, <https://www.lavoce.info/archives/73180/cosi-la-spagna-risolve-il-rebus-dei-rider/>, 29 marzo 2021.
- Del Fattore S. – Maiolino C., *Dai riders e dai precari al sindacato di strada*, in *Alternative per il Socialismo*, 2020, n. 58, 78-84.
- Di Vico D., *Foodora: «Con il decreto di Maio noi costretti ad abbandonare l'Italia»*, https://www.corriere.it/economia/18_giugno_16/con-decreto-maio-saremmo-costretti-ad-abbandonare-l-italia-879a2cc6-71a3-11e8-8802-e09859fdb268.shtml, 16 giugno 2018.
- Fana M., *Foodora Glovo: oligopoli a chiamata*, <https://jacobinitalia.it/a-chi-consegnano-i-rider/>, 2 novembre 2018.
- Fana M. – Fana S., *Basta salari da fame!*, Roma-Bari, 2019.
- Galeotti S., *Dopo l'annuncio che assumerà i rider Just Eat esce da Assodelivery. E ammette: “Il ccnl firmato con Ugl prevede pagamento a cottimo”*, <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/11/11/dopo-lannuncio-che-assumerà-i-rider-just-eat-esce-da-assodelivery-e-ammette-il-ccnl-firmato-con-ugl-prevede-pagamento-a-cottimo/5999263/>, 11 novembre 2020.

- Ichino P., *Contratto per i rider: è davvero "pirata"?*, <https://www.lavoce.info/archives/69553/contratto-per-i-rider-e-davvero-pirata/>, 21 settembre 2020.
- Linhart D., *Immaginare un impiego stabile senza subordinazione*, in *Le Monde Diplomatique*, luglio 2017.
- Maccarone V. – Tassinari A., *Mobilitazione e forme di organizzazione del nuovo precariato digitale: il caso dei fattorini della gig economy*, in Cigna L. (a cura di), *Forza lavoro! Ripensare il lavoro al tempo della pandemia*, Milano, 2020, 33-41.
- Magnani A., *Rider, la retromarcia di Di Maio. Tavolo di confronto sulla gig economy*, https://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-06-18/riders-contratto-salario-minimo-all-indennita-cosa-prevede-decreto-maio--bozza-102608.shtml?uuid=AEP8qB8E&refresh_ce=1, 18 giugno 2018.
- Marrone M., *Rights against the machines! Il lavoro digitale e le lotte dei rider*, Milano, 2021.
- Martelloni F., *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, in *LLI*, 2018, 1, 16-34.
- Martin J.P., *Microimpresa, una macchina per produrre poveri*, in *Le Monde Diplomatique*, dicembre, 2017.
- Milosa D., *La stangata dei pm ai colossi: "Assumete 60 mila rider"*, <https://www.ilfattoquotidiano.it/in-edicola/articoli/2021/02/25/la-stangata-dei-pm-ai-colossi-assumete-i-60-mila-rider/6113045/>, 25 febbraio 2021.
- Morozov E., *Does Silicon Valley's reign Herald the End of Social Democracy*, www.theguardian.com/commentisfree/2015/sep/20/silicon-valley-end-of-social-democracy, 20 settembre 2015.
- Musso S., *Storia del lavoro in Italia dall'Unità a oggi*, Venezia, 2011.
- Pacella G., *Le piattaforme di food delivery in Italia: un'indagine sulla nascita delle relazioni industriali nel settore*, in *LLI*, 2019, 2, 179-195.
- Pellerano F., *Atlantide, Staveco e la città del cibo. La Cecla contro la città: "Salvate il centro"*, http://corrieredibologna.corriere.it/bologna/notizie/cronaca/2015/15-ottobre-2015/atlantide-staveco-cultura-cibo-cecla-contro-citta-salvate-centro-2302054023220.shtml?refresh_cp, 15 ottobre 2015.
- Pennel D., *Travail, la soif de liberté*, Parigi, 2017.
- Prassl J., *Humans as a service. The promise and perils of work in the gig economy*, Oxford, 2018.
- Quondamatteo N., *Non per noi ma per tutti. La lotta dei riders e il futuro del mondo del lavoro*, Trieste, 2019.
- Quondamatteo N., *A che punto è la consegna?, I rider dopo la legge*, <https://jacobinitalia.it/a-che-punto-e-la-consegna-i-rider-dopo-la-legge/>, 23 dicembre 2019.
- Santarpia V., *Di Maio incontra i rider: «Simbolo di una generazione abbandonata»*, https://www.corriere.it/politica/18_giugno_04/lavoro-maio-incontra-rider-simbolo-una-generazione-abbandonata-bb26b8a8-67f2-11e8-b57b-459a23472be0.shtml, 18 giugno 2018.
- Scheiber N., *Growth in the «Gig Economy» Fuels Work Force Anxieties*, <https://www.nytimes.com/2015/07/13/business/rising-economic-insecurity-tied-to-decades-long-trend-in-employment-practices.html>, 13 luglio 2015.
- Scholz T., *Think outside the boss. L'incapacità di immaginare una vita diversa è il trionfo definitivo del capitale*, in Armano E. – Murgia A. – Teli M., *Platform capitalism e confini del lavoro negli spazi digitali*, Milano-Udine, 2020, 39-58.
- Sesena C., *L'avanzata dei riders*, in *Alternative per il Socialismo*, 2021, n. 59, 149-155.

- Sironi F., *La guerra sporca delle grandi aziende che manovrano i lavoratori per i loro interessi*, <https://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2019/10/10/news/rider-cottimo-1.339425/>, 29 ottobre 2019.
- Srnicek N., *Capitalismo digitale. Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Roma, 2017.
- Staglianò R., *Lavoretti. Così la sharing economy ci rende tutti più poveri*, Torino, 2018.
- Staglianò R., *L'affittacamere del mondo. Airbnb è la nostra salvezza o la rovina delle città?*, Torino, 2020.
- Ufficio Legislativo del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Contratto collettivo nazionale per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui svolto da lavoratori autonomi, cd. rider, Nota Ministeriale*, Roma, 17 settembre 2020.
- Wood A. J., *Despotism on demand. How power operates in the flexible workplace*, New York, 2020.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Le parti e la natura dell'accordo di secondo livello che
disciplina la "subordinazione adattata"
dei ciclo-fattorini Just eat – Takeaway.com Express Italy**

ALESSANDRA INGRAO
Università di Milano

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Le parti e la natura dell'accordo di secondo livello che disciplina la "subordinazione adattata" dei ciclo - fattorini *Just eat – Takeaway.com Express Italy*

ALESSANDRA INGRAO

Università degli Studi di Milano
Ricercatrice di Diritto del Lavoro
alessandra.ingrao@unimi.it

ABSTRACT

The article discusses the legal nature of the second-level company contract signed by Takeaway.com Express with the Confederal Transport Associations. It also dwells on the parties to the agreement, highlighting the absence of metropolitan unions among the signatories. Lastly, he describes the operation of the bilateral monitoring committee, which is responsible for making adjustments to the contract.

Keywords: Company agreement; derogation of law; parties of agreement; union; bilateral committee.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13186>

Le parti e la natura dell'accordo di secondo livello che disciplina la "subordinazione adattata" dei ciclo - fattorini *Just eat – Takeaway.com Express Italy*

SOMMARIO: 1. L'accordo di secondo livello Takeaway.com express - OO.SS: un nuovo punto di partenza per il *food delivery*. – 2. Le parti stipulanti. – 3. La natura del contratto e i suoi rapporti con il CCNL logistica, trasporto merci.

1. L'accordo di secondo livello Take away.com express - OO.SS.: un nuovo punto di partenza per il *food delivery*

L'accordo di secondo livello in commento è stato definito altrove come un "contratto da prima pagina" ⁽¹⁾, avendo sin da subito catturato l'attenzione dell'opinione pubblica e dato adito a un dibattito che vede scontrarsi i suoi sostenitori con i suoi detrattori.

Il valore dell'accordo integrativo aziendale – che disegna una sorta di subordinazione "adattata" per i ciclo fattorini che eserciteranno il diritto di precedenza di cui all'art. 23 dell'accordo, transitando da Just Eat a Takeaway.com express – è insito nella suo essere un paradigma della forza adattiva che le parti sociali hanno saputo sprigionare per coniugare estrema flessibilità e tutele del lavoro subordinato. Tanto più – e il complessivo caso dei *riders* ne è testimonianza – che il *food delivery* è un settore dove le relazioni industriali sono state costruite dal nulla ⁽²⁾ e hanno attraversato fasi alterne, che hanno assistito all'avvicinarsi di soggetti più o meno rappresentativi che hanno preso le parti talvolta delle piattaforme e talaltra dei lavoratori ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Il riferimento è al convegno organizzato dal gruppo dialoghi di *Labour law community LLC*, il 14 maggio 2021, dal titolo "Come nasce un contratto collettivo da prima pagina. Note a margine dell'accordo di *Just Eat*", visionabile su www.youtube.com/watch?v=TrZGGI32c0I&t=8

⁽²⁾ G. Pacella, *Le piattaforme di food delivery: un'indagine sulla nascita delle relazioni sindacali nel settore*, *LLI*, 2019, 2, 179 ss.

⁽³⁾ Una valutazione analitica richiede di considerare il contesto generale in cui esso si inserisce. Il contratto integrativo aziendale è stato stipulato a ridosso di due indagini della Procura di Milano (una relativa alla sola società Uber eats, e l'altra che ha riguardato anche le altre piattaforme tra cui *Just eat*, ma non il diverso soggetto giuridico Takeaway.com Express Italy s.r.l. firmatario dell'accordo aziendale in commento) e di un contratto collettivo capestro al massimo ribasso, applicato tutt'oggi dalle altre maggiori piattaforme operanti nel settore, firmato dal solo sindacato UGL con Assodelivery che si prefigge come obiettivo la salvaguardia dei rapporti di lavoro autonomo e laintangibilità del cottimo, cfr. F. Martelloni, *CCNL Assodelivery-UGL: una buca sulla strada dei diritti dei riders*, *Qquestionegustizia.it*, 22 ottobre 2020; sia consentito inoltre rinviare a A. Ingraio, *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro*

L'accordo ha inoltre il merito di sfatare tutte quelle posizioni che consideravano l'art. 2094 c.c. e la disciplina ad esso inscindibilmente collegata incompatibili con le peculiarità del rapporto di lavoro dei *rider* a causa della sua estrema flessibilità e discontinuità⁽⁴⁾. La subordinazione, seppur nella sua forma "adattata" alle esigenze organizzative aziendali del settore, può e deve essere la strada da percorrere per assicurare la protezione costituzionalmente dovuta (art. 3, 4 e 35 Cost.) anche a questi lavoratori. Non si esclude infatti che il modello *Just Eat* possa costituire un esempio pilota da seguire anche per altre piattaforme del *food delivery* in un futuro prossimo.

Si deve essere consapevoli, tuttavia, che i termini dell'accordo costituiscono un punto di partenza e non certo un punto di arrivo. Infatti, la clausola n. 24 definisce l'intesa «sperimentale» e quindi istituisce una commissione bilaterale di monitoraggio la cui composizione e le cui regole di funzionamento sono decise dalle parti stipulanti l'intesa in commento (si veda *amplius infra* § 2).

A quanto consta nei fatti, la commissione di monitoraggio sta svolgendo un compito delicato, dando vita a momenti di confronto con la società, anche al fine di effettuare eventuali aggiustamenti manutentivi al contratto. Quanto alla composizione, esse sono partecipate oltreché dai sindacati dei trasporti, dai rappresentanti delle *Union* metropolitane e dalle categorie confederali che rappresentano i lavoratori precari. Gli incontri avvengono con finestre molto ravvicinate, soprattutto perché le parti sociali hanno il compito di assistere i ciclofattorini nella transizione da lavoro autonomo a lavoro subordinato che non è stata priva di questioni organizzative, anche vista la decisione della società di assoldare un intermediario specializzato.

Inoltre, la commissione bilaterale di monitoraggio sta affrontando alcuni problemi sono sorti dal necessario adattamento dell'algoritmo al nuovo modello organizzativo sottostante alla disciplina della subordinazione che, specialmente nelle grandi città, non è ancora addestrato ad assegnare i turni nel rispetto di un criterio di prossimità tra il fattorino, il ristorante e il luogo di consegna.

Infine, nell'accordo è previsto che la commissione bilaterale verificherà l'andamento del "premio di valorizzazione" (eventualmente proponendo un futuro e diverso premio di risultato) e si preoccuperà del suo consolidamento.

autonomo, 2020, Milano, 82 ss. E 165 ss. La "cottimizzazione" del lavoro, la sua intensificazione e la precarizzazione dovrebbero essere superate dall'accordo *Takeaway.com* e sindacati confederali dei trasporti.

⁽⁴⁾ Il dibattito è ricostruito puntualmente in M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, *LLI*, 2019, 2, 1.1-56.

2. Le parti stipulanti

L'accordo aziendale è firmato da Takeaway.com Express Italy con le federazioni di categoria dei trasporti a livello nazionale (FILT CGIL- FIT CISL e UIL TRASPORTI) aderenti alle maggiori confederazioni.

La firma è apposta anche dalle federazioni che rappresentano le “nuove identità di lavoro” (NIDIL CGIL- FELSEA CISL UILTEMP) le quali tuttavia, come precisato nell'instestazione del contratto, avranno esclusivamente il ruolo di prestare assistenza ai lavoratori nella fase transitoria dal rapporto di lavoro autonomo (occasionale e/o coordinato e continuativo) a rapporto di lavoro subordinato, agevolando quindi la transizione da Just Eat a Take away. com express.

Occorre notare subito un “grande assente” che pure ha grandemente contribuito in questi anni alla causa dei ciclo fattorini e non solo. Non può sfuggire che il contratto integrativo aziendale in commento non è firmato dalle *Union* metropolitane, nate spontaneamente come forma di auto-organizzazione dei lavoratori su base urbana.

Eppure, realtà come *Deliverance* Milano, *Riders* Union Bologna e altre forme organizzative hanno giocato in questa partita un ruolo decisivo ⁽⁵⁾.

La loro attività sindacale è cominciata – ripercorrendo in un certo senso la storia dei sindacati delle origini – con la rivitalizzazione di forme di mutualismo *taylor made* sulle specifiche esigenze dei *rider* (se pensi alla creazione di ciclo officine nelle città o alla distribuzione di mappe urbane che indicano punti di ricarica dei cellulari); le *Union* hanno poi organizzato, sfruttando le potenzialità dei *social network* – che permettono di dare vita a delle sorte di assemblee permanenti – a mobilitazioni che, in alcuni casi hanno raggiunto una diffusione nazionale (si pensi allo sciopero del 26 marzo 2021). L'efficacia delle lotte di queste organizzazioni spontanee può essere misurata considerando che le mobilitazioni, più che arrecare un danno ai *big player* del *food delivery*, hanno catturato l'attenzione istituzionale sino a sollecitare l'apertura di tavoli negoziali a livello locale e nazionale che, come noto, hanno condotto alla stipulazione, dapprima, della “Carta dei diritti fondamentali dei lavoratori digitali nel contesto

⁽⁵⁾ Cfr. M. Marrone, *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale: il caso Riders Union Bologna, LLI*, 2019, 1, 1 ss.

urbano” siglata a Bologna il 31 maggio 2018 ⁽⁶⁾ e poi del d.l. 3 settembre 2019 n. 101, convertito con modifiche nella l. 2 novembre 2019, n. 128 ⁽⁷⁾.

Le Union, dunque, benché abbiano partecipato alla trattativa del contratto di secondo livello Takeaway.com, ponendo la firma nel verbale d'intesa come “Rider X i Diritti” (un coordinamento nazionale eterogeneo che ingloba oltre alle Union metropolitane, parti di sindacalismo informale, collettivi e anche le federazioni di categoria confederali che rappresentano le nuove identità di lavoro, o meglio, i lavoratori precari), non hanno formalmente firmato l'accordo.

E ciò non è privo di implicazioni gius-sindacali, soprattutto sul piano della costituzione di rappresentanze sindacali aziendali e della fruizione dei diritti sindacali di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori, a seguito della sentenza della nota pronuncia della Corte Costituzionale 231/2013. Per questo aspetto rinvio al commento del professor Martelloni in questa rivista, nondimeno, credo che si aprirà un nuovo capitolo per le relazioni sindacali in azienda che obbligherà le neonate Union a decidere al loro interno “che cosa vorranno fare da grandi” e cioè se costituirsi in forma associativa, come prevede il TU sulla rappresentanza del 2014, cui hanno aderito le parti firmatarie al fine di rivendicare autonomamente l'agibilità sindacale in azienda oppure sottostare alle linee politiche delle federazioni di categoria del settore trasporti-logistica, continuando ad organizzare informalmente i lavoratori dal basso, rimanendo così aderenti alla loro originaria vocazione.

3. La natura del contratto e i suoi rapporti con il CCNL logistica, trasporto merci

Il punto più controverso del contratto è certamente la sua natura giuridica, se si tratti in particolare di un contratto di prossimità in deroga al CCNL e anche alla legge ai sensi dell'art. 8 d.l. 138/2011 conv. in l. 146/2011 o

⁽⁶⁾ M. Forlivesi, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, LLI, 2018, 1, 35 ss. e F. Martelloni, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali viaggiano su due ruote*, LLI, 2018, 1, 16 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. U. Carabelli – L. Fassina (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, 2020, 3 e M. Corti – A. Sartori, *Il decreto sui «riders»*, RIDL, 2020, III, 15-24.

piuttosto di una intesa modificativa autorizzata dallo stesso contratto collettivo del settore logistica, trasporto merci.

In effetti, non è prassi consueta che l'assunzione individuale a valle sia preceduta a monte da un accordo di secondo livello che si preoccupi di modificare adattandola la futura disciplina applicabile al rapporto di lavoro, benché ciò non sia oggetto di uno specifico divieto e anzi costituisca prassi che testimonia come le parti sociali possano adattare la disciplina dei futuri rapporti di lavoro rispetto al CCNL applicabile.

Ma vi è di più. Perché un Autore in dottrina, ha avanzato l'ipotesi ⁽⁸⁾ che il contratto aziendale in commento sia in realtà un accordo aziendale in deroga anche alla legge *ex art.* 8 d.l. 138/2011 in cui le parti avrebbero omesso di qualificarlo come tale, esplicitando la sua reale natura ⁽⁹⁾. La specifica intesa interverrebbe *ratione materiae* relativamente «ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, (...)» per finalità che possono essere inquadrate nell'esigenza di aumentare l'occupazione e, forse, anche all'emersione del lavoro irregolare».

Sebbene l'intesa possieda in effetti alcuni requisiti dei contratti di prossimità, il problema relativo alla sua validità sarebbe piuttosto dato dalla reale rappresentatività delle associazioni stipulanti, requisito che allo stato non è possibile certificare, tanto più che questi rapporti fino all'altro ieri erano di lavoro autonomo, anche occasionale.

In questa sede non è possibile approfondire le specifiche clausole relative alla disciplina del *part-time* che sarà svolta dal prof. Vito Leccese, si esprime però il convincimento che le intese modificative e in parte derogatorie (vedi in particolare, oltre a quanto sopradetto, la previsione di una clausola elastica che non comporta oneri per la società), trovino giustificazione all'interno del contratto di settore della logistica e dei trasporti, come integrato dalle parti stipulanti di quel contratto (che non porta la firma né di Just Eat né di Assodelivery, cui allora la società aderiva) dall'*addendum rider* del 18 luglio 2018⁽¹⁰⁾. L'accordo integrativo – oltre ad inquadrare i rider nei livelli I (personale

⁽⁸⁾ Seppur con un *Twit* che, uscito a ridosso della firma del contratto, esprime il convincimento che la clausola sul part-time sia nulla o costituisca una clausola in deroga alla legge *ex art.* 8 d.l. 138/2011, dal momento che il contratto aziendale non stabilisce turni fissi, come prevedrebbe la legge, ma turni «spalmati» su sei giornate, anche in forma discontinua nella singola giornata. Inoltre, il lavoro supplementare sarebbe previsto per il 50% in più, mentre l'art. 5 d.lgs. 81/2015 fissa la soglia del 25 %.

⁽⁹⁾ Cfr. L. Imberti, *A proposito dell'articolo 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono*, DLRI, 2013, 255 ss.

⁽¹⁰⁾ La figura professionale del rider era stata introdotta già il 3 dicembre 2017 in occasione del rinnovo del CCNL trasporti e logistica 2018-2019 tra Confetra, Fedit,

viaggiante che utilizza cicli) e L (per chi utilizza ciclomotori e motocicli), prevedere un orario ordinario di 39 ore settimanali distribuibile su 6 giorni settimanali e un orario massimo di 48 ore (incluso il lavoro straordinario), precisare che la durata della prestazione a tempo parziale non possa essere inferiore alle 10 ore settimanali con una prestazione giornaliera minima di 2 ore e la possibilità di pattuire in forma scritta clausole flessibili ed elastiche – stabiliva altresì alla clausola n. 7 che «vista la peculiarità delle figure in oggetto (...) e la necessità di addivenire a un'organizzazione coerente rispetto alle esigenze aziendali (...)» le parti stipulanti competenti territorialmente avrebbero potuto concordare specifiche intese in sede aziendale o territoriale. Tali accordi modificativi del CCNL, stando alla lettera della clausola 7, avrebbero potuto intervenire su una serie di materie (formazione, privacy ecc.) indicate soltanto «a titolo indicativo e non esaustivo».

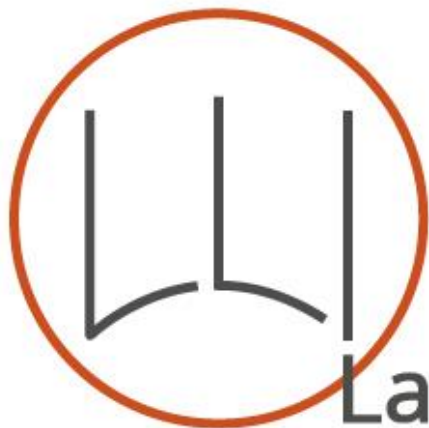
Del resto, ciò spiega meglio anche la veste con cui le Parti stipulanti intervengono: per attuare le intese modificative al contratto nazionale di settore logistica, dando vita a quella che ho definito in *incipit* “subordinazione adattata” era necessario per l'azienda il coinvolgimento dei sindacati firmatari del medesimo contratto.

Non bisogna però essere ingenerosi nella valutazione delle intese derogatorie, né assumere posizioni ideologiche che non gioverebbero alla valorizzazione dell'accordo che soddisfa la necessità di governare in modo condiviso la transizione dal lavoro autonomo a quello subordinato rispondendo alle esigenze specifiche di un settore turbolento, quale quello del *food delivery*. Accordo che, per di più, dimostra la capacità adattiva delle relazioni industriali che hanno saputo rimodulare una disciplina che sa tenere insieme flessibilità e tutele del lavoro subordinato.

Assologistica, Federspedi, Confartigianato trasporti e Fita-CNA, Filt-CGIL, Fit-CISL e Uiltrasporti.

Bibliografia

- Carabelli U. - Fassina L. (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, 2020, 3.
- Corti M. - Sartori A., *Il decreto sui «riders»*, in *RIDL*, 2020, III, 15-24.
- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, 2019, 2, I.1-56.
- Forlivesi M., *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, *LLI*, 2018, 1, 35-58.
- Imberti L., *A proposito dell'articolo 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono*, in *DLRI*, 2013, 255-272.
- Ingrao A., *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Giuffrè, Milano 2020.
- Marrone M., *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale: il caso Riders Union Bologna*, *LLI*, 2019, 1, 1-28.
- Martelloni F., *CCNL Assodelivery-UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, in *Qquestionegiustizia.it*, 22 ottobre 2020
- Martelloni F., *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali viaggiano su due ruote*, *LLI*, 2018, 1, 16-34.
- Pacella G., *Le piattaforme di food delivery: un'indagine sulla nascita delle relazioni sindacali nel settore*, in *LLI*, 2019, 2, 179-195



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Passaggio dalla società e dal rapporto precedente alla
nuova società e al nuovo rapporto, tra qualificazione e
trasferimento d'azienda (artt. 4 e 23)**

ANTONIO DI STASI

Università Politecnica delle Marche

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Passaggio dalla società e dal rapporto precedente alla nuova società e al nuovo rapporto, tra qualificazione e trasferimento d'azienda (artt. 4 e 23)

ANTONIO DI STASI

Università Politecnica delle Marche
Professore Ordinario di Diritto del lavoro
a.distasi@univpm.it

ABSTRACT

This comment examines the corporate events of the companies belonging to the Just Eat Group. These aspects are important to try to understand if the operation is fraudulent and if the rules on the transfer of the company had to be applied.

Keywords: rider; trade union agreement; subornation; self-employed work; company transfer.

<https://doi.org/.10.6092/issn.2421-2695/13155>

Passaggio dalla società e dal rapporto precedente alla nuova società e al nuovo rapporto, tra qualificazione e trasferimento d'azienda (artt. 4 e 23)

SOMMARIO: 1. Il soggetto imprenditoriale ovvero con chi si ha a che fare; 2. Quale senso è possibile ricercare nell'operazione sottostante all'Accordo integrativo aziendale; 3. Alcune questioni critiche.

1. Il soggetto imprenditoriale ovvero con chi si ha a che fare

“Takeaway.com Express Italy”, firmataria dell'Accordo integrativo aziendale, è una società a responsabilità limitata con sede a Milano (con soli 10.000,00 euro di capitale), e nella premessa del contratto in commento viene dichiarato che fa parte del Gruppo Just Eat, dopo aver fatto intendere di essere una società da poco costituita che “intende avviare un'attività di delivery food”.

Come sia formato il Gruppo Just Eat, quale sia la sua natura giuridica e quale rapporto esista tra la “Capogruppo” e le controllate non è opera semplice in quanto le Società sono costituite in forma anonima in diversi paesi dell'Unione Europea e anche fuori di essa.

Alcuni elementi possono servire a comprendere la complessità dei collegamenti societari.

Takeaway.com Express Italy srl è controllata al 100% da Takeaway.com express Netherland B.V.

Sul sito italiano di Just Eat si legge che “è l'app leader per ordinare online pranzo e cena a domicilio in tutta Italia e nel mondo, è presente in Italia dal 2011 e oggi opera con ristoranti partner su tutto il territorio nazionale” e che “nata in Danimarca nel 2001, Just Eat è oggi attiva nel mondo con milioni di clienti, supportando il business e il successo dei ristoranti partner”. Solo nella pagina relativa alle informazioni sulla privacy si trova che “Just Eat Holding Limited” ha sede in Gran Bretagna e precisamente in Fleet Place House, 2 Fleet Place London EC4M 7RF.

Inoltre, da notizie di stampa sembra che la britannica Just Eat sia stata acquistata dalla olandese Takeaway.com e che questa operazione abbia avuto l'approvazione dell'Antitrust britannico. Dunque, non ci si dovrebbe più trovare di fronte a due Gruppi o Holdings internazionali, anche se quale rapporto giuridico intercorra oggi tra esse non è dato, a chi scrive, conoscere e sul sito di

Just Eat era comparsa la notizia con l'espressione "merge", che ovviamente può essere tradotta in più modi e significare sia fusione che incorporazione che collaborazione.

Che l'assetto societario sia un elemento fondamentale per capire chi sia il "vero" *dominus* sotto un profilo proprietario o il datore di lavoro effettivo non può essere messo in dubbio. E tale aspetto è ancora più rilevante se si considera che fino a ieri il rapporto di lavoro con i Rider era instaurato con Just-Eat Italy srl con sede legale a Milano e per la precisione in via Tiziano 32.

Infine, un'ulteriore conferma della non chiara, almeno a chi scrive, realtà societaria si ha leggendo l'art. 23 dell'Accordo Integrativo ove si specifica che Just Eat Italy srl farebbe parte insieme al Takeaway.com Express Italy srl del Gruppo Just Eat Takeaway. La composizione e la natura societaria di un gruppo che opera su scala mondiale non solo è di difficile comprensione, ma rafforza l'opinione che varie società, formalmente autonome, facciano parte di un medesimo Gruppo ovvero che l'imputazione imprenditoriale possa essere fatta risalire ad un'unica Società che controlla le altre. Ciò che risulta inequivocabile è l'utilizzo dello schermo di diverse società riconducibili ad una unica controllante tanto che l'Amministratrice della Takeaway.com express Italy srl è la sig.ra Versteeg Sophie Marie che dichiara di essere "general counsel corporate at Just Eat".

2. Quale senso è possibile ricercare nell'operazione sottostante all'Accordo integrativo aziendale

Un lettore che vuol provare a leggere tra le righe dell'Accordo dovrà innanzitutto partire dalle premesse contenute nello stesso e cioè dal dato che "la Società Takeaway.com Express Italy, impresa facente parte del Gruppo Just Eat, intende avviare un'attività di delivery food". Dunque, occorre chiedersi per quale ragione Just Eat, che ha già una sua società per la consegna dei pasti, ne costituisca una nuova a cui passare gli stessi Rider già in forza come lavoratori autonomi riqualificandoli come lavoratori subordinati.

Non trovando una risposta nell'Accordo stesso, si potrebbe ipotizzare che sia un modo per avere l'esonero dell'applicazione integrale del CCNL "Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione" a cui si decide di aderire e in particolare rientrare nella eccezione relativa agli esoneri previsti dallo "avvio di nuova attività" e cioè la possibilità di utilizzare nei successivi 9 mesi contratti di

lavoro flessibile come il tempo determinato e la somministrazione senza soggiacere a limiti quantitativi (v. art. 4 dell'Accordo integrativo).

Se così fosse l'operazione assumerebbe da un lato una sorta di meritevole sanatoria con una sorta di riconoscimento della natura del rapporto di lavoro dei Rider instaurati come autonomi, ma che in realtà vanno ricondotti alla subordinazione; dall'altro una sorta di scudo che proverebbe a mettere al riparo Just Eat Italy srl da rivendicazioni relative alla natura subordinata del rapporto intercorso ovvero da indagini varie e contestazioni amministrative, come le vicende che hanno toccato altri operatori segnalano.

A tal proposito, appare significativa la previsione contenuta nell'art. 23 dell'Accordo Integrativo in cui si stabilisce che "l'opportunità di firmare un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutti i Rider che hanno collaborato, con contratti di lavoro autonomo, occasionale o parasubordinato, con Just Eat Italy srl nel periodo compreso tra il 1 agosto 2019 e il 30 marzo 2021" è subordinato al recesso da parte dei Rider dal contratto di lavoro autonomo in essere con Just Eat Italy srl.

Il senso di una simile previsione è chiaro: regolarizzo i Rider con un contratto subordinato a condizione che recedano dalla società con cui finora hanno lavorato. Quello che risulta più oscuro è la sussunzione della fattispecie in uno degli schemi giuridici prospettabili per valutare profili di sostenibilità o ipotetiche situazioni patologiche.

3. Alcune questioni critiche

Riannodando il nastro dell'operazione è possibile sostenere che Just Eat abbia deciso di non utilizzare più contratti di lavoro autonomo con i Rider allineandosi a quanto ha scelto di fare in altri paesi e per evitare controversie e contestazioni. Nello stesso tempo ha colto la possibilità di continuare a ricorrere a lavoratori "flessibili" o "precari", almeno per un periodo di tempo significativo.

Tutto qui? Una domanda a cui occorrerebbe dare risposta è quella relativa alla ipotizzabilità di un contratto tra Just Eat (non si sa se Italy o altra società) e Takeaway.com Express Italy per capire, qualora esistesse, quali sono i termini al fine di sgombrare il campo da considerazioni sulla circostanza che si possa adombrare una fornitura di sola manodopera.

Secondariamente, andrebbe sottoposta a verifica l'idea che si sia voluto mascherare un trasferimento d'azienda tra Just Eat Italy srl e Takeaway.com

Express Italy srl. A favore di questa tesi fa propendere sia la “storia” dell’operazione, sia quanto riportato nella premessa dello stesso Accordo sindacale e sia la previsione della assunzione dei Rider già lavoratori di Just Eat. A sentire i consulenti aziendali, però, non si tratterebbe di trasferimento d’azienda in quanto verrebbe utilizzato un nuovo software.

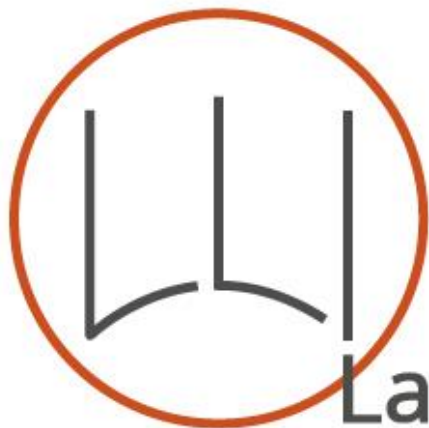
Per poter avere elementi per una ricostruzione dell’operazione e una traduzione in termini giuridici occorrerebbe conoscere i rapporti contrattuali tra Just Eat Italy e Just Eat con sede in Olanda (o UK?) e quelli tra Takeaway.com Express Italy e la proprietaria e/o chi gestisce la piattaforma.

Un ulteriore elemento che potrebbe avere una certa rilevanza è l’utilizzo del marchio Just Eat, in quanto il marchio è uno degli elementi previsti dall’art. 2573 c.c., il quale prevede una presunzione di trasferimento del diritto all’uso esclusivo del marchio unitamente alla cessione d’azienda o di un suo ramo.

Chi ha firmato l’Accordo sembra ritenere che non si tratti di trasferimento d’azienda in quanto il passaggio avverrebbe su base autonoma e volontaria da parte dei Rider; ma questa tesi appare priva di pregio in quanto l’art. 2112, co. 3, c.c. prevede proprio la possibilità per il lavoratore che non voglia transitare di dimettersi per giusta causa entro tre mesi. Dunque, l’argomento dei consulenti aziendali sembra una contraddizione che a ben vedere confessa la vera natura dell’operazione che è quella di trasferimento di una attività e dei relativi lavoratori da una entità societaria ad un’altra.

L’ulteriore aspetto su cui andrebbe svolta una riflessione discende dalla circostanza per cui a seguito dell’operazione in commento cambierebbe il nome, ma non l’imputabilità proprietaria.

Si ripropone qui il tema della riconducibilità delle obbligazioni lavorative in capo alla società controllante o capogruppo. È un tema questo che la giurisprudenza negletta non ha mai affrontato limitandosi ad assecondare logiche commercialistiche. Sarebbe invece giunto il momento di riconsiderare il tema della tutela del lavoro nei Gruppi societari, anche se in questo breve commento ad un Accordo integrativo aziendale ci si può solo limitare ad auspicare che la questione venga riletta sotto nuova luce.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Contratti a termine, somministrazione
e lavoro intermittente (artt. 4 e 6)**

LAURA TORSELLO

Università Politecnica delle Marche

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695



Contratti a termine, somministrazione e lavoro intermittente (artt. 4 e 6)

LAURA TORSELLO

Università Politecnica delle Marche

Ricercatrice di Diritto del lavoro

l.torsello@univpm.it

ABSTRACT

The contribution examines the forms of flexible work and the first company agreement signed between Just Eat Italia and the trade unions.

The Agreement provides, in fact, that anyone who transports people or things discontinuously should be classified as an employee. The worker can be hired with an open-ended or temporary employment contract or even with an intermittent employment contract with an interminable or fixed term.

The different possibilities of use of atypical forms of work and the consequences for riders are then examined, in a difficult balance between protection and flexibility.

Keywords: digital platform; riders; flexible work.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13187>

Contratti a termine, somministrazione e lavoro intermittente (artt. 4 e 6)

SOMMARIO: 1. Verso il superamento dei contratti flessibili o precari. -2. *Gig economy* e prestazioni non programmabili. - 3 Questioni operative.

1. Verso il superamento dei contratti flessibili o precari

Se l'art. 1 dell'Accordo integrativo aziendale, riecheggiando le premesse del Jobs Act, esordisce rievocando la centralità del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato come la forma comune di rapporto di lavoro dei ciclofattorini di Takeaway.com express, è comunque previsto dallo stesso che la Società possa utilizzare altre forme di lavoro flessibili regolate dalla legge o dal contratto collettivo "Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione". L'Accordo, che oggi trova applicazione come integrativo, potrà anche eventualmente essere modificato dall'Accordo aziendale sulla base di policy decise in futuro dall'azienda.

Nello specifico l'Accordo prevede agli artt. 4 e 6 che Takeaway.com express possa ricorrere a contratti a termine, contratti di somministrazione e al lavoro a chiamata. Le parti nel contratto integrativo aziendale hanno convenuto all'art. 4 che Takeaway.com express operi fino al 31 marzo 2022 in regime di "avvio di nuova attività" e ciò comporta che la Società potrà utilizzare fino a quella data, anche in modo combinato, contratti a termine e di somministrazione senza il rispetto di limiti quantitativi. Tra circa un anno, invece, quando l'Accordo andrà a pieno regime il limite quantitativo individuato è quello del 35% rispetto al personale in forza in ciascuna città.

È quindi evidente che le parti contraenti, pur nel tentativo di assicurare pari dignità sociale ed eguaglianza a questa categoria di lavoratori, hanno scelto di andare incontro alle esigenze imprenditoriali fissando una percentuale più elevata rispetto a quella del 20% stabilita dall'art. 23 del d.lgs. n. 81/2015, che fa salve le previsioni dei contratti collettivi di qualsiasi livello, sia *in melius* che *in peius* ⁽¹⁾. L'Accordo nulla specifica con riferimento alla violazione del limite

⁽¹⁾ Per un'analisi dei limiti quantitativi nei contratti a termine e l'individuazione della base di computo in generale v. il recente contributo di A. Preteroti, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2020, 567-633, qui 586 ss.

percentuale; sul punto va ricordato che l'art. 23, comma 4 del d.lgs n. 81/2015 precisa che in tale ipotesi non è applicabile la conversione del contratto, per cui l'applicazione di una sanzione amministrativa in proporzione all'organico sembra essere l'unica conseguenza negativa per il datore di lavoro che trasgredisca.

L'art. 4 precisa che non rientrano nel computo tutte le categorie escluse *ex lege* dai limiti percentuali, tra cui i lavoratori svantaggiati e molto svantaggiati ⁽²⁾ di cui all'art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81/2015 e d.m. 17 ottobre 2017, così adeguandosi a quanto previsto dal Regolamento (UE) n. 651/2014.

Emerge, da qui, la principale vocazione dell'Accordo che è quella di coniugare le tutele del lavoro subordinato con l'utilizzo di contratti flessibili, e lo sforzo di tale attenzione si esprime proprio nella scelta di porre limiti più intensi là dove i lavoratori incontrano meno ostacoli nel mercato, e più lassi nel caso in cui ci si trovi a contrattare con lavoratori che invece stentano a trovare un'occupazione o si trovano in situazione di particolare disagio economico e/o sociale, che quindi vengono dichiarati esclusi dal computo del 35%.

⁽²⁾ Ai sensi del d.m. del 17 ottobre 2017 appartengono alla categoria dei *lavoratori svantaggiati*: a) chi non ha un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi, ovvero chi negli ultimi sei mesi non ha prestato attività riconducibile a un rapporto di lavoro subordinato della durata di almeno sei mesi, nonché, negli ultimi sei mesi ha svolto attività lavorativa in forma autonoma o parasubordinata da cui derivi un reddito che corrisponde a un'imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni spettanti ex art. 13 TUIR; b) chi ha un'età compresa tra i 15 e i 24 anni; c) chi non possiede un diploma di scuola media superiore o professionale (livello ISCED 3) o si trova nella condizione di non aver completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni e non avere ancora ottenuto il primo impiego regolarmente retribuito, ovvero coloro che non hanno conseguito un diploma di istruzione secondaria superiore o una qualifica o un diploma di istruzione e formazione professionale rientranti nel terzo livello della classificazione internazionale sui livelli di istruzione, nonché coloro che hanno conseguito una delle suddette qualificazioni da non più di due anni e non hanno avuto un primo impiego regolarmente retribuito come definito alla lettera a) ; d) chi ha superato i 50 anni di età (ovvero coloro che hanno compiuto 50 anni di età); e) l'adulto che vive solo con una o più persone a carico, ovvero coloro che hanno compiuto 25 anni di età e sostengono da soli il nucleo familiare in quanti aventi una o più persone a carico (*ex art. 12 TUIR*); f) chi è occupato in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici, se il lavoratore interessato appartiene al genere sottorappresentato, ovvero coloro che sono occupati nei settori e nelle professioni caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo-donna, annualmente individuati dal decreto emanato ai sensi dell'art. unico del decreto 16 aprile 2013, attuativo dell'art. 4, comma 11, della legge 28 giugno 2012, n. 92 e che appartengono al genere sottorappresentato; g) chi appartiene ad una minoranza etnica di uno Stato membro UE e ha la necessità di migliorare la propria formazione linguistica e professionale o la propria esperienza lavorativa per aumentare le prospettive di accesso ad un'occupazione stabile. Appartengono, invece, alla categoria dei *lavoratori molto svantaggiati* i soggetti privi da almeno 24 mesi di un impiego regolarmente retribuito oppure i lavoratori appartenenti alle categorie "svantaggiate" che siano privi di un impiego retribuito da 12 mesi.

V'è poi da analizzare la questione del “diritto di precedenza”: si tratta di un diritto che ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 81/2015 addirittura potrebbe essere escluso dalla fonte collettiva di qualunque livello, ma l'Accordo, invece, all'ultimo comma dell'art. 4 afferma tale possibilità e la estende espressamente anche ai lavoratori somministrati.

La normativa sul contratto a termine prevede, infatti, per il lavoratore che nella esecuzione di uno o più contratti a tempo determinato presso la stessa azienda abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a 6 mesi, il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi 12 mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione del rapporto a termine. Per rendere più fruibile il diritto da parte del lavoratore a termine è stato inoltre previsto l'obbligo di informarlo e che la mancata informativa sui diritti di precedenza non incide sulla possibilità che il lavoratore possa comunque esercitarli.

Se ai dipendenti con contratto di somministrazione sono generalmente estesi gli stessi diritti dei lavoratori assunti direttamente dall'azienda utilizzatrice, gli stessi non hanno però il diritto di precedenza all'assunzione ⁽³⁾. Si apprezza quindi l'estensione realizzata dall'Accordo del diritto di precedenza anche a questa tipologia di lavoratori che altrimenti ne sarebbero esclusi, evitando così che possano subire una discriminazione per la stabilizzazione.

Tale previsione va letta congiuntamente a quella che prevede un generale diritto di precedenza per tutti i rider che effettuano il passaggio dalla vecchia piattaforma (Just Eat Italia) alla nuova (Take Away Express) facente capo allo stesso gruppo internazionale (Just Eat Take Away).

Si potrebbe ipotizzare che tale diritto di precedenza non varrà soltanto per il futuro, quindi per i lavoratori assunti a termine o somministrati nella nuova piattaforma, ma anche per i lavoratori che hanno già lavorato nella vecchia piattaforma, eventualmente riqualificati come subordinati, qualora siano rispettate le condizioni previste dal d.lgs. n. 81/2015.

Va osservato che trattandosi soltanto del diritto ad essere preferito nel caso in cui il datore di lavoro decida di procedere a nuove assunzioni, l'eventuale

⁽³⁾ In particolare, l'art. 34, co. 2, d.lgs. n. 81/2015, come novellato dal decreto «dignità», ha esteso la disciplina del contratto a termine applicabile al contratto di lavoro a tempo determinato tra l'agenzia di somministrazione e il lavoratore, ad eccezione delle norme contenute negli articoli 21, co. 2 (le pause tra un contratto e il successivo), 23 (i limiti quantitativi al numero di contratti a termine che possono essere stipulati dai datori di lavoro) e 24 (il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato). Per un approfondimento si rinvia a M.D. Ferrara, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto «dignità»*, RIDL, 2, 2019, 227-251, qui 230.

inadempimento del datore di lavoro non sarebbe assistito da tutela in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. ⁽⁴⁾, ma certamente può dar luogo, ai sensi degli art. 1218 ss. c.c., al risarcimento del danno. La quantificazione del danno va commisurata a quanto il lavoratore avrebbe ricevuto se fosse stato parte del contratto di lavoro che il datore di lavoro ha stipulato con il diverso contraente, tenendosi conto non solo delle retribuzioni, ma anche delle relative contribuzioni previdenziali.

2. *Gig economy* e prestazioni non programmabili

Attualmente il lavoro intermittente, dopo la sua introduzione ad opera del d.lgs. n. 276/2003 ⁽⁵⁾ ed un tormentato *iter* legislativo ⁽⁶⁾, è stato ridefinito con il Jobs Act nell'art. 13 del d.lgs. n. 81/2015 che lo applica ai lavoratori impiegati in attività non programmabili, rimettendo alla contrattazione collettiva, anche di secondo livello, l'individuazione delle ragioni che legittimano l'utilizzo di detto contratto di lavoro.

La *gig economy*, in questi anni, ha mostrato la difficoltà di strutturarsi attraverso prestazioni di lavoro continuative, radicandosi invece sulla logica della “chiamata”, per cui soltanto in caso di effettiva richiesta conseguirà l'attività lavorativa; un simile presupposto ricalca lo schema negoziale del contratto di lavoro intermittente in cui l'adempimento dell'obbligazione lavorativa si svolge solo a seguito della chiamata del datore di lavoro e della risposta (e, quindi, accettazione) del prestatore di lavoro e che, in linea generale, si ritrova nel sistema adottato tramite piattaforma digitale, per la gestione dei rider da parte delle società nel settore della consegna del cibo a domicilio.

⁽⁴⁾ Sostiene la costituzione *ope judicis* ai sensi dell'art. 2932 c.c., G. Ferraro, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, *GL*, 2, 2008, 70.

⁽⁵⁾ In realtà, il nostro ordinamento al punto 8 del r.d. 2657/1923 (Pubblicato nella *Gazz. Uff.* 21 dicembre 1923, n. 299. Approvazione della tabella indicante le occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia alle quali non è applicabile la limitazione dell'orario sancita dall'art. 1 del decreto-legge 15 marzo 1923, n. 692) già prevedeva che chi effettua trasporto di persone o cose in modo discontinuo venisse inquadrato come lavoratore subordinato intermittente e la figura del fattorino potrebbe integrare la casistica del rider.

⁽⁶⁾ Per una ricostruzione si rinvia a P. Albi, *Il lavoro intermittente (artt. 13-18)*, in F. Carinci (a cura di), *Commento ad d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, *Adapt Labour Studies e-Book series*, n. 48, 2015, 197 ss.; E. Mattei, *La continuità del lavoro intermittente*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma el Jobs Act*, Padova, 2016, 653-667.

Nella recente storia giuslavoristica, lo schema del lavoro a chiamata è stato utilizzato per determinare o meno la subordinazione dei lavoratori organizzati su piattaforma. In argomento vi sono innumerevoli contributi dottrinali oltreché importanti decisioni giurisprudenziali ⁽⁷⁾, e per quel che qui interessa, nel dibattito che ha animato gli studiosi è stato posto un peso rilevante sulla volontà del lavoratore digitale di rispondere o meno alla chiamata proprio per affermare l'autonomia del rider.

Una tale opzione, invero, non ha mai rappresentato una valida argomentazione ad escludere la subordinazione, in quanto, così ragionando si sarebbe registrata una grave incoerenza proprio rispetto alla legislazione sul lavoro intermittente che conferma come l'insussistenza di un obbligo di risposta alla chiamata non è incompatibile con la subordinazione ⁽⁸⁾.

Ed anzi, tale schema contrattuale sembra offrire, allo stato attuale, maggiori garanzie rispetto al contratto di collaborazione coordinata e continuativa proprio per il fatto che il rapporto a chiamata viene attratto nell'area della subordinazione, con tutele e garanzie minime e inderogabili.

Le parti sociali hanno quindi colto la possibilità di utilizzare tale schema di lavoro flessibile autorizzandolo, seppur con delle cautele, all'art. 6 dell'Accordo.

Detta disposizione nulla specifica con riferimento all'obbligo o meno di risposta alla chiamata, ma tale possibilità è ammessa dal comma 4 dell'art. 13 del d.lgs. n. 81/2015 secondo cui durante i periodi in cui il lavoratore non presta alcuna attività lavorativa non matura il diritto ad alcun trattamento economico, salvo il caso in cui "abbia garantito al datore di lavoro la propria disponibilità".

La possibilità o meno del rider di rispondere o meno alla chiamata, che dovrà avvenire nelle forme e con il preavviso previsto nel contratto individuale, lo esporrà, pertanto, a diverse conseguenze economiche e sanzionatorie.

Nella prima ipotesi - che probabilmente in linea con l'idea della subordinazione sarà la più utilizzata - il ciclofattorino intermittente ha diritto ad una indennità fissa, la c.d. indennità di disponibilità, su cui l'azienda deve pagare i contributi previdenziali, ma che non è base di calcolo del trattamento di fine

⁽⁷⁾ Per tutti, M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, LLI, 2019, 2, I.1-56; Id, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, LLI, 2020, 2, VI.1-32.

⁽⁸⁾ O. Bonardi, *Sintesi del Dibattito*, RGL, *Quaderno 3/2017*, Atti del Convegno *Il lavoro nelle piattaforme digitali: nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, svoltosi a Roma il 20 ottobre 2017, p. 137; M. Novella, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, LLI, 2019, 5, 1, 82-103, qui 94, al quale si rinvia per i riferimenti dottrinari in argomento.

rapporto, dell'indennità sostitutiva del preavviso, della tredicesima e quattordicesima, etc.

Essendosi assunto l'obbligo di rispondere alla chiamata, eccettuati i casi di impedimento ⁽⁹⁾, il rifiuto ingiustificato di rispondere può costituire motivo di licenziamento.

Nell'ipotesi in cui il contratto individuale contempra la possibilità di non rispondere alla chiamata il lavoratore manterrà maggiore "autonomia", ma perderà il diritto alla indennità di disponibilità senza incorrere nelle conseguenze sanzionatorie ⁽¹⁰⁾.

Su questo punto si gioca il delicatissimo bilanciamento tra "libertà" e protezione, che difficilmente incontra soluzioni condivise sia da parte degli studiosi che da parte degli stessi lavoratori interessati. Spesso, infatti, a prevalere è proprio l'errata convinzione che porre argini ad alcune possibilità sia prerogativa sfavorevole alla libertà, mentre al contrario regolamentare alcuni istituti in modo più scrupoloso permette, il più delle volte, di garantire al lavoratore delle tutele altrimenti del tutto assenti.

3. Questioni operative

L'art. 6 prevede l'utilizzo del lavoro intermittente sia a tempo indeterminato che determinato, purché nel rispetto dei limiti quantitativi già individuati all'art. 4 (e forse non è un caso che tale rispetto dei limiti sia scritto tra parentesi).

La possibilità di utilizzare il contratto a chiamata a tempo determinato comporta una notevole flessibilità nonché alcune incertezze. V'è da chiedersi, infatti se come negli "ordinari" contratti a termine anche in questo caso occorra rispettare i limiti di dieci o venti giorni tra un contratto e il successivo o se le

⁽⁹⁾ In caso di malattia o, comunque, sia di temporanea impossibilità di rispondere alla chiamata il rider dovrà informare il datore di lavoro tempestivamente, specificando la durata dell'impedimento, durante il quale non matura il diritto all'indennità di disponibilità; in assenza di comunicazione, il lavoratore perde il diritto all'indennità per un periodo di quindici giorni, a meno che il contratto individuale preveda diversamente.

⁽¹⁰⁾ Il non rispondere alla chiamata non mette in dubbio che quando lavora il rider sia un lavoratore subordinato, e gli spetti, ex art. 17, co. 1, esattamente lo stesso trattamento dei lavori subordinati permanenti. Così, M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, *op. cit.*, 24. Cfr. sull'argomento anche R. Romei, *Il contratto di lavoro intermittente*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *op. cit.*, 681-704, qui 703. L'Autore sostiene, al di là delle diverse opinioni sulla natura giuridica del rapporto di lavoro intermittente senza obbligo di risposta, che non essendosi in presenza di un ben determinato tipo contrattuale "troverà applicazione la disciplina corrispondente al tipo di contratto che le parti di volta in volta hanno posto in essere".

parti possano stipularne immediatamente uno nuovo, così come ci si chiede se alla scadenza le parti possano decidere di prorogarlo anche perché non è prevista una durata massima.

Al fine di evitare che tale tipologia contrattuale venga ad essere impiegata in modo costante e continuativo, il lavoro intermittente è soggetto ad un limite quantitativo di utilizzo, fissato in 400 giornate di “effettivo lavoro” – esclusi dunque i periodi di disponibilità – nell’arco di tre anni solari ⁽¹¹⁾; tale limite è ribadito dall’art. 6 dell’Accordo.

Si è scelto, quindi, in conformità con il dettato normativo, di non regolamentare in modo diverso l’intensità delle prestazioni di lavoro intermittente.

Nel caso del lavoro a chiamata del cicofattorino è espressamente indicato che il turno minimo non può essere inferiore a due ore continuative; è lecito, dunque, domandarsi se per conteggiare come giornata di lavoro ai fini del tetto delle 400 giornate si debba considerare il turno di due ore o basti anche soltanto un’ora di lavoro.

Sul presupposto che le due ore continuative richieste dall’art. 6 sono individuate sicuramente con l’intento di offrire una maggior tutela al cicofattorino, che può avere difficoltà a spostarsi da una zona all’altra di una grande città, nella stessa logica va ritenuto che lo svolgimento anche un’ora di lavoro sia utile al conteggio delle 400 giornate ⁽¹²⁾.

Ciò è ancor più vero se si considera che l’eventuale superamento del suddetto limite, che non trova applicazione soltanto nei settori “del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo, determinerà la “trasformazione” del rapporto in un “normale” rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato dalla data del superamento.

La legge, inoltre - criticata sotto questo profilo per contrasto con il diritto antidiscriminatorio ⁽¹³⁾ - prevede espressamente anche un limite soggettivo con riferimento alla platea di lavoratori che possono essere destinatari di un contratto intermittente. Si fa, infatti, riferimento a coloro che hanno meno di 24

⁽¹¹⁾ La disposizione, aggiunta all’art. 34, co.2-bis, d.lgs. n. 276/03, dall’art.7, co.2, lett. a, decreto-legge n.76/13, è stata confermata anche nel nuovo Testo Unico dei contratti di lavoro, il d.lgs. n. 81/15, art.13, co. 3.

⁽¹²⁾ D’altra parte, anche il dato letterale per il computo delle 400 giornate non sembra attribuire rilevanza alla quantità delle ore lavorate.

⁽¹³⁾ Sul punto V., L. Calafà, *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di giustizia*, RIDL, 3, 2016, 692 ss.; E. Gagnoli, *Il contratto di lavoro intermittente e la possibile discriminazione per età*, DLRI, 2016, 1111 ss.; G. Franza, *Il diritto antidiscriminatorio come antidoto alla flessibilità. Il caso del lavoro intermittente tra istanze di tutela e limiti regolativi*, VTDL, 2018, 877 ss.

anni (ma la prestazione può concludersi entro il compimento dei 25 anni di età) e a coloro che ne hanno più di 55 anni. Non v'è motivo per non ritenere che il suddetto limite si estenda anche ai rider, in quanto non rientranti tra le categorie escluse dall'ambito di applicazione della norma che sono quello del "turismo, pubblici esercizi e spettacolo".

D'altro canto, però, occorre considerare l'espresso riferimento che l'art. 6 fa ai limiti quantitativi di cui al precedente art. 4 che, come sopra ricordato, esclude dai limiti di computo i "lavoratori svantaggiati" e tra questi vanno ricompresi proprio i lavoratori tra i 15 e i 24 anni di età, così come i lavoratori sopra i 50 anni.

Una lettura combinata dei due articoli porta a ritenere che per l'utilizzo dei giovani ciclofattorini o per lavoratori considerati anziani per il mercato non sussisterà il limite quantitativo del 35% per ciascun sito produttivo anche al termine del periodo transitorio, almeno fino a quando si considereranno "soggetti svantaggiati" i lavoratori per i quali vige la possibilità di assunzione a chiamata.

Se questo è vero, si conferma la volontà delle parti contraenti di far coesistere tutele e flessibilità, escludendo limiti quantitativi all'utilizzo di tale forma di lavoro atipica quando ad essere coinvolti sono i soggetti considerati più deboli sul mercato, provando così a incentivare la loro occupazione.

Un'ultima notazione va fatta con riferimento all'estensione del premio di risultato anche a questi lavoratori. Si tratta di una previsione che se da un lato permette ai ciclofattorini a chiamata di godere di tale emolumento, potrebbe tuttavia incidere negativamente sul problema della sicurezza, in considerazione del fatto che la prestazione viene resa su due ruote e in città spesso molto trafficate.

Bibliografia

- Albi P., *Il lavoro intermittente (artt. 13-18)*, in F. Carinci (a cura di), *Commento ad d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt Labour Studies e-Book series, n. 48, 2015, 197-204.
- 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*, 2020, 2, VI.1-32.
- Bonardi O., *Sintesi del Dibattito*, RGL, *Quaderno 3/2017*, Atti del Convegno *Il lavoro nelle piattaforme digitali: nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, svoltosi a Roma il 20 ottobre 2017, 137-140.
- Calafà L., *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di giustizia*, in *RIDL*, 3, 2016, 692-698.
- Ferrara M.D., *La somministrazione di lavoro dopo il decreto «dignità»*, *RIDL*, 2, 2019, 227-251.
- Ferraro G., *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in *GL*, 2, 2008, 70.
- Franza G., *Il diritto antidiscriminatorio come antidoto alla flessibilità. Il caso del lavoro intermittente tra istanze di tutela e limiti regolativi*, in *VTDL*, 2018, 877-896.
- Gragnoles E., *Il contratto di lavoro intermittente e la possibile discriminazione per età*, in *DRI*, 2016, p. 1111-1118.
- Mattei E., *La continuità del lavoro intermittente*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma el Jobs Act*, Padova, 2016, 653-667.
- Novella M., *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, *LLI*, 2019, 5, 1, 82-103.
- Preteroti A., *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2020, 567-633.
- Romei R., *Il contratto di lavoro intermittente*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2020, 681-704.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Il part-time e il lavoro intermittente
nell'accordo integrativo aziendale
per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy
(gruppo Just Eat)**

VITO SANDRO LECCESE
Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Il part-time e il lavoro intermittente nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)

VITO SANDRO LECCESE

Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Professore Ordinario di Diritto del lavoro

ritosandro.leccese@uniba.it

ABSTRACT

The comment deals with the part-time work regulation, contained, in particular, in Part II of the JustEatTakeaway supplementary company agreement. The use of this instrument is expected to be massive, considering that it is, in the parties' plans, the common form of work in the company.

The author analyses the provisions contained in the collective agreement, especially in the light of the discipline contained in the CCNL Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione and in the Protocol signed on 18 July 2018 for the same sector. The author also discusses the rules on overtime and supplementary work and the rules on intermittent work, which are also subject to specific contractual regulations.

Keywords: collective bargaining; JustEatTakeaway; part-time work; overtime and supplementary work; job on call.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13189>

Il part-time e il lavoro intermittente nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina del part-time. – 2.1. Il ricorso all'istituto e la durata dell'orario. -2.2. La collocazione della prestazione e le clausole elastiche. - 2.3. Il ricorso al lavoro supplementare e allo straordinario. - 3. Il lavoro intermittente.

1. Premessa

Nel contesto della disciplina delle *Forme contrattuali*, contenuta nella Parte II dell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (d'ora in poi, accordo Takeaway), è dedicata una specifica attenzione al part-time (art. 5) e al lavoro intermittente (art. 6). Ma previsioni incidenti sulla disciplina e/o sul ricorso al part-time si rinvengono anche nella Parte III dell'accordo, relativa all'*Orario di lavoro* (cfr. artt. 7, co. 3; 8, co. 2 e 4; 9 e 10), nella Parte IV, sul *Trattamento retributivo* (artt. 15 e 16), nella Parte VII, *Norme finali* (in particolare, v. art. 23, co. 1).

Queste previsioni sono poi destinate a integrarsi con quelle contenute nel CCNL *Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione* (v. lett. b delle *Premesse* dell'accordo Takeaway) e, in particolare, nel Protocollo sottoscritto il 18 luglio 2018 per il medesimo settore, le cui norme – specificamente dirette a disciplinare i rapporti di lavoro dei ciclo-fattorini – costituiscono «parte integrante» del medesimo CCNL ⁽¹⁾.

Ciò comporta, tra l'altro, che la disciplina dell'accordo Takeaway debba essere inquadrata – anche per quanto attiene agli istituti qui esaminati – nell'ambito delle previsioni nazionali concernenti le prerogative del secondo livello di contrattazione, ivi comprese quelle contenute nell'art. 7 del citato

⁽¹⁾ Nel rinnovo del CCNL sottoscritto il 3 dicembre 2017, le parti firmatarie si erano impegnate, in sede di stesura del testo definitivo del contratto e comunque entro 3 mesi dalla firma del rinnovo, a stabilire «1) le definizioni relative alle nuove figure di lavoratori adibiti alla distribuzione delle merci tramite cicli, motocicli, natanti e imbarcazioni; 2) le declaratorie e i livelli di inquadramento; 3) l'orario di lavoro e quant'altro». Questo impegno è stato poi attuato con il Protocollo del 18 luglio 2018, citato in testo; giova altresì sottolineare che il 2 novembre 2020 le parti hanno sottoscritto un "Protocollo attuativo dell'art. 47 bis ss. D.lgs. 81/2015", con il quale le tutele previste dal Protocollo del 2018 sono state estese, con alcuni adattamenti, anche ai lavoratori non subordinati rientranti nella disciplina dell'art. 47 bis del citato d.lgs.

Protocollo del 2018, il quale contempla un'ampia competenza regolativa (v'è da ritenere, anche modificativa o derogatoria delle previsioni del Protocollo stesso) per le «parti stipulanti e competenti territorialmente»; queste ultime, infatti, «vista la peculiarità delle figure in oggetto, le caratteristiche delle attività svolte fortemente interconnesse con le articolazioni urbane ed al fine di addivenire ad una organizzazione del lavoro coerente rispetto alle esigenze aziendali e comprensiva delle condizioni dei lavoratori e delle specifiche situazioni territoriali» possono definire accordi, in sede aziendale o territoriale, non solo sugli «elementi» espressamente elencati nel medesimo art. 7, il cui richiamo è da intendersi «a titolo indicativo e non esaustivo», ma anche su tutti i profili la cui disciplina si renda necessaria per il perseguimento delle menzionate finalità.

D'altra parte, non può essere trascurato il fatto che dell'articolata delegazione trattante che ha sottoscritto, per parte sindacale, l'accordo Takeaway fanno parte anche i sindacati nazionali di categoria firmatari dello stesso CCNL e del Protocollo del 2018 (v. *supra* il Commento di Ingraio relativo alle parti dell'accordo).

2. La disciplina del part-time

2.1. Il ricorso all'istituto e la durata dell'orario

Per quanto attiene alla disciplina del part-time, merita anzitutto di essere evidenziato che il ricorso allo strumento si preannuncia massiccio e con durate settimanali anche fortemente diversificate, se è vero che, ai sensi dell'art. 23, co. 1, dell'accordo Takeaway (su cui v. *supra*, più approfonditamente, il Commento di Di Stasi all'art. 23), i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato offerti dalla Società «a tutti i Rider che hanno collaborato, con contratti di lavoro autonomo, occasionale o parasubordinato, con Just Eat Italy S.r.l. [...] tra il 1° agosto 2019 e il 30 marzo 2021» avranno «orario analogo alla media oraria svolta durante il periodo pregresso».

Si tratta di una previsione che, evidentemente, mira a rendere compatibile, senza pregiudicare la competitività del servizio, il passaggio al nuovo regime retributivo (a orario e non più a consegne: v. art. 14) con l'obiettivo di favorire l'assunzione con lavoro subordinato del numero più ampio possibile dei lavoratori già utilizzati con altre forme contrattuali.

Il lavoro part-time (orizzontale o verticale) diviene quindi, nel progetto delle parti, «la forma comune di lavoro in azienda», e, in considerazione delle caratteristiche del servizio, può essere utilizzato «senza limiti quantitativi» (art.

5, co. 1): quest'ultimo inciso, ancorché derogatorio rispetto ai limiti fissati dal vigente CCNL di riferimento, è coerente con il perseguimento del composito interesse collettivo appena descritto e con la finalità, indicata nel già menzionato art. 7 del Protocollo del 2018, di «addivenire ad una organizzazione del lavoro coerente rispetto alle esigenze aziendali».

Con riferimento, poi, alla durata dell'orario, l'art. 5, co. 1, dell'accordo Takeaway, nel rispetto del limite minimo settimanale di 10 ore previsto dall'art. 3 del Protocollo del 2018, standardizza «tre regimi di orario (dalle 10 ore alle 20 ore o 30 ore minime settimanali)», cui si farà «di norma» ricorso.

Inoltre, la durata giornaliera del rapporto (come, del resto, la durata minima del turno giornaliero: v. art. 8, co. 3), non potrà essere inferiore a due ore continuative (art. 5, co. 1, ult. periodo); anche quest'ultima norma risulta coerente con l'art. 3 del Protocollo, il quale, peraltro, non prevede che le due ore debbano essere necessariamente continuative.

2.2. La collocazione della prestazione e le clausole elastiche

Per quanto attiene alla collocazione della prestazione, la disciplina dell'accordo Takeaway prevede, in primo luogo, che i tre regimi di orario sopra menzionati siano «spalmati fino a 6 giornate di lavoro, anche in forma discontinua nel corso della singola giornata, secondo la pianificazione settimanale concordata di volta in volta con la Società, che sarà elaborata tenendo conto delle eventuali proposte del lavoratore» (v. ancora l'art. 5, co. 1, dell'accordo); inoltre, «in ragione delle peculiarità connesse alla modalità di svolgimento della prestazione, il contratto di lavoro dei Rider prevede la presenza di una clausola elastica, che consente (senza oneri aggiuntivi) la modifica all'orario settimanale definito dalla Società, con un preavviso minimo di 2 giorni» (art. 5, co. 3, dell'accordo).

Queste previsioni vanno, poi, integrate con quelle relative alla *Pianificazione dei turni*, che sono ovviamente applicabili anche ai lavoratori occupati con questa «forma comune di lavoro in azienda» (v. art. 9 dell'accordo, il quale detta puntuali indicazioni sulle modalità di organizzazione e comunicazione dei turni e sulla loro eventuale variazione).

In definitiva, a quanto è dato desumere dall'insieme delle menzionate previsioni:

a) nei contratti individuali potrà essere riportata la sola durata settimanale della prestazione e non anche la 'puntuale' indicazione della sua collocazione,

che sarà invece stabilita di settimana in settimana (cfr. art. 5, co. 1; art. 9, co. 1-3);

a1) d'altra parte, non è escluso che nei contratti individuali siano anche indicate specifiche fasce orarie entro le quali la prestazione sarà resa (come si vedrà tra breve, questo profilo incide sulla valutazione del rapporto con le previsioni dettate in materia dall'art. 5, co. 2 e 3, d.lgs. n. 81/2015);

b) la programmazione dei turni (e cioè la distribuzione dell'orario, eventualmente all'interno delle fasce orarie indicate nel contratto individuale, se è vero quanto si è detto sub *a1)* avverrà da parte della Società su base settimanale, ma sulla scorta di una preventiva dichiarazione di disponibilità espressa dal lavoratore tramite un'applicazione installata sul suo telefono (la *Scoober App*), e tenuto conto, «per quanto possibile», delle preferenze del rider (art. 9, co. 1; che, in definitiva, conferma sul punto quanto già previsto dall'art. 5, co. 1);

c) il lavoratore dovrà comunicare la propria disponibilità entro la mezzanotte del martedì precedente alla settimana di riferimento e, in caso contrario, sarà tenuto a lavorare nei giorni stabiliti dalla Società nel rispetto dell'orario contrattuale (art. 9, co. 4). Quest'ultima conseguenza vale anche per il rider che rifiuti «una proposta ragionevole, nei termini previsti dal contratto, da parte della Società»: senonché, se è vero il presupposto illustrato sub *a)*, la proposta sarà ragionevole se rispettosa della durata settimanale concordata, non essendo prevista l'indicazione anche della collocazione della prestazione; nell'ipotesi *a1)*, poi, la proposta sarà ragionevole se rispettosa delle fasce orarie eventualmente concordate;

d) all'evidente scopo di garantire ai rider una certa prevedibilità e programmabilità dei propri tempi, i turni così definiti saranno comunicati loro entro la mezzanotte del giovedì (per i turni che iniziano il lunedì successivo) e, comunque, con almeno due giorni di preavviso rispetto all'inizio della settimana di riferimento (art. 9, co. 2 e 3); questa previsione va però integrata con quella, già menzionata, relativa all'esercizio del potere datoriale di modifica della prestazione, in attuazione della clausola elastica (art. 5, co. 3), sulla quale si tornerà più avanti;

e) la società potrà inoltre proporre periodicamente ai rider, tramite la *Scoober App*, degli *OpenShift*, che i lavoratori sono comunque liberi o meno di accettare, con la stessa *App*, in qualsiasi momento (art. 9, co. 7);

f) non è prevista la cancellazione in via generale del turno, con o senza preavviso: l'ipotesi della cancellazione del turno, con 2 giorni di preavviso, è

infatti espressamente contemplata solo per i lavoratori a chiamata (art. 9, co. 5, su cui v. *infra*, par. 3);

g) infine, con una ulteriore previsione, si stabilisce che «tutti i turni terminano quando non ci sono più ordini. Per questo motivo, la fine del turno comunicato dalla Società può variare in relazione alla necessità di completare l'ultima consegna affidata entro l'orario di lavoro» (art. 9, co. 6).

Rispetto a questa articolata disciplina vanno compiute alcune puntualizzazioni, relative, innanzitutto, alla regolamentazione della collocazione della prestazione lavorativa e, poi, delle clausole elastiche.

In primo luogo, se si parte dal presupposto di cui alla precedente lett. a), la disciplina risulta derogatoria rispetto all'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 81/2015, ai cui sensi la *collocazione della prestazione* lavorativa deve essere «puntualmente» indicata nel contratto di lavoro a tempo parziale, «con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno» (v. anche art. 10, co. 2, secondo e terzo periodo, per le conseguenze derivanti dalla violazione della previsione) ⁽²⁾.

Essa, però, potrebbe risultare invece coerente con la previsione dell'art. 5, co. 3, del medesimo decreto, il quale stabilisce che, «quando l'organizzazione del lavoro è articolata in turni, l'indicazione di cui al comma 2 può avvenire anche mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite». Ciò, però, a condizione che nei contratti individuali siano appunto inserite delle specifiche fasce orarie, nelle quali il lavoratore 'turnista' part-time potrà poi essere chiamato a svolgere la propria attività ⁽³⁾; il fatto che l'accordo Takeaway non disciplini questo aspetto non esclude affatto, come anticipato *supra*, *sub a1*), che negli accordi individuali siano introdotte simili specificazioni.

Per quanto attiene, poi, alle *clausole elastiche*, va premesso che, come noto, le parti del contratto di lavoro part-time possono pattuire per iscritto, nel rispetto delle previsioni dei contratti collettivi, «clausole elastiche relative alla

⁽²⁾ Per il dibattito già avviato sulla riconducibilità o meno dell'accordo Takeaway alla disciplina dell'art. 8, d.lgs. n. 148/2011, v. *supra* il commento di Ingraio all'art. 1.

⁽³⁾ Per l'interpretazione secondo cui, al fine di proporre un'interpretazione costituzionalmente adeguata dell'art. 5, co. 3 (che tenga conto degli approdi della nota sentenza di Corte cost., n. 210/1992), è necessario ritenere che la previsione imponga che le fasce orarie *prestabilite*, entro cui saranno poi articolati i turni del part-timer, siano espressamente inserite nel contratto individuale, v. V. Leccese, *Il lavoro a tempo parziale*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, vol. III de *Il nuovo diritto del lavoro*, diretto da L. Fiorillo e A. Perulli, Giappichelli, Torino, 2015, 41 ss., spec. par. 2.2; cfr. altresì V. Bavaro, *Il lavoro part-time dopo il d. lgs. n. 81/2015*, in E. Ghera e D. Garofalo (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 215 ss., spec. par. 2 (ove si conclude, comunque, per l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, co. 3).

variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa ovvero relative alla variazione in aumento della sua durata»; in questi casi, il lavoratore «ha diritto a un preavviso di due giorni lavorativi, fatte salve le diverse intese tra le parti, nonché a specifiche compensazioni, nella misura ovvero nelle forme determinate dai contratti collettivi» (art. 6, co. 4 e 5, d.lgs. n. 81/2015). E tutti i rinvii ai contratti collettivi, è bene rammentare, sono riferiti anche ai contratti aziendali «stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» oppure «dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria» (art. 51 del decreto).

Orbene, mentre il CCNL di settore e lo stesso Protocollo del 2018 continuano a distinguere, secondo il lessico utilizzato dal legislatore prima della disciplina del d.lgs. n. 81/2015, tra clausole elastiche e flessibili (le prime relative alla modifica della collocazione della prestazione; le seconde inerenti alla variazione in aumento della durata) ⁽⁴⁾, l'accordo Takeaway, riprendendo il lessico cui ormai fa ricorso l'art. 6 del decreto, fa riferimento, come s'è detto, alla «presenza [nel contratto individuale] di una clausola elastica, che consente (senza oneri aggiuntivi) la modifica all'orario settimanale definito dalla Società, con un preavviso minimo di 2 giorni» (art. 5, co. 3, dell'accordo).

La previsione potrebbe evidentemente prestarsi a una lettura che, trascurandone la complessiva formulazione, valorizzi il ricorso in essa operato alla espressione «clausola elastica» e ne spieghi il senso facendo ricorso alla funzione assegnata dal legislatore a questa clausola. In sostanza, una volta inserita la clausola nel contratto individuale, il potere datoriale di modifica potrebbe anzitutto esplicitarsi con riferimento alla «variazione in aumento della [...] durata» della prestazione rispetto a quanto previsto nel contratto individuale (l'unica che sarà certamente indicata, secondo il presupposto di cui alla lett. a), nel contratto medesimo); per quanto attiene, invece, alla «variazione della collocazione temporale della prestazione», il potere di modifica potrebbe in astratto essere esercitato solo qualora i contratti individuali individuino specifiche fasce orarie nelle quali il lavoratore 'turnista' può svolgere la propria attività (ipotesi a1), che, come detto poc'anzi, non è disciplinata, ma neppure esclusa, dall'accordo): tale variazione, infatti, potrebbe allora riguardare proprio le fasce concordate.

Seguendo questa lettura, la previsione, nella parte in cui ammette che la modifica avvenga senza oneri aggiuntivi per l'azienda, risulterebbe comunque

⁽⁴⁾ V. art. 56, co. 7 ss. del CCNL e art. 3 del Protocollo, nonché l'ormai abrogato art. 3, co. 7 ss., d.lgs. n. 61/2000, come modif. dal d.lgs. n. 276/2003.

derogatoria sia rispetto alla disciplina del CCNL ⁽⁵⁾ (ma in proposito v. quanto osservato, in generale, nel precedente par. 1.1), sia rispetto all'art. 6, co. 5, d.lgs. n. 81/2015, sempre che si segua l'interpretazione secondo cui quest'ultima previsione impone ai contratti collettivi di determinare una qualche forma di compensazione (non necessariamente economica) per il caso di ricorso al potere di modifica. In compenso, il preavviso garantito dall'accordo (minimo due giorni) risulterebbe nettamente superiore a quello previsto dal Protocollo, anche se di molto inferiore rispetto a quello assicurato dal CCNL ⁽⁶⁾. Per quanto attiene, infine, al diritto di ripensamento (disciplinato dall'art. 6, co. 7, d.lgs. n. 81/2015 ⁽⁷⁾), nessuna previsione è contenuta nell'accordo integrativo Takeaway, mentre il Protocollo del 2018, introducendo per i rider una specifica disciplina che si differenzia da quella valevole per gli altri lavoratori ⁽⁸⁾ e, soprattutto, che risulta derogatoria rispetto alla legge, stabilisce che «le clausole elastiche e flessibili potranno essere disdettate soltanto attraverso un accordo scritto tra azienda e lavoratore, anche assistito da una organizzazione sindacale stipulante il CCNL».

Senonché, tutte queste puntualizzazioni muovono da una premessa che non è incontrovertibile e che anzi, come anticipato, trascura la complessiva formulazione dell'art. 5, co. 3, dell'accordo Takeaway, nel quale la c.d. «clausola elastica [...] consente (senza oneri aggiuntivi) la modifica all'orario settimanale definito dalla Società». Letta nel suo insieme, infatti, la previsione si presta ad una interpretazione molto diversa da quella sin qui prospettata, alla cui stregua le parti hanno fatto riferimento alla «clausola elastica» non nell'accezione utilizzata dalla legge, bensì, in senso atecnico, solo per puntualizzare che la società ha la possibilità di modificare la collocazione della prestazione del lavoratore rispetto a quella da essa stessa 'definita' settimanalmente (secondo le previsioni più sopra illustrate), ma a condizione che sia garantito al lavoratore un preavviso minimo di 2 giorni. Se così fosse, le modifiche unilaterali rispetto al programma negoziale consacrato nel contratto individuale (in merito alla

⁽⁵⁾ V. art. 56, co. 13, del CCNL, il quale prevede una maggiorazione del 15%.

⁽⁶⁾ Pari, rispettivamente, ad almeno 11 ore (art. 3, lett. c, del Protocollo) e a sette giorni di calendario (art. 56, co. 12, del CCNL).

⁽⁷⁾ Ai sensi dell'art. 6, co. 7, cit., «al lavoratore che si trova nelle condizioni di cui all'articolo 8, commi da 3 a 5, ovvero in quelle di cui all'articolo 10, primo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, è riconosciuta la facoltà di revocare il consenso prestato alla clausola elastica».

⁽⁸⁾ Il CCNL, all'art 56, co. 14, conserva una previsione ripresa dalla disciplina legislativa vigente fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003 (cfr. l'originario testo dell'art. 3, co. 10 ss., d.lgs. n. 61/2000), ai cui sensi «decorsi cinque mesi dalla stipula del patto che prevede clausole elastiche e/o flessibili, il lavoratore ne può dare disdetta con un preavviso di un mese».

durata, in primo luogo, e alle fasce orarie, ove inserite nei contratti individuali ai sensi dell'art. 5, co. 3, d.lgs. n. 81/2015) soggiacerebbero esclusivamente alle norme di legge e del CCNL, come integrato dal Protocollo del 2018.

In ogni caso, dalla disciplina sin qui esaminata non è dato desumere la possibilità di modificare all'ultimo istante lo slot di utilizzo e, in particolare, non si deduce alcuna possibilità di modifica *'lampo'* della distribuzione dell'orario rispetto a quella *'programmata'* settimanalmente dalla società nel rispetto delle previsioni contenute negli artt. 5 e 9.

In tal modo, tra l'altro, il rischio della inattività del singolo rider nel corso del turno concretamente assegnato non grava sul prestatore ma sul datore di lavoro, al quale compete di valutare oculatamente e preventivamente, sulla scorta del dato di esperienza e della previsione delle attività (giorni e/o periodi di picco, eventi peculiari, ecc.) come distribuire i propri dipendenti nelle diverse fasce orarie dei diversi giorni (nulla più, in definitiva, di quanto sarebbe già possibile in qualsiasi rapporto part-time organizzato in turni e/o dotato di clausola elastica sulla collocazione della prestazione).

In questo, del resto, risiede una delle più rilevanti differenze rispetto al modello utilizzato da altre piattaforme e la vera ragion d'essere, sotto il profilo retributivo, della riconduzione dei rider di Just Eat sotto il regime della subordinazione (per la disciplina della retribuzione, oraria e non a cottimo, v. *infra* il Commento di Forlivesi sugli aspetti retributivi dell'accordo).

Questo profilo teleologico rileva, a nostro avviso, anche ai fini della interpretazione dell'ulteriore previsione contenuta nell'art. 9, ai cui sensi «tutti i turni terminano quando non ci sono più ordini. Per questo motivo, la fine del turno comunicato dalla Società può variare in relazione alla necessità di completare l'ultima consegna affidata entro l'orario di lavoro» (art. 9, co. 6). La specificazione contenuta nel secondo periodo è evidentemente riferita alla sola ipotesi di prosecuzione della prestazione oltre l'orario programmato nella singola giornata, allorché un ordine sopraggiunga in prossimità della conclusione del turno (si tratta, dunque, di una precisazione rispetto alla specifica disciplina del lavoro supplementare, su cui, *infra*, par. 2.3); con essa, a quanto pare, le parti hanno inteso puntualizzare che l'applicazione della previsione contenuta nel primo periodo è limitata, appunto, alla sola ipotesi di prosecuzione del lavoro, essendo invece escluso che all'azienda sia consentito anche ridurre la durata dell'orario programmato, in caso di carenza di ordini. D'altra parte, una diversa interpretazione, che attribuisca invece all'esordio della previsione una propria autonomia, consentendo alla società di mettere in libertà i lavoratori in ogni momento anche prima della fine del turno programmato,

risulterebbe, per un verso, incoerente con le finalità complessivamente perseguite nell'accordo, ma anche contraddittorio rispetto alle previsioni che valorizzano la programmabilità e prevedibilità dei tempi di lavoro (ivi compresa quella, appena esaminata, che impone un preavviso di almeno 2 giorni per la modifica dell'orario definito settimanalmente) e, per altro verso, nemmeno ragionevole sul piano delle esigenze organizzative, poiché potrebbe comportare il rischio di una risposta inadeguata ad eventuali chiamate di clienti.

2.3. Il ricorso al lavoro supplementare e allo straordinario

Mentre l'art. 3 (dedicato al part-time) del Protocollo del 2018 non detta alcuna previsione specifica con riferimento al lavoro supplementare e allo straordinario, la disciplina del CCNL *Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione* relativa al part-time ammette il ricorso allo straordinario nel rispetto della disciplina legale e contrattuale specificamente relativa all'istituto (art. 59, co. 18) e consente il ricorso a prestazioni di lavoro supplementare in presenza di specifiche esigenze organizzative; entro il limite annuale del 30% della prestazione concordata, la maggiorazione per lavoro supplementare, comprensiva degli istituti legali e contrattuali, è pari al 18% della quota oraria della retribuzione globale; oltre il limite annuale (e fino al tempo pieno), la maggiorazione è del 40% (art. 59, co. 16 e 17 del citato CCNL).

Rispetto a questa disciplina, l'accordo Takeaway, nel quadro della previsione dell'art. 7 del Protocollo del 2018 (*supra*, par. 1) ⁽⁹⁾, per un verso contiene la possibilità di ricorso al lavoro supplementare entro il limite del 50% dell'orario di lavoro settimanale contrattuale (art. 5, co. 2); per altro verso stabilisce che le ore di lavoro supplementare siano remunerate con una maggiorazione del 10%, fermo restando che, a regime, il 50% di tali ore confluiranno in una banca ore, convertendosi in riposi compensativi a scelta del lavoratore (v., rispettivamente, art. 15, co. 1, e art. 16) ⁽¹⁰⁾.

Per quanto attiene, infine, alla possibilità di sottrarsi alla richiesta della società, l'accordo, in linea con le previsioni contenute nei CCNL di molti settori,

⁽⁹⁾ Va considerato che l'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 prevede la facoltà per il datore di lavoro, nel rispetto di quanto previsto dai contratti collettivi (di tutti i livelli: art. 51, del decreto) di richiedere prestazioni supplementari, cioè da svolgere oltre l'orario concordato fra le parti, entro i limiti dell'orario normale di lavoro di cui all'articolo 3 del d.lgs. n. 66/2003.

⁽¹⁰⁾ Come s'è visto, l'accordo contiene altresì una specificazione relativa alla prosecuzione del lavoro qualora la chiamata giunga in prossimità della fine del turno (art. 9, co. 6).

stabilisce che «il lavoratore è tenuto a svolgere lavoro supplementare e/o straordinario, tranne che per comprovate esigenze di salute, familiari, personali o di formazione professionale» (art. 7, co. 3).

3. Il lavoro intermittente

Giova in primo luogo osservare che con il già citato rinnovo del CCNL *Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione*, sottoscritto nel 2017, le parti avevano abolito il divieto di utilizzo del lavoro a chiamata previsto in passato dal CCNL¹¹.

Orbene, l'art. 6 dell'accordo Takeaway, relativo al lavoro intermittente o a chiamata, prevede espressamente il ricorso a questa tipologia di contratto, che può essere stipulato anche a tempo determinato, nel rispetto dei limiti quantitativi fissati dall'art. 4 (su cui v. *supra* il relativo Commento di Torsello). La previsione è coerente con quanto stabilito dall'art. 13, co. 1, del d.lgs. n. 81/2015, il quale rinvia ai contratti collettivi (dei diversi livelli: v. art. 51 del decreto) l'individuazione delle esigenze al cui ricorrere il datore di lavoro «può utilizzare la prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermittente» (fatto salvo il potere ministeriale sostitutivo, contemplato dallo stesso art. 13, co. 1, e le ipotesi soggettive previste dal co. 2 del medesimo art. 13).

L'accordo, inoltre, ribadisce che il ricorso al lavoro a chiamata è ammesso per un periodo totale non superiore a 400 giorni di lavoro effettivo, per ciascun lavoratore, nel corso del triennio solare; la previsione è sostanzialmente ripetitiva di quanto già desumibile dall'art. 13, co. 3, del d.lgs. n. 81/2015, il quale stabilisce, altresì, che in caso di superamento di questa soglia il rapporto «si trasforma in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato».

Anche la disciplina del trattamento del lavoratore a chiamata è rispettosa della tutela già assicurata dalla legge (cfr. art. 17, d.lgs. 81/2015), poiché al rider intermittente «si applicano integralmente le tutele e i trattamenti previsti dalla legge, dalla contrattazione collettiva e dalla presente intesa, compreso il premio di risultato, in misura proporzionata al lavoro effettivamente svolto» (art. 6, co. 2, dell'accordo).

(¹¹) Sulle questioni poste da simili divieti, anche alla luce della posizione assunta da Cass. n. 2943/2019, v., per tutti, con diverse posizioni, R. Romei, *Vietato vietare: riflessioni sparse su una recente sentenza della Corte di Cassazione*, e V. Pinto, *La legge e i condizionamenti dell'autonomia collettiva. Considerazioni critiche a partire da una sentenza della Cassazione sul contratto di lavoro intermittente*, entrambi in *DLRI*, 2020, rispettivamente 609 ss. e 627 ss.

Coerentemente, anche per questi lavoratori si stabilisce che la durata del turno giornaliero non possa essere inferiore alle 2 ore continuative (art. 6, co. 1, ult. periodo); rispetto ad essi, però, l'accordo contempla espressamente, ma limita proceduralmente, la possibilità per la società di cancellare il turno, stabilendo un periodo minimo di preavviso, pari a due giorni (art. 9, co. 5).

Bibliografia

- Bavaro V., *Il lavoro part-time dopo il d. lgs. n. 81/2015*, in E. Ghera e D. Garofalo (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 215-232.
- Leccese V., *Il lavoro a tempo parziale*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, vol. III de *Il nuovo diritto del lavoro*, diretto da L. Fiorillo e A. Perulli, Giappichelli, Torino, 2015, 41-73.
- Pinto V., *La legge e i condizionamenti dell'autonomia collettiva. Considerazioni critiche a partire da una sentenza della Cassazione sul contratto di lavoro intermittente*, in *DLRI*, 2020, 627-638.
- Romei R., *Vietato vietare: riflessioni sparse su una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *DLRI*, 2020, 609-625.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**La disciplina dell'orario di lavoro
nell'accordo integrativo aziendale
per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy
(gruppo Just Eat)**

VITO SANDRO LECCESE

Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





La disciplina dell'orario di lavoro nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)

VITO SANDRO LECCESE

Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Professore Ordinario di Diritto del lavoro

ritosandro.leccese@uniba.it

ABSTRACT

Considering that the regulation of the time and the possible economic relevance of the phases of waiting for delivery is a field of discussion still access regarding the work of riders, the Author analyzes, in detail, how the JustEatTakeaway supplementary company agreement regulates the working hours of riders. The Author illustrates the discipline contained in the CCNL Logistics, Transport, Goods and Shipping and in the Protocol signed on July 18, 2018 for the same sector, to which the same company agreement in comment refers.

Keywords: collective bargaining; JustEatTakeaway; working time regulation; industrial relation; riders.

<https://doi.org/. 10.6092/issn.2421-2695/13192>

La disciplina dell'orario di lavoro nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)

SOMMARIO: 1. La disciplina dei tempi di lavoro nel Protocollo Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione, del 18 luglio 2018. - 2. L'adattamento delle previsioni del Protocollo del 2018 nell'accordo Takeaway. - 2.1. Orario normale, lavoro straordinario, nozione di orario di lavoro. - 2.2. Programmazione dell'orario, anche mediante la pianificazione dei turni, e sua articolazione. - 2.3. Limiti di durata massima dell'orario, pause non retribuite, riposi e ferie.

1. La disciplina dei tempi di lavoro nel Protocollo *Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione*, del 18 luglio 2018

Il lavoro dei rider costituisce uno dei banchi di prova per il dibattito sulla (supposta) perdita di rilevanza delle coordinate spazio-temporali nello svolgimento della prestazione di lavoro, anche in rapporto all'evoluzione delle tecnologie di connessione, le quali favorirebbero l'autodeterminazione di luoghi e tempi del lavoro.

Senonché, quale che sia l'esito della riflessione su di un piano più generale, non v'è dubbio che per i rider (anche per essi) continuano comunque a porsi questioni tradizionali relative alla *disciplina dei tempi* (delle durate massime, in particolare) e alla rilevanza economica delle *fasi di attesa* della commessa e alla loro remunerazione.

Anche l'autonomia collettiva non ha ignorato tali questioni, in considerazione del fatto che la necessità di garantire una pronta risposta alla chiamata condiziona fortemente la libertà del lavoratore in merito al luogo dove soggiornare e incide comunque sulla risorsa scarsa costituita dal suo tempo (la risorsa più scarsa per l'essere umano).

In questa sede ci si limiterà ad illustrare la disciplina del CCNL *Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione*, in virtù del fatto che ad esso fa espresso riferimento la lett. b delle *Premesse* dell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (d'ora in poi, accordo Takeaway).

Giova anzitutto rammentare che le parti firmatarie del CCNL, sulla scorta di un impegno assunto con il rinnovo del 3 dicembre 2017, hanno provveduto, il 18 luglio 2018, a sottoscrivere un Protocollo integrativo con il

quale sono state dettate norme dirette a regolare i rapporti di lavoro di coloro che sono adibiti «ad attività di logistica distributiva [...] attraverso l'utilizzo di cicli, ciclomotori e motocicli», tra i quali rientrano i rider.

Per quanto concerne i tempi di lavoro, l'art. 2 del Protocollo del 2018 prevede, in primo luogo, che ai rapporti da esso disciplinati si applichi il regime delle mansioni discontinue; la scelta è evidentemente connessa alle caratteristiche di questa attività di trasporto e agli oggettivi vincoli organizzativi che la caratterizzano, in particolare per quanto attiene ai tempi di attesa che connotano la prestazione, con «l'alternanza tra periodi di lavoro [...] di pausa, di riposo o di inattività» (art. 2, lett. a) ⁽¹⁾. L'applicazione di quel regime è comunque subordinata al previo esperimento di una procedura di verifica della discontinuità, che vede il coinvolgimento delle oo.ss. territoriali (art. 2, lett. b).

Anche i lavoratori interessati dalla disciplina del Protocollo è peraltro contemplata l'applicazione di un limite di orario «ordinario» di 39 ore settimanali, distribuibile fino a 6 giorni e «conguagliabile nell'arco di 4 settimane» (art. 2, lett. a) e c). Si tratta di previsioni pienamente coerenti con il dato legislativo vigente: l'art. 16, d.lgs. n. 66/2013, infatti, nell'elencare le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione della disciplina della durata settimanale dell'orario di cui all'articolo 3 del medesimo decreto (tra le quali, appunto, le attività discontinue), fa comunque salve le condizioni di miglior favore stabilite dai contratti collettivi. Va altresì considerato che la previsione che consente di 'conguagliare' le ore di lavoro su di un arco di 4 settimane consente comunque una certa flessibilità nella distribuzione plurisettimanale dell'orario, analoga, nelle finalità, a quella contemplata dall'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 66.

In merito all'orario giornaliero, poi, il Protocollo stabilisce che l'orario normale di lavoro è ricompreso tra 2 e 8 ore (che possono giungere fino a 10 se il lavoratore è chiamato anche a svolgere attività di magazzino) e può essere distribuito su un nastro lavorativo di 13 ore (art. 2, lett. c); cfr. anche l'ultimo periodo della lett. d), ove si conferma che «l'orario giornaliero, e la conseguente retribuzione, quale risultante di una o più riprese, non potrà essere inferiore alle 2 ore complessive»).

La previsione relativa al nastro orario non è però accompagnata da alcuna precisazione in merito alla durata minima del riposo giornaliero. Per un verso, essa non impedisce lo svolgimento ravvicinato di prestazioni, anche prolungate,

⁽¹⁾ Nella previsione è operato il richiamo espresso al r.d.l. n. 692/1923 e alle sue norme attuative in tema di discontinuità. Ma in proposito cfr. anche art. 16, d.lgs. n. 66/2003; merita di essere precisato, in linea generale, che le previsioni di questo decreto, mai richiamate nel Protocollo, sono evidentemente destinate ad applicarsi anche ai lavoratori in questione.

in due giornate contigue e non garantisce, pertanto, il rispetto anche del riposo minimo giornaliero di 11 ore consecutive ogni 24 ore, che va comunque garantito a questi lavoratori, poiché previsto dalla legge a prescindere dalla discontinuità o meno del lavoro (art. 7, d.lgs. n. 66/2003); per altro verso, non sfrutta le possibilità derogatorie offerte in materia di riposo giornaliero dalla stessa legge (art. 17, co. 1 e 4, d.lgs. n. 66).

Per quanto attiene al limite massimo settimanale, comprensivo di straordinario, le parti confermano in sostanza i tetti di durata contemplati dall'art. 4, d.lgs. n. 66/2003, pari a 48 ore medie (v. ancora art. 2, lett. c); poiché l'accordo non contiene alcuna specificazione sul periodo di riferimento entro cui va rispettato il limite, deve intendersi confermato il periodo di quattro mesi previsto dal menzionato art. 4.

Infine, il Protocollo stabilisce che l'orario di lavoro è «ogni periodo compreso tra l'inizio e la fine del lavoro» e che «tale periodo sarà determinato in coincidenza con gli orari indicati dal datore di lavoro con preconnoscenza individuale indicativamente settimanale, anche mediante utilizzo di piattaforme multimediali e comunque non potranno essere in alcun modo organizzati o sottoposti turni al lavoratore seguendo il criterio del *ranking* reputazionale generati anche da algoritmi» (fermo restando l'ulteriore limite, di cui si è già detto, relativo alle 2 ore minime complessive di orario giornaliero); l'attestazione della presenza, nell'area predefinita dal datore e all'orario previsto come inizio della prestazione, potrà avvenire anche mediante il ricorso a strumentazione multimediale, sotto la responsabilità del lavoratore e secondo procedure dettate dall'azienda (per questi aspetti, v. art. 2, lett. d), del Protocollo).

2. L'adattamento delle previsioni del Protocollo del 2018 nell'accordo Takeaway

La Parte III dell'accordo Takeaway, relativa all'*Orario di lavoro*, riprendere alcune previsioni del Protocollo, ma in taluni casi le supera (migliorando anche le tutele) e introduce, poi, profili di disciplina in esso non contemplati.

2.1. Orario normale, lavoro straordinario, nozione di orario di lavoro

Nell'accordo viene innanzitutto superato qualsiasi riferimento alla discontinuità, anche se la durata settimanale della prestazione, qui espressamente qualificata come durata «normale» dell'orario di lavoro, è confermata in 39 ore (art. 7, co. 1, nel quale non viene neppure riproposta la previsione del Protocollo che consente di rispettare le 39, a conguaglio, come media su 4 settimane). Oltre le 39 ore settimanali è poi possibile svolgere prestazioni di lavoro straordinario, preventivamente autorizzate dal line manager; per queste ore, che il lavoratore non può rifiutarsi di svolgere salvo «comprovate esigenze di salute, familiari, personali o di formazione professionale» (art. 7, co. 3), è prevista una maggiorazione del 30% (art. 15, co. 3; per la disciplina del supplementare v., invece, il Commento che precede).

Rispetto alle riduzioni dell'orario di lavoro (ROL) e ai permessi previsti dal CCNL, peraltro, l'accordo prevede che essi, sino al conseguimento da parte dei rider del requisito di anzianità di cui all'art. 14 si maturino in misura pari al 30% di quelli previsti su base annua dal medesimo CCNL (art. 1, co. 4, ult. periodo, dell'accordo).

Una delle parti più interessanti dell'accordo Takeaway concerne, poi, la nozione di orario di lavoro, specie per gli effetti che essa ha sul piano, relevantissimo, come anticipato, della remunerazione delle *fasi di attesa* (oltre che del rispetto dei limiti di durata della prestazione, dei quali si dirà più avanti).

In coerenza con le indicazioni del Protocollo del 2018 e al fine di garantire il reale perseguimento di una delle più rilevanti finalità volute dalle parti mediante il passaggio dai regimi retributivi fondati sul cottimo a quelli basati sulla retribuzione oraria, l'art. 10 dell'accordo stabilisce che l'orario di lavoro inizia all'interno dell'Hub (che, ai sensi dell'art. 3, è uno dei possibili luoghi di lavoro da indicare nel contratto di assunzione) «e comprende il tempo di viaggio necessario per raggiungere l'area di attesa» (art. 10, co. 1).

Per l'ipotesi in cui il rider non disponga di un Hub, il tempo di lavoro «inizia nell'area di attesa designata» (c.d. “*waiting area*”, che può essere un luogo pubblico nella città o presso il domicilio del lavoratore, comunicato di volta in volta dal *line manager*), nella quale il lavoratore deve essere presente e pronto all'orario di inizio del turno (art. 10, co. 2), come programmato ai sensi dell'art. 9.

In entrambi i casi, come di consueto, non è invece considerato orario di lavoro il tempo trascorso da casa all'Hub o alla “*waiting area*” e viceversa.

L'art. 10 precisa, infine, che il rider deve rientrare presso l'Hub (ovvero terminare le consegne, ove manchi un Hub) «entro la fine dell'orario di lavoro previsto nel turno pianificato (“*shift*”)». Al riguardo giova peraltro precisare che, ai sensi dell'art. 9, co. 6, «tutti i turni terminano quando non ci sono più ordini. Per questo motivo, la fine del turno comunicato dalla Società può variare in relazione alla necessità di completare l'ultima consegna affidata entro l'orario di lavoro» (ma su questa previsione, v. il nostro Commento alle disposizioni relative al part-time, spec. par. 2.2).

Un'altra previsione dell'accordo stabilisce, poi, che durante l'attesa degli ordini (cioè durante l'orario di lavoro, come sopra definito) il lavoratore possa beneficiare di brevi pause retribuite per mangiare, andare in bagno, ecc., a condizione che non interferiscano con il lavoro in corso (art. 12, co.3).

2.2. Programmazione dell'orario, anche mediante la pianificazione dei turni, e sua articolazione

La disciplina della programmazione settimanale dell'orario è dettata in coerenza con le previsioni dell'art. 2, lett. d), del Protocollo, ma con un significativo livello di dettaglio, anche per quanto concerne la prevedibilità dei turni e la loro eventuale modifica (anche di questa disciplina, contenuta nell'art. 9, si è dato conto nel Commento alle previsioni in materia di part-time, cui si rinvia).

Sul piano della durata giornaliera del turno, poi, l'accordo Takeaway prevede una garanzia minima di due ore «continuative» (art. 8, co. 3; v. anche art. 5, co. 1, ult. periodo), che, pur coerente con la disciplina nazionale, ne rafforza però la tutela, poiché impedisce all'azienda di soddisfare il requisito minimo giornaliero solo nel complesso, cioè «in una o più riprese» (cfr. art. 2, lett. c) e d), ult. periodo, nonché art. 3, lett. a) del Protocollo del 2018).

In tema di articolazione dell'orario, l'accordo prevede espressamente che l'attività si svolga per 365 giorni all'anno, senza chiusure aziendali o sospensioni del servizio (salvo casi eccezionali), e che la domenica sia conseguentemente considerata quale giornata lavorativa (art. 8, co. 1).

Conseguentemente, l'orario di lavoro individuale si articola in sei giorni su sette alla settimana (dal lunedì alla domenica, compresi i giorni festivi, anch'essi definiti quali giorni di lavoro), dalle sette di mattina alla mezzanotte (art. 8, co. 2), fermo restando che le attività lavorative «rese tra le 23.00 e le 6.00 sono considerate “*lavoro notturno*” ad ogni effetto legale e contrattuale» (art. 11);

tutti i rider sono quindi considerati dipendenti a ciclo continuo impiegati in turni non avvicendati, dal lunedì alla domenica, anche durante le ore serali, le ore di punta e i festivi (art. 8, co. 2 e 4; per il regime delle maggiorazioni *ex* art. 15, v. il commento relativo alla retribuzione).

La previsione del lavoro domenicale non presenta profili di contrasto con la disciplina del d.lgs. n. 66/2003, non foss'altro perché la regola della coincidenza domenicale del riposo settimanale è derogabile dai contratti collettivi di ogni livello sottoscritti da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative (v. art. 9, co. 2, lett. *d*) e art. 1, co. 2, lett. *m*), d.lgs. n. 66), oltre che in numerose ipotesi previste direttamente dalla legge (v. art. 9, co. 3, del d.lgs., le cui lett. *d*) e *g*) sono richiamate espressamente dall'art.8, co. 4, dell'accordo a giustificazione della riconducibilità dell'attività della società a quelle per le quali opera la deroga). Peraltro, l'accordo impegna l'azienda a organizzare i turni, per quanto possibile e compatibile con la regolarità del servizio, sì da distribuire «in maniera omogenea tra tutti i Rider la distribuzione dei turni e la fruizione del riposo nel giorno della domenica» (art. 8, co. 3).

2.3. Limiti di durata massima dell'orario, pause non retribuite, riposi e ferie

Altre previsioni, specificamente relative ai limiti di durata massima dell'orario, alle pause, ai riposi e alle ferie (solo marginalmente toccati dal Protocollo, come si è visto), sono coerenti con la disciplina del d.lgs. n. 66/2003 e ne sfruttano solo in parte le potenzialità derogatorie, alcune delle quali, del resto, risulterebbero meno utili in un contesto organizzativo nel quale si fa ampio ricorso al lavoro part-time.

L'accordo, in particolare, conferma espressamente:

- il periodo di riferimento, pari a quattro mesi, entro il quale va rispettata la durata massima media settimanale delle 48 ore, compreso lo straordinario: v. art. 7, co. 2, dell'accordo, il quale non sfrutta la possibilità, offerta dall'art. 4, d.lgs. n. 66/2003, di prolungare tale periodo fino a 6 o a 12 mesi;

- il riposo minimo settimanale di almeno 24 ore consecutive, calcolato come media su un periodo non superiore a 14 giorni, che può essere fruito in qualsiasi giorno della settimana e non necessariamente di domenica (su quest'ultimo aspetto v. quanto già detto al precedente paragrafo), secondo la pianificazione aziendale (v. art. 13, co. 1, dell'accordo; art. 9, d.lgs. n. 66/2003);

- il riposo minimo di 11 ore consecutive di riposo ogni 24 ore (v. art. 13, co. 2, dell'accordo e art. 7, d.lgs. n. 66/2003); anche in questo caso non è stata sfruttata una deroga concessa dalla legge, astrattamente introducibile dall'accordo aziendale, tenuto conto che la disciplina nazionale, come anticipato, non disciplina questo aspetto (v. art. 17, co. 1 e 4, d.lgs. n. 66/2003);

- le ferie, che vengono maturate e godute secondo le previsioni del CCNL (art. 12, co. 3, primo periodo dell'accordo).

Una specifica menzione merita la disciplina della pausa non retribuita (oltre a quelle retribuite cui si è fatto cenno *supra*, par. 2.1), cui il lavoratore ha diritto qualora il turno superi le 6 ore.

L'accordo, in attuazione dei rinvii contenuti nella legge (art. 8, d.lgs. n. 66/2003), fissa in 30 minuti la durata della pausa e detta le modalità del suo godimento: in particolare, il rider che intenda beneficiare della pausa deve preventivamente concordarlo, all'inizio del turno, con il line manager, il quale provvederà poi ad informare il lavoratore sul momento in cui fruirne, evitando altresì di pianificare gli ordini durante l'intervallo (art. 12, co. 1 e 2, dell'accordo).

Dal tenore della previsione sembrerebbe potersi dedurre che il rider possa decidere di non usufruire della pausa; si tratterebbe, quindi, di una deroga, ammessa dall'art. 17, co.1, del d.lgs. 66 (alle condizioni dettate dal co. 5), che, a differenza di quanto previsto in alcuni CCNL, non avrebbe la funzione di rispondere ad esigenze aziendali, poiché rimessa alla scelta del solo lavoratore, la cui facoltà di godimento risulterebbe, in definitiva, limitata solo nella procedura e non anche nell'*an*.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Il controllo a distanza
sulla prestazione dei ciclo fattorini
tra Scoober App e GPS**

ALESSANDRA INGRAO
Università di Milano

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Il controllo a distanza sulla prestazione dei ciclo fattorini tra Scoober App e GPS

ALESSANDRA INGRAO

Università degli Studi di Milano
Ricercatrice di Diritto del lavoro
alessandra.ingrao@unimi.it

ABSTRACT

The article takes a critical look at the Takeway.com express - OO. SS contract by which the parties agree that the Scoober App and GPS are indispensable working tools and its legal implication. The Author also discusses the limits to the power of remote control arising from the legal system for the protection of personal data.

Keywords: riders; GPS; App; remote control; monitoring employee at work; data protection.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13193>

Il controllo a distanza sulla prestazione dei ciclo fattorini tra Scoober App e GPS

SOMMARIO: 1. Il controllo a distanza sull'attività dei *rider* passa dalla Scoober App e dal GPS. – 2. Sulla qualificazione pattizia della Scoober App e del GPS come strumenti indispensabili di lavoro. 3. – Utilizzabilità dei dati raccolti per il tramite del GPS e privacy dei ciclo fattorini. – 4. Il diritto alla “disconnessione” dei *rider*: l'abbandono dei sistemi algoritmici e la disabilitazione della Scoober App a fine turno.

1. Il controllo a distanza sull'attività dei *riders* passa dalla Scoober App e dal GPS

L'art. 9, comma ottavo, del contratto Takeaway.com Express Italy - OO.SS., cela sotto la rubrica «pianificazione dei turni» una clausola dedicata al controllo a distanza sull'attività dei ciclo-fattorini, affrontando il delicato problema della tracciabilità della loro prestazione che è stata sin qui assoluta, a causa dell'uso di tecnologie algoritmiche e della costante geolocalizzazione.

Le parti si accordano sull'uso della *Scoober App*, un applicativo multifunzionale che costituisce l'interfaccia attraverso cui il rider comunica e viene a conoscenza dei turni che gli spettano, effettua il *log in* e il *log out* e che include altresì un sistema di geolocalizzazione satellitare.

Ciò che suscita più di un dubbio (*amplius infra* § 2) è che le parti si limitano a qualificare concordemente *l'App*, ma anche il GPS «“strumenti di lavoro” indispensabili ai fini dello svolgimento della prestazione lavorativa» al fine di sottrarre al vaglio preventivo della RSA/RSU e dell'Ispettorato del lavoro due strumenti che potrebbero permettere alla società di esercitare il controllo a distanza ai sensi dell'art. 4, comma 1 st. lav. Tanto è che le parti concordano sulla non utilizzabilità degli esiti delle rilevazioni di questi strumenti, almeno a fini disciplinari, salvi però i casi in cui i dati costituiscano prova di una condotta penalmente illecita del *rider* o di una violazione dell'orario di lavoro (*infra* § 3).

Infine, è previsto – con una pattuizione che potrebbe apparire scontata ma che non lo è affatto (*infra* § 4) – che *la Scoober App* dovrà essere disconnessa e disabilitata (da parte dell'azienda) al termine del turno e che da quel momento in poi smetterà di registrare dati personali del prestatore in tempo reale. È

stabilito inoltre che «in ogni caso», durante il turno o fuori di esso, l'applicativo non potrà attingere alla memoria “datificata” del cellulare del *rider*.

Passando in rassegna il “non detto” della clausola, l'accordo nulla dice sull'uso dei sistemi di *rating* – che recentemente sono stati sotto le luci della ribalta per essere stati impiegati da altre piattaforme come strumento di direzione, *sub specie* di pianificazione e assegnazione dei turni, talvolta discriminatoria – i quali sono con molta probabilità superati dal modello organizzativo che la società dovrà implementare per dare ingresso in azienda alla subordinazione.

2. Sulla qualificazione pattizia della Scoober App e del GPS come strumenti indispensabili di lavoro

Con la clausola n. 9, ult. co., «le parti si danno atto» che due strumenti dai quali potrebbe derivare il controllo a distanza sono strumenti di lavoro indispensabili a eseguire la prestazione.

Nello specifico, la Scoober App, attraverso cui il *rider* effettua il *log in* e *log out* (inizio e fine turno), indica la disponibilità a svolgere turni e conosce i turni assegnati dalla società e il sistema di geo-localizzazione collegato ricadono per comune volontà delle parti nella deroga prevista dall'art. 4 co. 2 st. lav. La conseguenza è che questi dispositivi saranno sottratti sia al contro-controllo preventivo della rappresentanza aziendale, da effettuarsi in ciascuna città, finalizzato alla codeterminazione (o, in mancanza di accordo collettivo, all'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro). Come noto, le procedure menzionate hanno l'obiettivo di verificare la sussistenza in concreto di ragioni aziendali lecite e qualificate che giustificano l'installazione degli strumenti di controllo a distanza (ragioni organizzative, produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale) nonché di ispezionare le relazioni tecniche delle apparecchiature per comprenderne scopi e modalità di utilizzo. Dell'accertamento di tali esigenze non v'è traccia nella clausola n. 9, nonostante nell'art. 4 st. lav. riformato l'espletamento della procedura co-determinativa rivesta una valenza decisiva nella tutela effettiva dei diritti di libertà e dignità dei lavoratori quando gli strumenti abbiano la potenzialità di esercitare il controllo a distanza ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ R. Del Punta, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. 151/2015)*, RIDL, 2016, 79 ss. e V. Nuzzo, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. Valorizza la funzione del comma 1 dell'art. 4 anche la

Il principale problema che scatena l'accordo delle parti appena illustrato è che l'art. 4 st. lav. è norma imperativa e inderogabile e non concede all'autonomia negoziale collettiva la facoltà di qualificare come "strumenti di lavoro" apparecchiature che, invece, potrebbero essere considerati strumenti di controllo ai sensi dell'art. 4, co. 1, st. lav. in un eventuale e successivo giudizio o procedimento innanzi all'Autorità Garante per la protezione dei dati. In altri termini, l'art. 4 st. lav. scolpisce il principio della tassatività della co-determinazione/autorizzazione, escludendo la liceità di qualsiasi accordo che intervenga sul *nomen iuris* da dare al singolo strumento con il fine di "cancellare" il diritto/dovere dei rappresentanti dei lavoratori di verificare il funzionamento dell'apparecchiatura in ogni singola unità produttiva.

Il fatto poi che il nuovo art. 4, co. 1, ultima parte st. lav. ammetta che la funzione "autorizzatoria" possa essere assolta anche dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nell'ipotesi di imprese multi-localizzate, ossia con sedi dislocate in tutto il territorio nazionale, non sposta di molto quanto sinora detto. Infatti, è vero che i sindacati confederali dei trasporti (FILT-CGIL, FIT-CISL e UIL Trasporti) hanno firmato l'accordo a livello nazionale, ma resta il fatto che tale firma non segue la spendita di un potere co-determinativo o autorizzatorio (*ex art. 4 st. lav.*) – come dimostra il testo dell'accordo in cui non sono riportate le esigenze organizzative in base alle quali i dispositivi sono installati né vi è traccia del fatto che i sindacati abbiano mai preso atto o verificato il funzionamento degli stessi –, ma il mero intento di incasellare nominalmente gli strumenti nella categoria degli strumenti di lavoro. Peraltro, in questo caso, resterebbe aperto il problema di misurare la rappresentatività comparativa di tali associazioni sindacali che allo stato non è certificata.

In definitiva, qualora un giudice si trovasse a giudicare il caso di un ciclo fattorino dipendente che lamenti la geolocalizzazione costante in orario di lavoro o che sia stato licenziato per giusta causa sulla base di prove digitali che attestino il mancato rispetto dell'orario di lavoro (anche *sub specie* di ritardo nel *log in*), questi potrebbe anche non tenere conto della clausola n. 9 che vale come una mera chiarificazione *inter partes*.

giurisprudenza di merito che si è pronunciata in favore dell'inclusione dei controlli difensivi nel perimetro del comma 1 anche se non con riferimento ad applicativi o GPS, cfr. Trib. Venezia, 23 luglio 2020, *Redazione Giuffrè* 2020; Trib. Vicenza 28 ottobre 2019, *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Roma 13 giugno 2018, *FI*, 2018, 9, I, 2932 e *GC.com* 23 novembre 2018, nt. OGRISEG.

3. Utilizzabilità dei dati raccolti per il tramite del GPS e privacy dei ciclo fattorini

I dati di geolocalizzazione saranno memorizzati durante il turno di lavoro, ma non potranno essere utilizzati a fini disciplinari, salvi i casi in cui il *rider* commetta un reato o violi le disposizioni relative all'orario di lavoro. Le parti si danno poi atto del necessario rispetto della normativa *privacy*.

Se la Scoober App in sé può più facilmente ricadere nel disposto dell'art. 4, comma 2, st. lav. perché strumento di lavoro o strumento di registrazione degli accessi e delle presenze ⁽²⁾La prima questione da porsi è se il GPS possa essere considerato uno strumento di lavoro o uno strumento di controllo ⁽³⁾.

Il GPS sembrerebbe essere installato per esigenze organizzative e logistiche della piattaforma che eccedono le necessità immediate della prestazione dei *rider*. Questi ultimi, infatti, ben potrebbero eseguire la consegna ricevendo l'ordine sul proprio *smartphone*, e poi utilizzare un GPS non installato sull'*app* sviluppata dalla piattaforma per orientarsi per le vie della città, qualora ne avessero bisogno. La necessità di monitorare il *rider*, la velocità della sua pedalata durante il tragitto nonché altri aspetti comportamentali, in altri termini, è funzionale a soddisfare esclusivamente interessi di controllo propri del datore di lavoro, essendo indubbio che il fattorino possa eseguire la consegna sottraendosi al monitoraggio diretto sull'esecuzione della prestazione lavorativa. Del resto quanto detto è supportato dall'interpretazione fatta propria dal Garante per la protezione dei dati personali che nei numerosi provvedimenti emessi a seguito della riforma dell'art. 4 St. ⁽⁴⁾ ha ripetutamente ritenuto i GPS – installati per esigenze di ottimizzazione, coordinamento degli interventi e/o

⁽²⁾ A patto che registri unicamente i dati relativi all'orario di lavoro, sia consentito sul punto rinvia a A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, 2018, Bari, 182 ss.

⁽³⁾ In dottrina, M.T. Carinci, *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*, Torino, 2017, 53, che riporta l'esempio di un GPS installato su uno *smartphone* all'unico scopo di rendere maggiormente efficiente un'attività di consegna plichi sul territorio, cui dovrebbe applicarsi il c. 1 della disposizione. Cfr., *contra*, A. Maresca, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in P. Tullini (a cura di), *op. cit.*, 16-17 e 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, vol. 2, n. 1, 25 secondo i quali il GPS sarebbe strumento di lavoro ogniqualvolta la prestazione sia caratterizzata da mobilità del prestatore sul territorio.

⁽⁴⁾ I provvedimenti cui ci si riferisce saranno oggetto di analisi nel prosieguo. La posizione del Garante emerge con limpidezza dalle relazioni sull'attività 2016, 2017, 2018 consultabili sul sito www.garanteprivacy.it

efficiente programmazione delle attività sul territorio (persino in casi di gestione delle emergenze di pubblica sicurezza) – strumenti di controllo, perché «non direttamente preordinati all'esecuzione della prestazione lavorativa»; il Garante si è allineato alla posizione dell'Ispettorato del lavoro⁽⁵⁾ secondo cui il GPS è un elemento “aggiunto” allo strumento di lavoro e, come tale, deve essere installato, previo accordo con le rappresentanze dei lavoratori o previa autorizzazione dell'Ispettorato stesso.

Il riflesso più rilevante di questa impostazione è che il GPS dovrebbe essere negoziato secondo le procedure descritte al paragrafo precedente. La rinegoziazione del GPS, ma anche della Scoober App, dovrebbe porsi in particolare la finalità di verificare che Take away abbia configurato i sistemi in questione rispettando i principi *privacy* e in particolare dei principi di *privacy by design* e *by default* posti dal Regolamento 2016/679/Ue, cd. GDPR ⁽⁶⁾.

Infatti, il principio di *accountability*, che è alla base del d.lgs. 196/2003 modificato dal GDPR, richiede che il titolare del trattamento, il datore di lavoro, sia responsabilizzato dei trattamenti che effettua nel suo interesse e che sia anche in grado di dimostrare che la loro realizzazione sia subordinata all'attuazione di misure di sicurezza che eliminino il rischio che un trattamento non conforme può cagionare ai diritti di dignità e autodeterminazione dell'interessato del trattamento. La logica insomma è quella preventiva già fatta propria dal legislatore in materia di protezione di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Takeaway al fine di dare concretezza ai principi di legittimità, finalità, minimizzazione dei dati personali, con particolare riferimento al GPS, dovrà necessariamente seguire le preziose indicazioni contenute nei provvedimenti del Garante per la protezione dei dati, effettuando la Valutazione di impatto privacy che è obbligatoria nell'ipotesi in cui il trattamento derivi da un controllo a distanza ⁽⁷⁾. Non si dubita che tali prescrizioni debbano essere rispettate alla luce dell'articolo che qui si commenta, considerata soprattutto la somiglianza (per non dire identità) dei casi considerati dal Garante con quello che qui ci occupa.

Il GPS, infatti, è nella maggior parte dei casi reso legittimo dalla condizione di liceità (art. 5 GDPR) dell'espletamento della procedura co-

⁽⁵⁾ Circolare Inl 7 novembre 2016

⁽⁶⁾ L'art. 4, co. 3, st. lav. prevede infatti che il regime di utilizzabilità delle informazioni raccolte sia condizionato al doveroso rispetto della normativa *privacy* e alla circostanza che il controllo sia preceduto da un'informazione adeguata sulle modalità con cui può essere realizzato, cfr. M. Barbieri, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in P. Tullini (a cura di), cit., 183-208.

⁽⁷⁾ Cfr. soprattutto Garante per la protezione dei dati personali, provv. 4 ottobre 2011, n. 360, doc. web n. 1850581, *Sistemi di localizzazione dei veicoli nell'ambito del rapporto di lavoro*.

determinativa che, nella logica del bilanciamento d'interesse, attesta la effettiva sussistenza di un interesse legittimo del titolare del trattamento (cfr. art. 6 GDPR) di ottimizzare la gestione delle attività aziendali in occasione di richieste di intervento sul territorio o di programmazione efficientemente degli interventi dei propri dipendenti in zone geografiche piuttosto ampie ⁽⁸⁾.

In coerenza con tali finalità, la configurazione dell'applicativo da installare su dispositivi mobili ⁽⁹⁾, per impostazione predefinita *by default*, non può certo rilevare dati senza soluzione di continuità sulla posizione geografica del lavoratore, visto che un trattamento siffatto si risolverebbe in un tracciamento personale realizzato per lo scopo (diverso e vietato) di un monitoraggio individuale costante ⁽¹⁰⁾. I principi di *privacy by design* e *privacy by default*, introdotti dall'art. 25 GDPR quali misure di rafforzamento del principio di minimizzazione, impongono che siano raccolti soltanto dati necessari e pertinenti rispetto allo scopo lecito perseguito e che dunque la periodizzazione temporale della raccolta sia congruente rispetto a tali finalità.

Se ne desume che il principio di minimizzazione e di proporzionalità sarebbero violati nell'ipotesi in cui il *rider*, identificato, fosse costantemente monitorato durante il tragitto per ciascun turno effettuato. La localizzazione, finalizzata alla distribuzione delle consegne nel contesto urbano, infatti, può essere realizzata anche attraverso la raccolta di informazioni assai più limitate. Per esempio, avvalendosi di appositi sistemi di "*check inn*" da configurare nell'applicativo che il singolo fattorino sarà tenuto ad utilizzare. In questo modo, la piattaforma localizzerebbero il fattorino soltanto al momento del prelievo della merce presso il ristorante e, successivamente, del recapito della stessa presso il consumatore, soddisfacendo al contempo la propria esigenza di tracciare

⁽⁸⁾ Non si ritengono invece rilevanti le prescrizioni impartite dal garante nei casi in cui il GPS abbia la funzione di mettere in sicurezza le flotte aziendali da possibili furti, visto che è noto che i mezzi utilizzati dai *rider* non sono di proprietà della piattaforma che dunque non avrebbe alcun interesse in tal senso.

⁽⁹⁾ Garante per la protezione dei dati personali, provv.ti 11 settembre 2014, n. 401, doc. web n. 3474069, e 9 ottobre 2014, n. 448, doc. web n. 3505371, dove il Garante ritenuto che il trattamento di dati personali riferiti alla localizzazione di dispositivi – che, diversamente dai veicoli di servizio, da un lato “seguono” costantemente il dipendente, dall'altro si prestano comunemente ad utilizzi anche privati, spesso consentiti dal datore di lavoro – presenta rischi specifici per le libertà (es. di circolazione e di comunicazione), i diritti e la dignità dei lavoratori.

⁽¹⁰⁾ Garante per la protezione dei dati personali, provv. 4 ottobre 2011, cit., punto 3, e, più di recente, provv.ti 28 giugno 2018, n. 396, doc. web n. 9023246, e 19 luglio 2018, n. 427, doc. web n. 9039945; provv. 16 marzo 2017, n. 138, doc. web n. 6275314 e provv. 24 maggio 2017, n. 247, doc. web n. 6495708, cit.; art. 5, par. 1, lett. c) e d) reg.; inoltre, cfr. la Raccomandazione 1° aprile 2015, CM/Rec(2015)5.

la consegna della merce. Per di più, i dati relativi alle consegne dei pasti dovrebbero essere raccolti in modo da non consentire la diretta identificazione di ciascun ciclo-fattorino ⁽¹¹⁾ o perlomeno, se sussistono particolari necessità connesse alla sicurezza del lavoratore, in modo tale da non consentire un'associazione diretta tra le coordinate geografiche e il singolo collaboratore ⁽¹²⁾.

4. Il diritto alla “disconnessione” dei rider: l'abbandono dei sistemi algoritmici e la disabilitazione della Scoober App a fine turno

La nuova organizzazione e pianificazione oraria dei turni di lavoro che *Take away* andrà a implementare renderà superfluo l'uso dei famigerati algoritmi ⁽¹³⁾ che le altre piattaforme del *food delivery* continueranno ad utilizzare nei confronti dei ciclo fattorini autonomi, come stabilito dall'accordo siglato tra il sindacato UGL che Assodelivery ha riconosciuto come controparte.

Gli algoritmi – chiamato icasticamente “*Hurrier*” da *Foodora* (cioè colui che va' di corsa) e “*Frank*” da *Deliveroo* (come *Frank Reynolds*, il *business man* cinico e manipolatore interpretato da Danny DeVito con una tendenza a prendere decisioni illegali della serie “C'è sempre il sole a Philadelphia”) – servono a stabilire classifiche tra i *rider* e ad attribuire le consegne a coloro che erano risultati i migliori, i più affidabili, i più veloci a seconda delle aggregazioni di dati effettuate dall'algoritmo. La piattaforma si assicurava così preziosi dati sul comportamento individuale che le permettevano di sapere in anticipo a chi offrire occasioni di lavoro e a chi no.

Non solo. Poiché il modello del lavoro autonomo non dà garanzie alla piattaforma sulla effettiva disponibilità a lavorare da parte della manodopera

⁽¹¹⁾ Garante per la protezione dei dati personali, provv. 19 ottobre 2017, n. 432, doc. web n. 7321142, dove il Garante ha ammesso l'identificazione del singolo lavoratore in considerazione della peculiare attività svolta dalla Polizia locale. Peraltro, il singolo lavoratore era reso identificabile non perché la sua posizione fosse controllabile in tempo reale sul *monitor* della sala operativa, ma perché il personale autorizzato poteva identificare indirettamente gli agenti attraverso il raffronto con il registro cartaceo dei turni di servizio, al fine di contattarli in caso di emergenza.

⁽¹²⁾ Così Garante per la protezione dei dati personali, provv. 24 maggio 2017, n. 247, doc. web n. 6495708.

⁽¹³⁾ Sia consentito rinviare a A. Ingrao, *I sistemi di feedback basati su rating e reviews tra controllo della prestazione lavorativa e divieto di decisioni automatizzate*, in C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone (a cura di) in *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, 2019, Cacucci. In argomento cfr. altresì G. Pacella, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni online: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, *LLI*, 2017, vol. 3, n. 1, R. 3 ss.

negli *slot* a più alta richiesta di consegna a domicilio (gli orari dei pasti principali), alcune di esse, seguono la prassi di rilevare la posizione dei fattorini, anche fuori dall'esercizio del turno assegnato e, addirittura, anche quando il *rider* è *offline*, da quanto si apprende dalle dichiarazioni dei rappresentanti dei *rider*, confermate peraltro da un *ex dispatcher* di Foodora⁽¹⁴⁾.

La ragione ben si comprende: la piattaforma esercita il controllo informatico su un esercito di riserva di lavoratori da richiamare in servizio con un *click* qualora la squadra in turno non riesca a evadere gli ordini a causa delle ragioni più disparate (pioggia, lentezza del ristorante, numero inatteso di ordini ecc.). Insomma, quando il *rider* crede di essere disconnesso dall'*app* la piattaforma in realtà lo sta sorvegliando, per vedere se si sta avvicinando diligentemente al luogo di lavoro o se è nei pressi di una zona comoda per ricevere una consegna.

Questa prassi, che viola il diritto alla riservatezza del ciclo fattorino e che offende altresì la sua dignità, dal momento che la geolocalizzazione fuori orario di lavoro potrebbe rivelare dati sensibilissimi alla piattaforma (si pensi alla permanenza in un luogo di culto) viene quindi superata dal contratto in commento che prevede un vero e proprio “diritto alla disconnessione”, sulla falsa riga di quello previsto per il lavoro agile dall'art. 19, comma 1, della l. 81/2017. Il datore di lavoro *Take away* si impegna a non raccogliere e memorizzare dati sugli spostamenti che il lavoratore compie fuori turno, in quanto non ha più bisogno di esercitare un controllo sleale per sapere se il *rider* è vicino al ristorante da cui prelevare il pasto.

La previsione è poi rafforzata dal fatto che «in ogni caso», quindi sua durante il turno sia fuori di esso, la *Scoober App* non potrà attingere per nessuna ragione alla memoria “datificata” del telefonino del *rider* per captare dati personali comuni o sensibili. Si realizza quindi una forma di tutela della persona che passa dalla separazione dei dati personali da quelli lavorativi che costituisce attuazione delle miglior prassi delle *policy* meglio conosciute come BYOD, *Bring Your Own Device*.

Infine, vale la pena di aggiungere che nulla si dice nell'accordo sulla sorte delle valutazioni della clientela del servizio di consegna dei pasti, i cd. *feedback* basati su *reviews* che costituisce una fonte di dati valutativi elaborati dagli algoritmi reputazionali. Si ritiene al riguardo che la subordinazione non sia confliggente con l'introduzione di sistemi di *customer service* che aiuterebbero la

⁽¹⁴⁾ Cfr. l'articolo pubblicato su l'Espresso il 20 dicembre 2018, *Io, burattinaio dei rider, vi racconto come controlliamo le consegne e i fattorini* a firma di F. Sironi.

piattaforma a valutare il gradimento del servizio da parte dei consumatori finali, sempreché la raccolta di quei dati non si trasformi in uno strumento di controllo pervasivo della prestazione del singolo e che i dati raccolti non siano utilizzabili per finalità disciplinari⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾Sul punto G. Pacella, *Il lavoro nella gig economy*, cit. R.3 ss.

Bibliografia

- 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), 1-45.
- Barbieri M., *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in P. Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2017, 183-208.
- 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, Torino, 2017, 43-58.
- Del Punta R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. 151/2015)*, in *RIDL*, 2016, 77 ss.
- Ingrao A., *I sistemi di feedback basati su rating e reviews tra controllo della prestazione lavorativa e divieto di decisioni automatizzate*, in C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone (a cura di) in *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, 2019, Bari, Cacucci.
- Ingrao A., *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, 2018, Bari, Cacucci.
- 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, Torino, 2017, 1-26.
- Nuzzo V., *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- Pacella G., *Il lavoro nella gig economy e le recensioni online: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, in *LLI*, 2017, vol. 3, n. 1, R. 3 ss.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Retribuzione e inquadramento
nel contratto collettivo aziendale c.d. *Just Eat***

MICHELE FORLIVESI
Università di Bologna

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





Retribuzione e inquadramento nel contratto collettivo aziendale c.d. *Just Eat*

MICHELE FORLIVESI

Università di Bologna

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro

Michele.forlivesi2@unibo.it

ABSTRACT

The article analyses and comments the regulation of the remuneration of the corporate collective agreement stipulated on March 29, 2021 by Just Eat with national major Trade Unions. The Autor tests the compatibility of this collective agreement with the national contractual model (the logistic national collective agreement), and analyses lights and shadows of the remuneration institutions in it contained.

Keywords: gig economy; food delivery platforms; platform workers; Just East's collective bargaining; wage.

<https://doi.org/.10.6092/issn.2421-2695/13194>

Retribuzione e inquadramento nel contratto collettivo aziendale c.d. *Just Eat*

SOMMARIO: 1. Una scintilla nel tortuoso cammino verso la normalizzazione delle relazioni industriali nel *food delivery*. – 2. Retribuzione e inquadramento nell'accordo integrativo aziendale Takeaway.com Express Italy: il modello contrattuale nazionale di riferimento. – 3. (*segue*) Le singole componenti della retribuzione previste dal contratto collettivo aziendale e la loro adattabilità nel tempo.

1. Una scintilla nel tortuoso cammino verso la normalizzazione delle relazioni industriali nel *food delivery*

La stipula del contratto collettivo aziendale tra la società italiana che opera per conto della piattaforma Jus Eat e le federazioni di categoria di Cgil, Cisl e Uil dello scorso 29 marzo ⁽¹⁾ è il più recente approdo della tormentata vicenda della regolamentazione collettiva delle condizioni di lavoro dei *riders* dopo il terremoto autunnale causato dalla firma, il 15 settembre 2020, del CCNL “corsaro” tra Assodelivery e Ugl-riders ⁽²⁾. Il percorso di costruzione di relazioni industriali nel settore del *food delivery* intermediato da piattaforme digitali che si sta lentamente delineando in Italia è frutto di un tortuoso cammino caratterizzato da pratiche di auto-organizzazione urbana dei *rider* ⁽³⁾, innovative

⁽¹⁾ L'accordo integrativo aziendale è stato firmato in data 29 marzo 2021 tra Takeaway.com Express Italy e Filt Cgil, Fit-Cisl, Uil Trasporti nonché Nidil Cgil, Felsa Cisl e Uiltemp

⁽²⁾ L'espressione “contratto corsaro” è di F. MARTELLONI, *CCNL Assodelivery – UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, *QG*, 22 settembre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/ccnl-assodelivery-ugl-una-buca-sulla-strada-dei-diritti-dei-rider. Sul CCNL Assodelivery-UGL cfr. V. BAVARO, *Il Ccnl Assodelivery-Ugl: 4 problemi fra diritto e ideologia*, in *Il diario del lavoro*, 24 settembre 2020, www.ildiariodellavoro.it/il-ccnl-assodelivery-ugl-4-problemi-fra-diritto-e-ideologia/; S. GIUBBONI, *Nuove spigolature sui lavoratori delle piattaforme digitali*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 148/2021, 14 aprile 2021, www.eticaeconomia.it/nuove-spigolature-sui-lavoratori-delle-piattaforme-digitali/; P. ICHINO, *Contratto per i rider: è davvero “pirata”?*, *lavoce.info*, 21 settembre 2020, <https://www.lavoce.info/archives/69553/contratto-per-i-rider-e-davvero-pirata/>; M. TIRABOSCHI, *Il CCNL Assodelivery-UGL Rider: le ragioni della contesa politico-sindacale e le (distinte) problematiche giuridiche che questo accordo solleva*, *BA* 28 settembre 2020, n. 35, www.bollettinoadapt.it/il-ccnl-assodelivery-ugl-rider-le-ragioni-della-contesa-politico-sindacale-e-le-distinte-problematiche-giuridiche-che-questo-accordo-solleva/.

⁽³⁾ Su tale aspetto cfr. M. FORLIVESI, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, *LLI*, 2018, 1, 35-58; M. MARRONE, *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale: il caso Riders Union Bologna*, *LLI*, 2019, 1, I. 1-28.

alleanze tra sindacalismo interconfederale e movimenti sindacali informali ⁽⁴⁾, tavoli ministeriali di concertazione, un fragile associazionismo datoriale di risposta all’iniziativa istituzionale del Governo e delle forze politiche ⁽⁵⁾, interventi legislativi ⁽⁶⁾, pronunce giurisprudenziali ⁽⁷⁾, inchieste giudiziali ⁽⁸⁾ e, da ultimo, dalla rottura dell’unità d’azione delle imprese del settore. Proprio la scelta di Just Eat di recedere, nel novembre 2020, dall’associazione Assodelivery, disapplicare il contratto Assodelivery-UGL e, da aprile 2021, riorganizzare il servizio di consegna con *riders* assunti come lavoratori subordinati inquadrati all’interno del CCNL logistica, trasporto merci e spedizione ⁽⁹⁾, è la prova più

⁽⁴⁾ Sul punto cfr. L. CINI, B. GOLDMANN, *Dal controllo alla mobilitazione. Le lotte dei ciclofattorini e dei facchini della logistica in Italia*, LLI, 2020, 1, 1-34.

⁽⁵⁾ Su tali aspetti cfr. G. PACELLA, *Le piattaforme di food delivery in Italia: un’indagine sulla nascita delle relazioni industriali nel settore*, LLI, 2019, 2, 179-195.

⁽⁶⁾ Il riferimento è alla l. n. 128/2019. Per un primo commento cfr. U. CARABELLI, L. FASSINA (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Roma, Ediesse, 2020; R. DI MEO, *Le tutele in caso di disoccupazione nella l. n. 128/2019*, LLI, 2020, 1, 35-58; A. ROTA, *La tutela prevenzionistica dei riders nella legge n. 128/2019*, LLI, 2020, 1, 59-86; C. SPINELLI, *Le nuove tutele dei riders al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative*, LLI, 2020, 1, 87-105; M. VITALETTI, *Compenso “negoziato” e lavoro autonomo su piattaforma digitale*, LLI, 2020, 1, 106-129.

⁽⁷⁾ Cfr. M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell’esemplare sentenza di Palermo sui riders*, LLI, 2020, 2, R.61-92; ID., *Della subordinazione dei ciclofattorini*, LLI, 2019, 2, I.1-56; M. NOVELLA, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, LLI, 2019, 1, 82-103. Sulla notissima Cass. n. 1663/2020 cfr. M. BIASI, F. CARINCI, E. DAGNINO, G. FAVA, M. MAGNANI, F. MARTELLONI, V. MARTINO, M. PERSIANI, A. PERULLI, G. SANTORO PASSARELLI, V. SPEZIALE, P. TOSI, A. TURSI, tutti in *LDE*, 2020, n. 1; M. T. CARINCI, *I contratti in cui è dedotta un’attività di lavoro alla luce di Cass. n. 1663/2020*, in *RIDL*, 2020, I, 50-59; ID., *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. n. 1663/2020: verso un nuovo di sistema di contratti in cui è dedotta un’attività di lavoro*, *DRI*, 2020, n. 2, 488-498; A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, *DRI*, 2020, fasc. 1, I, 146-152.; ID., *Brevi cenni sulle collaborazioni etero-organizzate*, *RIDL*, I, 73-87; O. MAZZOTTA, *L’inafferrabile eterodirezione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, *Labor*, 2020, n. 1; A. PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come “orientarsi nel pensiero”*, *DRI*, 2020, n. 2, 267-311; O. RAZZOLINI, *I confini tra lavoro subordinato, etero-organizzato e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, *DRI*, 2020, n. 2, 345-379; R. ROMEI, *I riders in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, *RIDL*, 2020, I, 89-100; e ancora i contributi di P. ALBI, E. ALES, G.M. BALLISTRERI, P. BELLOCCHI, M.N. BETTINI E G.I. VIGLIOTTI, M. CINELLI E P. PARISELLA, S. CIUCCIOVINO E L. MONTEROSSO, V. FERRANTE, L. FIORILLO, E. GRAGNOLI, A. LASSANDARI, A. MARESCA, M. MOCELLA, P. PASSALACQUA, A. PERULLI, R. PESSI E A.D. ZUMBO, C. PISANI, G. SANTORO PASSARELLI, R. SANTUCCI, G. SIGILLÒ MASSARA, A. TAMPIERI, A. TOPO, A. VALLEBONA, L. VENDITTI, L. ZOPPOLI, tutti in *MGL*, 2020, numero straordinario interamente dedicato ai commenti alla sentenza.

⁽⁸⁾ Il riferimento è alla maxi-indagine della procura di Milano sul food delivery che ha portato a sanzionare Just Eat, Glovo-Foodinho, Uber Eats e Deliveroo per 733 milioni di euro e ad intimare loro l’assunzione di 60.000 riders.

⁽⁹⁾ Tale scelta è stata annunciata dalla società nel settembre del 2020 ed è frutto di una scelta strategica organizzativa a livello europeo adottata dal colosso inglese del *food delivery* e

convincente della piena adattabilità della subordinazione ai modelli organizzativi delle piattaforme digitali del *food delivery*.

2. Retribuzione e inquadramento nell'accordo integrativo aziendale Takeaway.com Express Italy: il modello contrattuale nazionale di riferimento

Dal punto di vista del salario, il dato più rilevante del passaggio al lavoro subordinato è il superamento della retribuzione a “cottimo”, esclusivamente basata sulle consegne effettuate, e l'adozione di una retribuzione oraria volta a remunerare anche i periodi di disponibilità del lavoratore. Il fatto che tale scelta organizzativa venga effettuata dall'impresa *leader* del settore testimonia la sostenibilità economica della paga oraria e della remunerazione della disponibilità e può costituire un punto di effettività ed avanzamento delle tutele salariali anche per i *rider* discontinui difficilmente riconducibili alla forma comune di rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Del resto, questa è stata anche la scommessa fatta, il 2 novembre 2020, dalle parti sociali firmatarie del CCNL della logistica con la stipula del “Protocollo attuativo dell'art. 47bis ss. D.lgs. 81/2015 CCNL Logistica, Trasporto Merci, Spedizione”⁽¹⁰⁾. Tale intesa ha l'ambizione, che allo stato è più un auspicio vista la mancata adesione di Assodelivery, di applicarsi a «qualsivoglia operatore commerciale e/o piattaforma digitale e/o committente che utilizzi lavoratori» di cui all'articolo 47-bis ss. d.lgs. 81/2015⁽¹¹⁾. Per quanto concerne il trattamento economico e normativo il Protocollo statuisce che «le tutele relative alla disciplina della prestazione lavorativa e del relativo trattamento economico già definite nel Protocollo del 18 luglio 2018, riferibili al CCNL Logistica, Trasporto Merci, Spedizioni, si applicheranno altresì ai lavoratori di cui all'art. 47bis ss. d.lgs. 81/2015 che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'art. 47, co. 2, lettera a), del codice della strada, d.lgs. 285/1992, mediante piattaforma anche digitali». Con specifico riferimento al trattamento retributivo i firmatari sanciscono che «in attuazione dell'art. 47quater d.lgs. 81/2015, le parti

maturata dopo il via libera, nell'aprile del 2020, alla fusione con la società olandese Takeaway.com.

⁽¹⁰⁾ Consultabile al seguente link: <https://legacoop.produzione-servizi.coop/wp-content/uploads/2020/11/Protocollo-attuativo-art-47-bis-Dl-81-2015.pdf>.

⁽¹¹⁾ Così Protocollo attuativo dell'art. 47bis ss. D.lgs. 81/2015 CCNL Logistica, Trasporto Merci, Spedizione, 2 novembre 2020, sez. 1 “Definizione e ambito di applicazione”.

convengono che il CCNL Logistica, Trasporto Merci, Spedizioni, essendo stipulato dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, definisce i criteri di determinazione del compenso complessivo dei lavoratori di cui all'art. 47bis d.lgs. 81/2015, tenendo conto di quanto definito nel Protocollo del 18 luglio 2018». Inoltre, viene ribadito il principio secondo cui «i lavoratori di cui all'articolo 47bis d.lgs. 81/2015 non potranno essere retribuiti in base alle consegne effettuate e ai medesimi lavoratori deve essere garantito il compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti dal Protocollo 18 luglio 2018». Infine, il raccordo con il CCNL Logistica è rafforzato dalla previsione secondo la quale «ai lavoratori di cui all'art. 47bis d.lgs. 81/2015 vengono garantite le indennità integrative del compenso mensile, giornaliero od orario per il lavoro svolto di notte, durante le festività o in condizioni metereologiche sfavorevoli previste dal CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizione e dalla contrattazione di secondo livello»⁽¹²⁾.

Il dato che emerge è che per i riders, tanto per quelli riconducibili alla disciplina del lavoro subordinato quanto per quelli di cui al titolo V-bis, il modello contrattuale di riferimento individuato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative è il CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizione e, nello specifico, l'accordo integrativo al CCNL stipulato in data 18 luglio 2018⁽¹³⁾.

Per quanto concerne il trattamento retributivo e l'inquadramento contrattuale, tale l'accordo integrativo prevede che «i lavoratori adibiti ad attività di logistica distributiva, comprese le operazioni accessorie ai trasporti, attraverso l'utilizzo di cicli, ciclomotori e motocicli, rientrano nell'area professionale C relativa alla disciplina del personale viaggiante ad ai quali non spetta l'indennità di trasferta di cui all'art. 62 del CCNL». Per quanto concerne i parametri salariali l'intesa integrativa differenzia i livelli di inquadramento sulla base del mezzo utilizzato (cicli o ciclomotori/motocicli) e dell'anzianità di servizio (0-6 mesi, 7-15 mesi, oltre i 15 mesi). Nello specifico viene assegnato il parametro I, pari al valore 110 della scala parametrica che trascorsi sei mesi passerà al valore 116, per il personale viaggiante che utilizza cicli; e il parametro L, pari al valore 110 della scala parametrica che trascorsi 6 mesi passerà al valore 116 e, trascorsi

(12) Così Protocollo attuativo dell'art. 47bis ss. D.lgs. 81/2015 CCNL Logistica, Trasporto Merci, Spedizione, 2 novembre 2020, sez. 2 "Disciplina della prestazione lavorativa e del trattamento economico e normativo".

(13) Consultabile a www.lavorosi.it/fileadmin/user_upload/PRASSI_2018/CCNL-Trasporti-Logistica-accordo-integrativo-18.07.2018-riders.pdf.

ulteriori 9 mesi, passerà al valore 119, per il personale viaggiante che utilizza ciclomotori e motocicli ⁽¹⁴⁾. Per quanto concerne l'orario di lavoro il protocollo emenda l'articolo 11 del CCNL statuendo che «l'orario ordinario di lavoro pari a 39 ore settimanali è distribuito sino ad un massimo di 6 giorni lavorativi nell'arco della settimana ed è conguagliabile nell'arco di 4 settimane. In ogni caso la durata media massima dell'orario di lavoro settimanale, comprensivo delle ore di straordinario, non può essere superiore a 48 ore. La prestazione lavorativa giornaliera ordinaria, distribuibile su un nastro lavorativo di 13 ore, può essere articolata con un minimo di 2 ore di orario ed un massimo di 8 ore, che potranno essere estese a 10 nel caso in cui il lavoratore venga adibito, per la parte di prestazione, ad attività di magazzino». Inoltre, viene chiarito che «si intende per orario di lavoro ogni periodo compreso fra l'inizio e la fine del lavoro» e che «tale periodo sarà determinato in coincidenza con gli orari indicati dal datore di lavoro con preconnoscenza individuale indicativamente settimanale, anche mediante utilizzo di piattaforme multimediali e comunque non potranno essere in alcun modo organizzati o sottoposti turni al lavoratore seguendo il criterio del ranking reputazionale generati anche da algoritmi. Il lavoratore dovrà trovarsi, all'orario previsto quale inizio della prestazione assegnata, nell'area predefinita dal datore e la presenza in servizio potrà essere attestata da parte dello stesso lavoratore, con assunzione di responsabilità, anche attraverso strumentazione multimediale, seguendo le apposite procedure che saranno indicate dal datore. Il lavoratore, in coincidenza con l'inizio del proprio orario di lavoro, una volta attestata la propria presenza, con relativa decorrenza del tempo di lavoro, si renderà così disponibile ad eseguire i compiti connessi all'attività di servizio per la durata dell'orario assegnato. L'orario giornaliero, e la conseguente retribuzione, quale risultante di una o più riprese, non potrà essere inferiore alle 2 ore complessive» ⁽¹⁵⁾. Tale previsione di durata minima della prestazione giornaliera viene ribadita anche all'interno della disciplina contrattuale del part-time laddove viene sancito che «la durata della prestazione a tempo parziale non potrà essere inferiore a 10 ore settimanali con una prestazione giornaliera minima di 2 ore» ⁽¹⁶⁾.

Le disposizioni del CCNL Logistica analizzate relative a retribuzione e inquadramento dei riders possono essere così sintetizzate:

⁽¹⁴⁾ Così punto 1 “Declaratorie e livelli d'inquadramento”, Protocollo integrativo CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizione, 18 luglio 2018.

⁽¹⁵⁾ Così punto 2 “Orario di lavoro”, lettere c) e d), Protocollo integrativo CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizione, 18 luglio 2018.

⁽¹⁶⁾ Così punto 3 “Part time”, lettera a), Protocollo integrativo CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizione, 18 luglio 2018.

Riders nel CCNL Logistica				
LIVELLO	MINIMO TABELLARE	ORARIO NORMALE	RETRIBUZIONE TABELLARE ORARIA	RETRIBUZIONE GIORNALIERA MINIMA (2h)
L	1.566,13 €	39 ore settimanali	10,04 €	20,08 €
L (7-15 mesi)	1.526,63 €	39 ore settimanali	9,79 €	19,58 €
L (0-6 mesi)	1.447,68 €	39 ore settimanali	9,28 €	18,56 €
I	1.526,63 €	39 ore settimanali	9,79 €	19,58 €
I (0-6 mesi)	1.447,68 €	39 ore settimanali	9,28 €	18,56 €

La disciplina nazionale viene completata da una clausola di rinvio alla contrattazione collettiva aziendale o territoriale aperta e molto ampia giustificata dalla «peculiarità delle figure in oggetto, (dal)le caratteristiche delle attività svolte fortemente interconnesse con le singole articolazioni urbane» e finalizzata ad «addivenire ad una organizzazione del lavoro coerente rispetto alle esigenze aziendali e comprensiva delle condizioni dei lavoratori e delle specifiche situazioni territoriali»⁽¹⁷⁾. Tale clausola testimonia la consapevolezza delle parti stipulanti della continua evoluzione del mercato del *delivery* intermediato da piattaforme digitali e dei sistemi di organizzazione del lavoro delle imprese che vi operano ed è volta a recepire le esigenze di flessibilità regolativa, fermi i principi e le tutele minime sancite dal CCNL, anche derivanti dai differenti contesti urbani di riferimento.

In coerenza con lo spirito di tale clausola di rinvio alla contrattazione aziendale, il contratto collettivo stipulato da Takeaway.com Express Italy con Filt Cgil, Fit-Cisl, Uil Trasporti nonché Nidil Cgil, Felsa Cisl e Uiltemp del 29 marzo 2021, sfrutta a pieno la flessibilità regolativa delegata dal CCNL al livello decentrato, adeguando la disciplina nazionale alla peculiare organizzazione del lavoro di Just Eat ed introducendo alcuni rilevanti avanzamenti rispetto agli standard minimi previsti dal CCNL.

3. (segue) Le singole componenti della retribuzione previste dal contratto collettivo aziendale e la loro adattabilità nel tempo

Come chiarito dalle stesse parti stipulanti, l'accordo integrativo aziendale è finalizzato all'inserimento dei Rider nel contesto normativo e organizzativo del lavoro subordinato e all'applicazione del CCNL "Logistica, Trasporto Merci e Spedizione". L'inserimento dei *riders* nel contesto normativo e organizzativo

⁽¹⁷⁾ Così punto 7 "Contrattazione di secondo livello", Protocollo integrativo CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizione, 18 luglio 2018.

del lavoro subordinato avviene mediante la previsione contenuta nell'articolo 1 del contratto secondo la quale «i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituiscono la forma comune di rapporto di lavoro con il quale il Lavoratore svolge la propria prestazione lavorativa alle dipendenze della Società, ferma restando la facoltà di utilizzare tutte le altre forme di lavoro flessibile regolare disciplinate dalla legge, nei limiti fissati dalla contrattazione collettiva di riferimento». Tale previsione è precisata dall'articolo 5 che statuisce che il «part time, sia in forma orizzontale che verticale, è la forma comune di lavoro in azienda, utilizzabile senza limiti quantitativi, considerate le caratteristiche del servizio, e si articola, di norma, su tre regimi di orario (dalle 10 ore alle 20 ore o 30 ore minime settimanali) spalmati fino a 6 giornate di lavoro, anche in forma discontinua nel corso della singola giornata, secondo la pianificazione settimanale concordata di volta in volta con la Società, che sarà elaborata tenendo conto delle eventuali proposte del lavoratore; il rapporto di lavoro non potrà in ogni caso avere una durata giornaliera inferiore a 2 ore continuative (oltre a una durata minima settimanale di 10 ore)». L'applicazione del CCNL Logistica è richiamata testualmente dall'articolo 1, comma 2, laddove viene previsto che «il rapporto di lavoro dei Rider è disciplinato dal contratto collettivo nazionale di lavoro “Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione” (di seguito anche “CCNL”), come integrato dalla presente intesa e dalle policy aziendali; i Rider sono inquadrati al livello I e L di tale CCNL». Tale previsione viene integrata dal comma 3 del medesimo articolo 1 che statuisce che «i Rider non possono svolgere altre attività di lavoro autonomo, parasubordinato o subordinato durante l'orario di lavoro in cui si svolge la prestazione in favore della Società; tale vincolo non sussiste, invece, fuori dall'orario di lavoro, a condizione che venga fornita preventiva comunicazione scritta (anche via email, all'indirizzo dell'ufficio risorse umane) alla Società».

La limitazione della esclusività del rapporto con Takeaway.com al solo orario di effettivo lavoro e la previsione delle due ore continuative minime di lavoro per ogni turno di lavoro (previsione ribadita dall'articolo 8, comma 3) sono due avanzamenti rispetto al CCNL sia in chiave di adattabilità della subordinazione al modello organizzativo flessibile e in continuo mutamento di Just Eat sia in chiave di garanzia della possibilità per i lavoratori part-time di integrare la propria retribuzione con altri impieghi al di fuori dell'orario di lavoro. Certamente l'involontarietà del part time e il *quantum* di utilizzo delle 10 ore di monte ore da parte della società saranno aspetti che le parti sociali dovranno monitorare con estrema attenzione per prevenire il proliferare di

forme di lavoro povero anche all'interno del lavoro tipo subordinato a tempo indeterminato.

Venendo al dettaglio del trattamento economico, questo è regolato dagli artt. da 14 a 18 contenuti nella sezione IV dell'accordo integrativo aziendale. L'articolo 14 oltre a ribadire che «i Rider hanno diritto al trattamento economico e normativo previsto per i lavoratori inquadrati ai livelli I ed L del CCNL» disciplina, ai sensi dell'art. 11ter del CCNL, il salario di ingresso dei lavoratori. Derogando *in melius* le previsioni dell'art. 11ter del CCNL logistica, che prevede per le nuove assunzioni del personale viaggiante una maturazione progressiva dei minimi tabellari pari al 90% della retribuzione oraria il primo e il secondo anno, al 95% il terzo e al 100% dal quarto anno, l'art. 14 stabilisce una maturazione piena dei minimi tabellari del CCNL dal terzo anno e una retribuzione pari al 90% il primo e il secondo anno. Nello specifico per i primi due anni, calcolati sommando i periodi di lavoro, anche non consecutivi, svolti con contratto di lavoro subordinato successivamente al 29 marzo 2021, la retribuzione oraria base sarà pari a 8,50 € lordi, di cui 7,50 € saranno riconosciuti al lavoratore come trattamento ordinario e 1 € a titolo di indennità sostitutiva di tredicesima e quattordicesima. Al trattamento base verranno aggiunti 0,60 € lordi a titolo di accantonamento del TFR, le indennità per lavoro notturno, supplementare, festivo e straordinario (art. 15), il rimborso chilometrico (art. 17) e il premio di valorizzazione (art. 18).

Per quanto concerne le indennità aggiuntive è prevista una maggiorazione della retribuzione oraria del 10% per le ore di lavoro svolte nei giorni festivi, in orario notturno (dalle 23:00 alle 6:00) e per il lavoro supplementare (eccedenza dell'orario di part-time fino a 39 ore settimanali) e una maggiorazione del 30% per le ore di lavoro straordinario (quello svolte oltre le 39 ore settimanali). Non sono invece previste maggiorazioni di retribuzione per le ore di lavoro svolte la domenica e nei fine settimana. Per quanto concerne il lavoro supplementare è previsto anche un meccanismo di Banca Ore (art. 16) che riconoscerà per un valore pari alla metà delle ore di lavoro supplementare svolte nel mese il diritto a riposi compensativi usufruibili nel semestre successivo al mese di svolgimento del lavoro supplementare. In caso di mancato utilizzo dei riposi compensativi le ore accumulate saranno retribuite con la maggiorazione del 10% prevista per il lavoro supplementare.

A tali indennità si affianca un rimborso chilometrico calcolato automaticamente dalla Società in base al percorso più veloce individuato da Google Maps e non soggetto a contribuzione previdenziale. Nello specifico è previsto un rimborso pari a 0,15 € per ogni chilometro percorso durante il turno

per i Rider che, su richiesta della Società, utilizzino la propria moto o il proprio scooter; e un rimborso pari a 0,06 € per ogni chilometro percorso durante il turno per i Rider che, su richiesta della Società, utilizzino la propria bicicletta o e-bike. La mancata previsione di un rimborso chilometrico per chi non utilizza la propria auto disvela la scelta della società di avvalersi esclusivamente di lavoratori subordinati dotati di bici/e-bike o moto/scooter, scelta che ha già creato le prime polemiche tra gli ex-collaboratori che si servivano della propria autovettura per effettuare le consegne per conto di Just Eat al momento dell'offerta del nuovo contratto di lavoro ⁽¹⁸⁾.

Infine, l'istituto retributivo di maggior interesse: il c.d. premio di valorizzazione. Tale forma di retribuzione di produttività ha l'ambizione di «premiare la produttività e la qualità del lavoro secondo criteri di natura incrementale» ⁽¹⁹⁾ creando, in tal modo, una modello alternativo a quello delle consegne effettuabili in un'ora, utilizzato dalle altre piattaforme di food delivery e regolato dal CCNL Assodelivery-Ugl ⁽²⁰⁾. In particolare, l'articolo 18 dispone che «le Parti concordano di istituire sin d'ora un "Premio di valorizzazione" finalizzato a consentire ai Rider di lavorare in modo efficiente e nel rispetto delle regole di sicurezza e di circolazione, calcolato in base agli ordini consegnati nel corso di un mese, sulla base dei seguenti importi: a) per ogni consegna fino ad un totale di n. 250 in un mese: euro 0,25; b) per ogni consegna superiore alle n. 250: euro 0,50. Al fine di ridurre al minimo il rischio per la salute e la sicurezza dei Rider, per la determinazione del presente Premio non verranno prese in considerazione più di quattro consegne nell'arco di un'ora. Pertanto, le consegne effettuate oltre la soglia all'interno della stessa ora non saranno conteggiate ai fini della determinazione del Premio».

Il richiamo alla necessità di ridurre al minimo il rischio per la salute e la sicurezza dei Rider, insito nel potenziale incentivo all'autosfruttamento

⁽¹⁸⁾ Su tale aspetto v. www.repubblica.it/economia/2021/04/04/news/rider_contratto_gia_in_salita_escluso_chi_ha_un_auto_-295002992/#:~:text=%E2%80%9CEscuso%20chi%20ha%20un'auto%E2%80%9D,-di%20Valentina%20Conte&text=Just%20Eat%20ha%20deciso%20di,5%20euro%20lordi%20all'ora.

⁽¹⁹⁾ Così art. 18, comma 1, del Contratto

⁽²⁰⁾ Il riferimento è all'articolo 11 del CCNL Assodelivery, Ugl-rider che statuisce che: «le Parti concordano che al Rider sia riconosciuto un compenso minimo per una o più consegne, determinato sulla base del tempo stimato per l'effettuazione delle stesse. Tale compenso è equivalente a euro 10,00 (dieci/00) lordi l'ora. Nel caso in cui il tempo stimato dalla Piattaforma per le consegne risultasse inferiore ad un'ora l'importo dovuto verrà riparametrato proporzionalmente ai minuti stimati per le consegne effettuate».

connesso a meccanismi premiali della produttività, è di centrale importanza così come lo è la previsione secondo cui le parti si impegnano a monitorare l'operatività in concreto di tale forma di retribuzione premiale, che opererà in via sperimentale fino al 31 dicembre 2021, non escludendo, a partire dal 2022, di sostituirla con forme diverse di retribuzione di produttività o di rinnovarla individuando eventuali parametri aggiuntivi o differenti.

Questa volontà di adeguamento progressivo e condiviso delle regole contrattuali è rafforzato dall'istituzione di una apposita Commissione Bilaterale che avrà il compito di effettuare «una verifica sull'andamento e sull'impatto del Premio di valorizzazione, o del futuro Premio di risultato e potrà proporre eventuali modifiche al suo funzionamento, ivi compresa, tra le altre, anche l'ipotesi di un suo consolidamento parziale, tenendo conto della media di raggiungimento dell'obiettivo di due ordini per ora».

La sfida al sistema Assodelivery è lanciata, il successo di tale modello contrattuale potrebbe far finalmente entrare nei borsoni dei riders, oltre al cibo da consegnare, la garanzia di una giusta e dignitosa retribuzione.

Bibliografia

- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, 2020, 2, R.6192.
- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclotattorini*, in *LLI*, 2019, 2, I.1-56.
- Bavaro V., *Il Ccnl Assodelivery-Ugl: 4 problemi fra diritto e ideologia*, in *Il diario del lavoro*, 24 settembre 2020, in www.ildiariodellavoro.it/il-ccnl-assodelivery-ugl-4-problemi-fra-diritto-e-ideologia/.
- Carabelli U., Fassina L. (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Roma, Ediesse, 2020.
- Carinci M.T., *I contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro alla luce di Cass. n. 1663/2020*, in *RIDL*, 2020, I, 50-59.
- Carinci M.T., *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. n. 1663/2020: verso un nuovo di sistema di contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro*, in *DRI*, 2020, n. 2, 488-498.
- Cini L., Goldmann B., *Dal controllo alla mobilitazione. Le lotte dei ciclotattorini e dei facchini della logistica in Italia*, in *LLI*, 2020, 1, 1-34.
- Di Meo R., *Le tutele in caso di disoccupazione nella l. n. 128/2019*, in *LLI*, 2020, 1, 35-58;
- Forlivesi M., *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, in *LLI*, 2018, 1, 35-58.
- Giubboni S., *Nuove spigolature sui lavoratori delle piattaforme digitali*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 148/2021, 14 aprile 2021, in www.eticaeconomia.it/nuove-spigolature-sui-lavoratori-delle-piattaforme-digitali.
- Ichino P., *Contratto per i rider: è davvero "pirata"?*, in *lavoce.info*, 21 settembre 2020, in www.lavoce.info/archives/69553/contratto-per-i-rider-e-davvero-pirata.
- Marrone M., *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale: il caso Riders Union Bologna*, in *LLI*, 2019, 1, I. 1-28.
- Martelloni F., *CCNL Assodelivery – UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, in *QG*, 22 settembre 2020, in www.questionegiustizia.it/articolo/ccnl-assodelivery-ugl-una-buca-sulla-strada-dei-diritti-dei-rider
- Maresca A., *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in *DRI*, 2020, fasc. 1, I, 146-152.
- Maresca A., *Brevi cenni sulle collaborazioni etero-organizzate*, in *RIDL*, I, 73-87.
- Mazzotta O., *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclotattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, n. 1.
- Novella M., *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *LLI*, 2019, 1, 82-103.
- Pacella G., *Le piattaforme di food delivery in Italia: un'indagine sulla nascita delle relazioni industriali nel settore*, in *LLI*, 2019, 2, 179-195.
- Perulli A., *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come "orientarsi nel pensiero"*, in *DRI*, 2020, n. 2, 267-311.
- Razzolini O., *I confini tra lavoro subordinato, etero-organizzato e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *DRI*, 2020, n. 2, 345-379.
- Romei R., *I riders in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, in *RIDL*, 2020, I, 89-100.
- Rota A., *La tutela prevenzionistica dei riders nella legge n. 128/2019*, in *LLI*, 2020, 1, 59-86.
- Spinelli C., *Le nuove tutele dei riders al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative*, in *LLI*, 2020, 1, 87-105.
- Tiraboschi M., *Il CCNL Assodelivery-UGL Rider: le ragioni della contesa politico-sindacale e le (distinte) problematiche giuridiche che questo accordo solleva*, in *BA* 28 settembre 2020, n. 35, in www.bollettinoadapt.it/il-ccnl-assodelivery-ugl-rider-le-ragioni-della-contesa-politico-sindacale-e-le-distinte-problematiche-giuridiche-che-questo-accordo-solleva/.
- Vitaletti M., *Compenso "negoziato" e lavoro autonomo su piattaforma digitale*, in *LLI*, 2020, 1, 106-129.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**L'accordo integrativo aziendale Takeaway.com:
il profilo prevenzionistico**

ANNA ROTA
Università di Bologna

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





L'accordo integrativo aziendale Takeaway.com: il profilo prevenzionistico

ANNA ROTA

Università di Bologna

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro

anna.rota2@unibo.it

ABSTRACT

The article focuses on Takeaway.com's collective agreement, signed with the traditional trade unions. In particular, the author addresses the provisions on the health and safety protection of riders.

The author first highlights the legislation on health surveillance and on the intensity of cooperation required from the worker.

The analysis then focuses on the insurance protection that the company offers in the case of death or permanent disability of the worker and in relation to injuries that the rider may cause to third parties or their property.

The aim of the article is to highlight any deviations from the protection discipline provided by Legislative Decree 81/2008.

Keywords: riders; collective bargaining; health and safety at work; life insurance protection; insurance protection in the event of civil liability.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13174>

L'accordo integrativo aziendale Takeaway.com: il profilo prevenzionistico

SOMMARIO: 1. Le previsioni riguardanti la salute e la sicurezza: un tassello fondamentale d'un innovativo modello organizzativo a tutela dei *riders*. – 2. Art. 2: la sorveglianza sanitaria preventiva in fase preassuntiva. – 3. Art. 19: estensione dell'obbligo di sicurezza, dispositivi di protezione individuale e pandemia da SARS COV 2. – 4. Segue. Le modalità di erogazione della formazione ed i riflessi sul versante delle responsabilità. – 5. Artt. 20 e 21: la tutela assicurativa sulla vita e per la responsabilità civile. – 6. Per concludere.

1. Le previsioni riguardanti la salute e la sicurezza: un tassello fondamentale d'un innovativo modello organizzativo a tutela dei *riders*

Alta rimane l'attenzione sul lavoro dei *riders* e, nella specie, relativamente alle istanze della salute e sicurezza. Dopo aver contrassegnato parte del contenzioso durante l'emergenza sanitaria da SARS COV 2 ⁽¹⁾, la tematica prevenzionistica torna a guadagnare centralità nell'ambito d'un accordo integrativo aziendale sottoscritto dalle storiche organizzazioni sindacali dei lavoratori (FILT CGIL, FIT-CISL, UIL Trasporti a cui si sono affiancate, per esigenze espressamente citate nell'accordo, NIDIL CGIL, FELSA CISL e UILTEMP) con Takeaway.com Express Italy, impresa del Gruppo Just Eat.

Si tratta di una intesa siglata a pochi giorni dalla firma con Assodelivery e alla presenza del Ministro del Lavoro d'un «Protocollo quadro sperimentale per la legalità, contro il caporalato, l'intermediazione illecita e lo sfruttamento lavorativo nel settore del *food delivery*»⁽²⁾, che nella salute e sicurezza del lavoro individua un tassello fondamentale di «un modello organizzativo innovativo» a

⁽¹⁾ Su cui sia consentito rinviare ad A. Rota, *Sulla (in)effettività dei diritti dei gig workers al tempo di Covid-19*, *Ec. Soc. Reg.*, 2020, XXXVIII, 91 – 100.

⁽²⁾ Per inciso con il protocollo per la legalità le imprese aderenti ad Assodelivery s'impegnano ad adottare un modello *ex d.lgs. n. 231/2001* mediante il quale prevenire condotte scorrette all'interno dell'impresa ed alla cui vigilanza è preposto uno specifico organismo, incaricato anche di segnalare eventuali irregolarità alla Procura della Repubblica. Resta evidente l'influenza esercitata dalle inchieste giudiziarie della Procura di Milano e dai relativi provvedimenti penali. In tema v. G. Cassano, *Uber e il caporalato digitale: lo "smascheramento dell'algoritmo delle piattaforme"*, *Labor*, 2020, 5, 655-665; A. Esposito, *I "riders" di Uber Italy s.r.l.*, *RIDL*, 2020, 3, 558-565; E. Tomasinelli, *La tutela penale dei riders tra gig economy e caporalato digitale*, *RPen*, 2020, 10, 863-869.

vario modo strutturato ed alternativo a quello delineatosi nel CCNL sui collaboratori autonomi che Assodelivery e UGL-riders hanno sottoscritto a settembre 2020⁽³⁾.

Più precisamente, le garanzie prevenzionistiche sono inserite all'interno di un accordo sindacale che, replicando il modello adottato (a maggio 2019) nell'Accordo quadro *Riders* Toscana⁽⁴⁾, prevede di utilizzare il contratto di lavoro subordinato per l'assunzione dei ciclofattorini unitamente alla applicazione del CCNL Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione per come integrato dalle *policy* aziendali. Attraverso un modello di regolazione che, per via negoziale, contribuisce ad assicurare un «luminoso futuro»⁽⁵⁾ all'art. 2094 c.c., gli agenti collettivi definiscono un quadro di tutele «adattate» alle particolari modalità di svolgimento della prestazione⁽⁶⁾ e da cui non è difficile desumere la non marginalità della protezione della salute e sicurezza del lavoro.

Oltre a quanto sancito nella specifica sezione (cfr. Sezione V. Salute e sicurezza sul lavoro), riferimenti al tema sono contenuti nella disciplina sulle visite preventive in fase preassuntiva (cfr. art. 2, sezione sui «Rapporti di lavoro») e nell'art. 18 che, nella sezione IV (dedicata al trattamento economico), si occupa del premio di valorizzazione e della relativa quantificazione. A quest'ultimo proposito le parti firmatarie individuano nella sicurezza del lavoro un limite alle consegne che il *rider* può effettuare in un'ora, contrastando così la possibile intensificazione della prestazione che il riconoscimento a livello negoziale d'un *surplus* retributivo può alimentare.

Di seguito alcune brevi notazioni, partendo dalla disciplina relativa alla sorveglianza sanitaria.

⁽³⁾ Su cui v. le note critiche di F. Carinci, *Il C.C.N.L. sui collaboratori autonomi del 14 settembre 2020*, *LG*, 2020, 11, 1045 – 1054; M. Tiraboschi, *Il CCNL Assodelivery-UGL Rider: le ragioni della contesa politico-sindacale e le (distinte) problematiche giuridiche che questo accordo solleva*, *BA* 28 settembre 2020, n. 35.

⁽⁴⁾ Si tratta d'un accordo collettivo siglato con l'azienda Laconsegna srl e volto ad assumere 20 *riders* con contratto di lavoro a tempo indeterminato, ai quali applicare la disciplina del rapporto di lavoro subordinato e le previsioni di cui all'accordo integrativo del CCNL Logistica.

⁽⁵⁾ Si mutua una espressione di M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, *LLI*, 2020, 2, R.61 e R.76.

⁽⁶⁾ Le specificità del lavoro dei *riders* giustificano diversi adattamenti. Oltre che in tema di salute e sicurezza del lavoro su cui infra, v. ad esempio gli artt. 5 e 15, rispettivamente in tema di part-time e indennità aggiuntive.

2. Art. 2: la sorveglianza sanitaria preventiva in fase preassuntiva

Tra le previsioni volte «all'inserimento dei Rider nel contesto normativo e organizzativo del lavoro subordinato», il primo riferimento al tema della salute e sicurezza del lavoro è contenuto nell'art. 2. «La società si riserva il diritto di richiedere al lavoratore che si candida allo svolgimento delle mansioni di *rider*, come condizione per l'assunzione, di sottoporsi a visita medica preventiva in fase preassuntiva o comunque entro il completamento del periodo di prova», asservendo tale attività di sorveglianza sanitaria alla «esclusiva finalità di accertare l'idoneità del candidato a svolgere le mansioni contenute nell'offerta di lavoro».

Tra le diverse osservazioni che sollecita il coordinamento con la tutela offerta dalla fonte legislativa, incluso con l'art. 5, co. 3, St. lav. ⁽⁷⁾, va anzitutto segnalata la scelta esplicitata dall'accordo di ricollegare il controllo sanitario all'esercizio di un diritto della società.

Procedendo ad un confronto con la legislazione in ambito prevenzionistico può osservarsi una differenza a livello lessicale: alla forma impersonale impiegata dall'art. 41, d.lgs. n. 81/2008 l'accordo in esame sostituisce una previsione che pare enfatizzare una valutazione di stretta competenza del datore e del dirigente i quali, proprio in ottemperanza agli obblighi *ex art.* 18, co. 1, lett. c) e g), d.lgs. n. 81/2008, sono anzitutto tenuti ad affidare i compiti lavorativi tenendo conto delle capacità e delle condizioni del lavoratore in rapporto alla relativa salute e alla sicurezza.

D'altro canto, non facilmente desumibili restano le ragioni in presenza delle quali la società può riservarsi di sottoporre il lavoratore all'insieme di atti medici finalizzati alla tutela dello stato di salute e sicurezza dei lavoratori. L'assenza di indicazioni circa il ricorso alla sorveglianza sanitaria preventiva in fase preassuntiva (oggi regolata dall'art. 41, co. 2 lett. e-bis, d.lgs. n. 81/2008 per come novellato dal d.lgs. n. 106/2009) aprirebbe ad una personalizzazione della strategia di prevenzione da ridimensionare tuttavia ad accertamenti coerenti *esclusivamente* con lo scopo perseguito dalla norma di legge (accertare l'idoneità alla mansione specifica) e da eseguire comunque a spese del datore di lavoro analogamente a eventuali esami clinici e biologici o indagini

⁽⁷⁾ Sui dubbi sollevati (per la violazione dei principi di dignità e per il controverso coordinamento con l'art. 5 St.lav.) dalla codificazione della visita preventiva in fase preassuntiva v., fra gli altri, R. Bortone, *Sezione V. Sorveglianza sanitaria* in C. Zoli (a cura di) *I. Principi comuni in La nuova sicurezza sul lavoro. Commentario diretto da Luigi Montuschi, Zanichelli*, 2011, 469; C. Lazzari, *L'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione: soggetti ed obblighi tecnici*, in G. Natullo (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, 2015, spec. 787-788.

diagnostiche che si rivelassero necessari. Esclusa la legittimità di pratiche eugenetiche, l'attività sanitaria può riguardare la verifica di assenza di condizioni di alcol dipendenza e, sempre in considerazione delle particolari modalità di svolgimento del lavoro, essere finalizzata ad escludere l'assunzione di sostanze psicotrope e stupefacenti. Restano inoltre da osservare le previsioni legislative che circoscrivono l'ambito delle indagini sul lavoratore: il controllo sanitario non deve volgere all'accertamento dello stato di gravidanza né violare i divieti sanciti da altre normative vigenti. Ricollegare la previsione negoziale alle norme che il d.lgs. n. 81/2008 dedica alla sorveglianza sanitaria implica inoltre che l'eventuale giudizio d'ineidoneità può – al pari delle altre tipologie di sorveglianza sanitaria - essere contestato dal lavoratore (o aspirante tale) dinnanzi all'autorità di vigilanza competente per territorio. Parallelamente, nel caso di mancata assunzione non può escludersi la facoltà di esperire l'azione risarcitoria ove ne sussistano le condizioni.

È poi da segnalare che l'accordo resta carente di indicazioni rispetto al soggetto cui demandare tale atto di sorveglianza sanitaria. Salvo più puntuali indicazioni nelle *policy* aziendali che andranno a integrare l'accordo Takeaway.com, l'adempimento in esame, ove inteso come attuativo del d.lgs. n. 81/2008, potrà coinvolgere alternativamente il medico competente e i dipartimenti di prevenzione delle ASL, inclusi i medici con funzioni ispettive nel settore della salute e sicurezza del lavoro.

Un supplemento d'indagine richiede il tentativo di associare la previsione negoziale all'art. 5, co. 3, St. lav., escludendo di quest'ultimo la implicita abrogazione ad opera del d.lgs. n. 81/2008⁽⁸⁾. Anche la disposizione statutaria, ai sensi della quale il datore ha *facoltà* di far controllare l'idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici e istituti specializzati di diritto pubblico, reca tutta la complessità e delicatezza d'un temperamento che,

⁽⁸⁾ Secondo C. Lazzari, *Visite preassuntive e privacy*, GDLRI, 2000, 1, 142, il campo di applicazione del d.lgs. n. 626/94 è costituito dalla sorveglianza sanitaria obbligatoria mentre l'art. 5 St. lav. si occupa soltanto di accertamenti sugli assunti e candidati all'assunzione che siano facoltativamente predisposti dal datore nel proprio interesse. Sul rapporto di complementarità e di non incompatibilità dello Statuto al d.lgs. 626/94 si è espressa Cass. Pen. III, 21 gennaio 2005, n. 1728. Sul "corto circuito" innescato dalla sovrapposizione dei soggetti legittimati ad effettuare controlli sanitari sul lavoratore v., durante la vigenza del d.lgs. 626/1994, V. Bavaro, *L'incerto corto circuito tra l'art. 5 dello Statuto dei lavoratori e l'art. 6 del decreto 626/1994* in M. Ricci (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, Cacucci, 1999, 87 ss.: dopo aver supposto una sterilizzazione della norma statutaria, ne rileva la differente funzione dalla disposizione contemplata nel diritto prevenzionistico. Un apparente contrasto sussiste anche durante la vigenza del d.lgs. n. 81/2008 secondo P. Albi, *Sezione V. Sorveglianza sanitaria in Commentario breve alle leggi sul lavoro*, a cura di R. De Luca Tamajo – O. Mazzotta, VI ed., Wolters Kluwer, 2018, 2487.

tra l'altro, non può ignorare le istanze di tutela della *privacy* del lavoratore e parimenti l'interesse dell'imprenditore ad utilizzare personale che sia in grado di lavorare ⁽⁹⁾.

Ravvisare nell'art. 2 dell'Accordo Takeaway.com una attuazione della disciplina statutaria - cogliendo di quest'ultima "segnali di vita"⁽¹⁰⁾ anche a distanza di oltre 50 anni dalla sua introduzione - consentirebbe di risolvere una delle questioni che restano altrimenti irrisolte ancorando la disposizione negoziale alle regole fissate dal d.lgs. n. 81/2008. Senz'altro potrà escludersi che il controllo sanitario competa al medico "scelto e retribuito" dal responsabile d'impresa, vale a dire ad un soggetto che nelle intenzioni del legislatore del 1970 non appariva pienamente capace di garantire l'imparzialità del controllo⁽¹¹⁾ né totalmente in condizione di rendere "una valutazione obiettiva e disinteressata" (C. cost. 5 febbraio 1975, n. 23)⁽¹²⁾. Qualche incongruenza affiora invece nel momento in cui si confrontano le finalità: l'art. 5, co. 3, St. lav., si occupa di accertamenti sanitari sull'idoneità fisica generale del lavoratore, mentre l'accordo ricollega in maniera esplicita la sorveglianza sanitaria alla verifica della idoneità alle mansioni contenute nell'offerta di lavoro ⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ Sul punto cfr. C. Lazzari, *Visite preassuntive e privacy*, cit., 126 ss.; V. Bavaro, *op. cit.*, 89.

⁽¹⁰⁾ La stessa espressione è riportata, a margine di una riflessione sull'attuale contesto emergenziale, da M. Giacconi, *Gli accertamenti sanitari sui lavoratori. Segnali di vita dall'art. 5 St. lav., Labor*, 2021, 171 ss.

⁽¹¹⁾ In proposito A. Vallebona, *Le visite di preassunzione di fronte al sistema dell'art. 5 dello statuto dei lavoratori*, RIDL, 1975, 231 ss.

⁽¹²⁾ L'introduzione del medico competente è stata comunque collegata ad una specifica natura giuridica pubblicistica, ciò anche in presenza d'un rapporto lavorativo con l'impresa. In tema v. già P. Tullini, *La responsabilità civile del medico competente verso l'azienda*, RIDL, 2002, I, 219. Sulla figura del medico competente come espressione d'un fine pubblico v. anche i recenti provvedimenti del Garante, incluso da ultimo il documento n. 198 del 13 maggio 2021 contenente indicazioni generali per l'avvio delle vaccinazioni in azienda. Nell'operato del Medico competente si ravvisa un interesse pubblico individuato e regolato dalla legge. Cfr., tra gli altri, i provvedimenti pubblicati alla pagina www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9585300.

⁽¹³⁾ Sulla diversità di funzioni tra la disciplina statutaria e quella introdotta dal d.lgs. n. 81/2008 v. M. Corrias, *Sicurezza e obblighi del lavoratore*, Giappichelli, 2008, 96 e V. Bavaro, *op. cit.*, 90 il quale distingue tra accertamenti relativi all'idoneità fisica generale a svolgere qualsiasi mansione (oggetto dell'art. 5 St. lav.) e quelli riguardanti le qualità fisiche specifiche necessarie allo svolgimento di una determinata mansione.

3. Art. 19: estensione dell'obbligo di sicurezza, dispositivi di protezione individuale e pandemia da SARS COV 2

Passando ai contenuti della sezione V, il debito di sicurezza si declina in diverse direzioni.

Ai sensi dell'art. 19, co. 1 dell'Accordo Takeaway.com, la Società s'assume la responsabilità di garantire la sicurezza e la salute dei propri lavoratori subordinati senza trascurare la molteplicità di soggetti che possono essere coinvolti nello svolgimento delle attività dei *riders*.

Alle parti stipulanti non sfugge l'esposizione debitoria del responsabile d'una organizzazione produttiva nei confronti di quanti possono entrare in contatto con le attività dell'impresa. Tra questi ultimi possono richiamarsi gli utenti dei servizi erogati dalle piattaforme e, trattandosi di prestazioni che parzialmente si svolgono su strada, le persone in transito nello stesso percorso del *rider*⁽¹⁴⁾. Mediante l'intervento dell'autonomia privata di tipo collettivo, l'attività di prevenzione s'estende dunque, conformemente alle disposizioni del d.lgs. n. 81/2008, al di fuori del circoscritto perimetro del contratto di lavoro⁽¹⁵⁾.

Quanto alle misure concretamente rivolte ai lavoratori assunti come subordinati si menzionano a titolo esemplificativo la fornitura del casco, della tuta per la pioggia, della giacca ad alta visibilità e di ogni altro presidio adatto alle specificità del lavoro reso⁽¹⁶⁾. A quest'ultimo riguardo l'intesa riconduce al datore la scelta dei più idonei e appropriati dispositivi di sicurezza, da individuare – secondo i precetti legislativi – in collaborazione con il Servizio di Prevenzione e Protezione ed il medico competente nonché previa consultazione del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. Per inciso, è proprio a garanzia della effettività della partecipazione sindacale che l'art. 19, co. 1 dell'Accordo fa gravare sulla società il «supporto organizzativo» anzitutto per le procedure d'elezione dei soggetti di cui all'art. 47, d.lgs. n. 81/2008.

A ciò si aggiunge che per tutto il protrarsi della pandemia da SARS COV-2 il lavoratore dovrà essere salvaguardato anche conformemente alle precauzioni definite nell'ambito dei protocolli sottoscritti a livello nazionale

(14) A questa finalità rispondono anche i protocolli territoriali che si stanno sottoscrivendo con il coinvolgimento del Ministero delle Infrastrutture e delle Direzioni regionali dell'INAIL.

(15) Sui confini del concetto di prevenzione v. da ultimo S. Buoso, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, 2020.

(16) Per inciso, molte sono le congruenze con il punto 6 dell'Accordo integrativo del CCNL Logistica siglato il 18 luglio 2018.

per fronteggiare e prevenire la diffusione del Covid 19 nei contesti produttivi (art. 19, ult. co. dell'Accordo in esame). In concreto troveranno applicazione misure non dissimili da quelle richiamate dai giudici cautelari nell'ambito di procedimenti avviati da *riders* autonomi per contestare l'assoluta inottemperanza delle piattaforme rispetto alle vigenti disposizioni prevenzionistiche⁽¹⁷⁾.

Nondimeno merita di essere richiamata, benchè nel testo rimanga ignorata, la disposizione codicistica di cui all'art. 2087 c.c. che pacificamente trova applicazione in tutte le prestazioni di lavoro subordinato, incluse quelle considerate dall'accordo Takeaway.com. Il portato dinamico/aperto del precetto e la sua declinazione in base alla particolarità del lavoro, all'esperienza ed alla tecnica/tecnologia rendono la condotta esigibile dal datore come un adempimento che, ispirato al paradigma della massima sicurezza possibile, richiede continui aggiustamenti e integrazioni. Ma v'è di più. Conformemente alla lettura offerta dai giudici, la norma codicistica va proiettata anche a tutela del lavoratore che sia destinatario di molestie da parte dei clienti o di terzi; ad eguali considerazioni deve pervenirsi nel caso di prestatore di lavoro risultato vittima di attività criminose come una rapina⁽¹⁸⁾. Non pare infatti estranea al contesto dei *riders* l'operatività dell'indirizzo interpretativo che nell'area di responsabilità del datore riconduce anche gli eventi lesivi, prevedibili e non esorbitanti dalla sua sfera di competenza, cagionati da soggetti terzi (rispetto alla relazione instaurata tra il debitore di sicurezza ed il lavoratore). Lungi dall'introdurre una responsabilità di tipo oggettivo (come fra le altre di recente ha escluso Cass. 25 febbraio 2021, n. 5355), il titolare del potere decisionale e di spesa nell'impresa potrà essere chiamato a rispondere, sulla scorta dei principi di prevedibilità ed evitabilità, anche per la sottovalutazione dei rischi insiti nell'ambiente e di quelli derivanti dall'azione di fattori ad esso esterni ed inerenti il luogo di lavoro in cui tale ambiente si trova⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Più nel dettaglio cfr. 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, 776-785; M. Biasi, *La salute e la sicurezza dei "riders" al tempo del Covid 19*, *DRI*, 2020, 3, 841-847; D. Draetta, *Il lavoro dei "riders" ai tempi del Covid 19*, *RIDL*, 2020, 3, 475-480.

⁽¹⁸⁾ Sull'esposizione a queste tipologie di rischi v. già EU-OSHA, *A review on the future of work: online labour exchanges or crowdsourcing: implications for occupational safety and health*, discussion paper 11 giugno 2015.

⁽¹⁹⁾ V. A. Allamprese - O. Bonardi, *Salute e sicurezza del lavoro nella logistica*, *RGL*, 2020, 436 ss.

4. Segue: le modalità di erogazione della formazione ed i riflessi sul versante delle responsabilità

Ulteriori riflessioni sollecita la previsione negoziale (di cui all'art. 19, co. 2) in forza della quale «le particolari modalità di svolgimento della prestazione lavorativa» giustificano la «modalità telematica e digitale, anche asincrona», relativamente alla erogazione di *tutti gli obblighi formativi* in materia.

L'esercizio della funzione integrativa che la vigente legislazione prevenzionistica assegna agli agenti collettivi induce a considerare la rispondenza dell'accordo agli obiettivi dell'ottimale funzionamento della prevenzione dei rischi professionali e dell'incremento del livello di consapevolezza dei lavoratori⁽²⁰⁾.

Da considerare è soprattutto la scelta di valorizzare metodologie didattiche che nell'ambito della salute e sicurezza del lavoro non sempre hanno ricevuto un particolare *favor*. Si consideri che la predilezione verso la formazione sincrona (come assicurano sia la *web conference* ed ove possibile quella in presenza) è stata confermata anche durante la pandemia (cfr. art. 1, co. 9, lett. s del DPCM 3 novembre 2020; le Faq elaborate dal Ministero del lavoro sul tema della SSL e di recente 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 6 aprile 2021) ⁽²¹⁾.

Eguale meritevole di notazione risulta l'indicazione del termine entro il quale completare la formazione. Rispetto alle indicazioni fornite dall'Accordo Stato Regioni e Province Autonome del 21 dicembre 2011, l'intesa in esame fissa in 120 giorni, e non in 60 giorni, il tempo entro il quale adempiere all'obbligo formativo del nuovo assunto. L'ampliamento del termine per ottemperare alla prescrizione di cui all'art. 18, d.lgs. n. 81/2008 resta tuttavia discutibile sotto vari aspetti⁽²²⁾, ancor più nel caso di adozione di modalità asincrone. Quest'ultima non presenta la rigidità delle attività svolte in

⁽²⁰⁾ Su entrambe le finalità della formazione nel settore della SSL v. P. Tullini, *La formazione per la sicurezza sul lavoro*, DSL, 2017, 1, 75.

⁽²¹⁾ Nel caso di formazione in presenza è tuttavia da assicurare il rispetto delle misure contemplate nel «Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione» che l'INAIL ha pubblicato.

⁽²²⁾ Si amplificano le criticità già segnalate da P. Pascucci, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, DSL, 2019, 1, 51-52: nel prevedere un termine di 60 giorni che rischia di pregiudicare la stessa funzione della formazione, l'A. ha ipotizzato di anticipare l'erogazione della formazione generale in momenti precedenti la costituzione del rapporto.

presenza o in video-conferenza, né gli aggravati anche logistici che la formazione sincrona comporta.

Conformemente all'art. 37, d.lgs. n. 81/2008 ed alle recenti previsioni dell'accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro, si tratta di un adempimento da svolgere, indipendentemente dalla modalità che in concreto sarà adottata, durante l'orario di lavoro ed a cui prestare particolare cura e attenzione in quanto tassello fondamentale del sistema di prevenzione dei rischi professionali ed in specie della cooperazione che lo stesso accordo esige dal lavoratore. Ai sensi dell'art. 19, co. 3 dell'Accordo il *rider* non deve mettere a rischio colleghi e terzi, deve assicurarsi di avere piena conoscenza delle disposizioni aziendali ed ove persistano dubbi in merito a qualsiasi aspetto connesso alla prevenzione dei rischi professionali deve rivolgersi al *line manager*. Per inciso, quest'ultima figura rileva in più punti dell'accordo, risultando il soggetto che *ex art. 7* rilascia l'autorizzazione di lavoro straordinario e che definisce e comunica la *waiting area* e pausa rispettivamente ai sensi degli artt. 10 e 12.

Premessa la parziale coincidenza con il catalogo degli obblighi sanciti *ex art. 20*, d.lgs. 81/2008, al lavoratore si chiede una partecipazione attiva e consapevole, che in buona parte non può che dipendere anche dalla qualità del processo educativo. Quest'ultimo, per definizione giuridica, è costruito su conoscenze e procedure nonchè basato sull'acquisizione di competenze utili per lo svolgimento in sicurezza dei compiti in azienda, a partire da quelle necessarie per identificare, ridurre e gestire i rischi professionali. È dunque chiaro che le caratteristiche della formazione rilevano per valutare la quota di responsabilità eventualmente addebitabile al lavoratore nel caso di lesioni a danno di colleghi e/o terzi.

D'altro canto, per garantire l'efficacia ed adeguatezza della formazione restano ovviamente vigenti gli obblighi relativi alla formazione destinata al lavoratore straniero. Data la variegata composizione dei *rider*s, anche sul piano della provenienza geografica⁽²³⁾, l'accordo Takeaway.com mostra scarsa attenzione alle previsioni di cui all'art. 37, co. 13, d.lgs. n. 81/2008 in forza del quale l'erogazione della formazione a lavoratori stranieri deve essere preceduta da una verifica della comprensione e conoscenza della lingua veicolare utilizzata nel percorso formativo. A questo proposito si delinea una delle

⁽²³⁾ Ciò emerge ad es. dal decreto del Trib. Milano che ha disposto l'amministrazione giudiziaria di Uber Italy. In tale provvedimento si rappresenta la particolare vulnerabilità sociale dei soggetti reclutati, di cui una parte composta da migranti richiedenti asilo in permesso di soggiorno.

principali incongruenze con quanto contemplato per i *riders* di Just Eats Italy dal “Documento di sintesi dei punti principali a tutela dei corrieri del Protocollo in materia di salute e sicurezza sul lavoro” del febbraio 2021. Ai sensi di quest’ultimo la formazione obbligatoria viene erogata *online* ed in quattro lingue, precisandosi altresì che in caso di superamento del test finale al lavoratore viene rilasciata la relativa certificazione.

L’inosservanza anche d’una sola parte dei doveri che la società deve assolvere nell’erogazione della formazione obbligatoria lascia ovviamente impregiudicato l’esercizio degli strumenti di autotutela di cui al d.lgs. 81/2008 ed *ex art.* 1460 c.c. rispetto a tutte le ipotesi di anomalie e *deficit* della strategia prevenzionistica, incluse quelle segnalate dal lavoratore che restino ignorate dal *line manager*.

In conclusione, pur restando evidente il chiaro rafforzamento del ruolo collaborativo del lavoratore (enfaticizzato come anticipato anche nella parte dell’accordo che esige dal lavoratore l’assicurarsi di avere piena conoscenza delle disposizioni aziendali), nessuna lettura dell’accordo potrà ammettere deroghe *in peius* al principio della responsabilità datoriale fissato dall’art. 5, co. 3, dir. 89/391/CE⁽²⁴⁾.

5. Artt. 20 e 21: la tutela assicurativa sulla vita e per la responsabilità civile

A completare la sezione V intervengono previsioni che a favore del *riders* individuano una tutela assicurativa della vita (art. 20) e relativamente alla sfera della responsabilità civile (art. 21). Si tratta di previsioni atte a formalizzare l’impegno della società nella stipula di apposite polizze assicurative con riguardo ad infortuni sul lavoro da cui consegua la morte o l’invalidità permanente del lavoratore (con scadenza fissata al 31 dicembre 2021) ed in relazione ad eventi da cui derivino lesioni fisiche a terzi o danni alla relativa proprietà.

Come precisato dall’Accordo, sono provvidenze che integrano le prestazioni economiche di competenza degli istituti nazionali di assistenza e previdenza.

⁽²⁴⁾ V. *funditus* P. Tullini, *Sicurezza sul lavoro: posizione di garanzia del datore e concorso di colpa del lavoratore*, *Labor*, 2017, 2, 125 ss.

Differentemente dalla critica sollevata in precedenza, qui l'accordo appare molto dettagliato, al punto da offrire una chiara proceduralizzazione delle azioni ricadenti, a seconda dei casi, sull'impresa o sul lavoratore.

Nel caso di infortunio del lavoratore, sulla società incombe l'onere di informare tempestivamente i parenti della vittima e di versare un indirizzo forfettario al lavoratore, eccettuato il caso del decesso del lavoratore. Nell'ipotesi di infortunio mortale, l'indennizzo sarà corrisposto *in primis* al coniuge del lavoratore o - conformemente ai nuovi modelli familiari - al *partner*, a patto che la convivenza sia comprovata da un accordo autentificato che ne attesti la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico. In subordine viene individuato un elenco di potenziali beneficiari, assegnando precedenza a eventuali figli.

Mutuando quanto previsto dall'indirizzo giurisprudenziale espressosi in relazione all'esonero della responsabilità datoriale, la parte finale dell'art. 20 dell'accordo Takeaway.com esclude il riconoscimento di indennizzi ove l'infortunio consegua ad una condotta dolosa o penalmente rilevante del lavoratore oltre che ad ulteriori circostanze come l'assunzione di bevande alcoliche. Tenendo conto della formulazione della previsione e della relativa natura esemplificatrice, eguali conclusioni possono senz'altro svolgersi qualora il lavoratore abbia fatto uso di stupefacenti o di altre sostanze in grado di alterare la diligente esecuzione della prestazione.

Quanto all'assicurazione incidente sulla responsabilità civile, gli obblighi informativi ricadono sul *rider*. A quest'ultimo spetta avviare una procedura che origina dalla segnalazione tempestiva (immediata) al *live operation agent* e che coinvolge ulteriori soggetti. Secondo l'art. 21 dell'Accordo in esame, il personale amministrativo della società dovrà consultare il già citato *line manager* ed informare il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. A riguardo viene anche procedimentalizzata l'attività di consegna della merce. Con una regola che non si scosta molto dalle disposizioni vigenti durante la pandemia da SARS COV 2, eventuali interferenze con l'abitazione dell'utente della piattaforma sono escluse a monte: il meccanismo che attiva la polizza assicurativa *ex art. 21* dell'Accordo esige dal lavoratore che la merce venga consegnata sulla porta del cliente. Eventuali violazioni determineranno il venir meno dell'assicurazione ed il conseguente accollo della responsabilità risarcitoria in capo al *rider*.

6. Per concludere

Nell'intento di favorire un equo bilanciamento tra le esigenze dell'impresa datrice e quelle di tutela del lavoro, le parti coinvolte nella stesura dell'accordo Takeaway.com hanno elaborato un testo che in tema di salute e sicurezza presenta molteplici spunti d'interesse.

Dalle previsioni esaminate si ricava un tentativo regolativo che in via sperimentale – pur in maniera non sempre convincente - adatta la subordinazione ed il relativo regime protettivo anche in ordine alla salute e sicurezza del *rider*.

Al di là dei denunciati limiti del testo negoziale, ne discende un “caso pilota” che, al netto di alcune modificazioni da porre all'attenzione della Commissione bilaterale istituita *ex art.* 24 dell'Accordo, può candidarsi a riferimento per tutte le occupazioni proprie dell'economia digitale, specie quelle che attendono un intervento eteronomo e l'attribuzione di specifiche tutele atte a governare anzitutto la presenza di «aggravanti trasversali di rischi tradizionali»⁽²⁵⁾.

Cautele provengono da quanti guardano con disincanto alla soluzione del riassorbimento di tutti i *riders* all'interno del lavoro subordinato. Tra gli argomenti più rilevanti si segnala che «i costi per le piattaforme sarebbero alti con riferimento non tanto al salario, sul quale si è visto (anche nell'esempio del contratto UGL) che vi è disponibilità a riconsiderare le tradizionali modalità e quantità, quanto piuttosto rispetto ai costi accessori che un lavoro subordinato porta con sé», evidenziando al contempo che talvolta sono gli stessi *riders* a nutrire poco interesse verso uno schema negoziale che riduce gli spazi di autonomia e flessibilità organizzativa per il lavoratore⁽²⁶⁾. Dalle prime notizie sull'attuazione dell'accordo è proprio in punto di disponibilità del lavoratore alla sorveglianza sanitaria in fase preventiva che si stanno registrando alcune delle principali resistenze all'inquadramento contrattuale entro l'alveo della subordinazione

Prove di questa spaccatura interna alla stessa categoria dei ciclo-fattorini sono evidenti anche nelle recenti dinamiche conflittuali. Allo sciopero dello scorso 26 marzo promosso per riconoscere ai *riders* la subordinazione ed i relativi trattamenti di tutela si è contrapposto quattro giorni dopo quello

⁽²⁵⁾ Così S. Caffio, *La tutela della salute e della sicurezza nel lavoro tramite piattaforme digitali*, *LG*, 2021, 4, 341.

⁽²⁶⁾ F. Seghezzi, *Come risolvere il problema dei diritti dei rider senza assumerli tutti*, *BA* 6 aprile 2021, n. 13.

promosso da UGL, in difesa dell'autonomia della relazione di lavoro con la piattaforma digitale utilizzando lo *slogan* «Io resto autonomo».

In conclusione, al futuro prossimo resta consegnato il successo/l'insuccesso di questa rinnovata vitalità delle parti sociali e della relativa capacità di intercettare i reali bisogni di tutela, a partire da quelli connessi alla garanzia della salute e sicurezza del lavoro fuori dai tradizionali luoghi di svolgimento della prestazione.

Bibliografia

- Albi P., *Sezione V. Sorveglianza sanitaria* in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, a cura di R. De Luca Tamajo – O. Mazzotta, sesta edizione, Wolters Kluwer, 2018, 2485- 2487.
- Allamprese A.- Bonardi O., *Salute e sicurezza del lavoro nella logistica*, in *RGL*, 2020, 3, 430 – 449
- Barbieri M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *LLI*, 2020, 2, R.61 -R.93.
- Bavaro V., *L'incerto corto circuito tra l'art. 5 dello Statuto dei lavoratori e l'art. 6 del decreto 626/1994* in M. Ricci (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, Cacucci, 1999, 87 -
- Biasi M., *La salute e la sicurezza dei "riders" al tempo del Covid 19*, in *DRI*, 2020, 3, 841-847.
- Bortone R., *Sezione V. Sorveglianza sanitaria* in C. Zoli (a cura di) *I. Principi comuni* in *La nuova sicurezza sul lavoro. Commentario diretto da Luigi Montuschi*, Zanichelli, 2011, 462-471.
- Buoso S., *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, 2020.
- Caffio S., *La tutela della salute e della sicurezza nel lavoro tramite piattaforme digitali*, in *LG*, 2021, 4, 339 – 352.
- Carinci F., *Il C.C.N.L. sui collaboratori autonomi del 14 settembre 2020*, in *LG*, 2020, 11, 1045 – 1054.
- Cassano G., *Uber e il caporalato digitale: lo "smascheramento" dell'algoritmo delle piattaforme*, in *Labor*, 2020, 5, 655 – 665.
- Corrias M., *Sicurezza e obblighi del lavoratore*, Giappichelli, 2008.
- Donini A., *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*, in *Labor*, 2020, 6, 776-785.
- Draetta D., *Il lavoro dei "riders" ai tempi del Covid 19*, in *RIDL*, 2020, 3, 475-480.
- Esposito A., *I "riders" di Uber Italy s.r.l.*, in *RIDL*, 2020, 3, 558-565
- Giaconi M., *Gli accertamenti sanitari sui lavoratori. Segnali di vita dall'art. 5 St. lav.*, in *Labor*, 2021, 171- 190.
- Lazzari, *Visite preassuntive e privacy*, in *GDLRI*, 2000, 1, 122- 154.
- Lazzari C., *L'organizzazione del sistema aziendale di prevenzione: soggetti ed obblighi tecnici*, in G. Natullo (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, 2015, 735-792.
- Pascucci P., *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, in *DSL*, 2019, 1, 37-57.
- Rota A., *Sulla (in)effettività dei diritti dei gig workers al tempo di Covid-19*, in *Ec. Soc. Reg.*, 2020, XXXVIII, 91 – 100.
- Seghezzi F., *Come risolvere il problema dei diritti dei rider senza assumerli tutti*, in *Boll. ADAPT* 6 aprile 2021, n. 13.
- Tiraboschi M., *Il CCNL Assodelivery-UGL Rider: le ragioni della contesa politico-sindacale e le (distinte) problematiche giuridiche che questo accordo solleva*, in *BA* 28 settembre 2020, n. 35.
- Tomasinelli E., *La tutela penale dei riders tra gig economy e caporalato digitale*, in *Riv. pen.*, 2020, 10, 863 – 869.
- Tullini P., *La responsabilità civile del medico competente verso l'azienda*, in *RIDL*, 2002, I, 219- 240.
- Tullini P., *La formazione per la sicurezza sul lavoro*, in *DSL*, 2017, 1, 75 - 86.
- Tullini P., *Sicurezza sul lavoro: posizione di garanzia del datore e concorso di colpa del lavoratore*, in *Labor*, 2017, 2, 125 ss.

Vallebona A., *Le visite di preassunzione di fronte al sistema dell'art. 5 dello statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 1975, 231 – 250.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

I diritti sindacali (art. 22)

ROSA DI MEO

Università degli studi di Bari “Aldo Moro”

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695





I diritti sindacali (art. 22)

ROSA DI MEO

Università degli Studi di Bari «Aldo Moro»

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro

rosa.dimeo@uniba.it

ABSTRACT

The essay analyses the issue of the exercise of trade union rights under Article 22 of the company's collective agreement and any derogation to the provisions of the Workers' Statute, which is also expressly referred to in paragraph 1 of the provision in dispute.

Keywords: Assembly, referendum, trade union permits; exercise; derogations from the law.

<https://doi.org/.10.6092/issn.2421-2695/12978>

I diritti sindacali (art. 22)

Ai diritti sindacali è dedicato il capo VI dell'accordo integrativo aziendale stipulato tra Takeaway.com Express Italy e Filt, Fit e Uil Trasporti, capo che si compone di una sola norma che ne disciplina la modalità di esercizio.

L'art. 22, infatti, dispone che la società "garantisce l'esercizio dei diritti sindacali, nelle forme previste dalla legge e dal CCNL, a tutti i dipendenti".

Rispetto a questa prima garanzia, poi, la disposizione prosegue con norme di dettaglio che regolamentano il concreto esercizio dei diritti medesimi "tenendo conto della peculiare struttura del lavoro" subordinato dei *riders*.

In particolare, si prevede che "chi ricopre cariche sindacali usufruisce dei relativi permessi, preferibilmente in giorni diversi dai festivi, dal sabato e dalla domenica"; che "il diritto di affissione viene esercitato limitatamente alla propria sede legale e/o tramite bacheche digitali"; che "il diritto di assemblea viene esercitato in modalità digitale, oppure presso locali aziendali idonei allo scopo, messi a disposizione dalla Società o dalle Organizzazioni Sindacali firmatarie della presente intesa".

Per comprendere la portata della norma, è necessario effettuarne un'interpretazione non solo letterale ma sistematica: questa, infatti, non sembra *prima facie* aggiungere molto rispetto alle disposizioni contenute nel titolo III della l. n. 300/1970, che anzi riconoscono ai lavoratori diritti che non sono stati poi riproposti né nel CCNL logistica sul quale l'accordo si innesta⁽¹⁾ -che pure contiene alcune deroghe migliorative rispetto alla disciplina statutaria- né nel contratto integrativo in commento.

La disposizione contrattual-collettiva nazionale prevede all'art. 41 un regime diversificato a seconda del fatto che le imprese occupino o più o meno di quindici dipendenti, ma oggetto del presente commento sono solo le disposizioni applicabili alle imprese del primo tipo, essendo per ora del tutto improbabile che l'impresa occupi sino a quindici dipendenti.

Così, per quanto riguarda i permessi, il CCNL logistica del 2013 prevede la sola possibilità di fruire di quelli retribuiti ma per una durata

(1) Ovvero la possibilità di indire un referendum su materie inerenti l'attività sindacale, di godere di permessi non retribuiti per i dirigenti sindacali e di svolgere opera di proselitismo sui luoghi di lavoro; rispettivamente, artt. 21, 24 e 26, l. n. 300/1970. Con riferimento all'ultima delle norme citate, però, occorre precisare che l'art. 41, pt. III, del CCNL contiene una regolamentazione delle modalità di raccolta dei contributi sindacali, sicché rispetto all'art. 26, l. n. 300/1970 ciò che manca è la "sola" possibilità per i lavoratori di svolgere opera di proselitismo per le loro organizzazioni sindacali.

complessivamente⁽²⁾ superiore rispetto a quella stabilita dalle norme dello Statuto; invero, mentre l'art. 23 della l. 300 prevede che i permessi retribuiti non possono essere inferiori a otto ore mensili oppure ad un'ora all'anno per ciascun dipendente, a seconda delle dimensioni dell'azienda, il CCNL prevede che i dirigenti sindacali possano fruire di permessi retribuiti fino a ventiquattro giornate annue oppure ad un'ora e mezza l'anno per ciascun dipendente dell'unità produttiva aziendale.

Quanto poi al diritto di affissione e al diritto di svolgere assemblee retribuite, la norma del CCNL sostanzialmente ricalca quelle contenute agli artt. 25 e 20 dello Statuto dei lavoratori.

Nel CCNL, tuttavia, manca qualcosa rispetto quanto stabilito dalle disposizioni di legge, e manca anche nel contratto aziendale in oggetto, che, sulla falsariga del contratto che integra, si limita a ribadire, sia pur specificandone le modalità attuative, alcuni diritti; il tenore dell'art. 22, tuttavia, fa sorgere qualche dubbio interpretativo.

Con riferimento ai permessi sindacali, se da un lato l'art. 22 è migliorativo del contratto nazionale quanto alla titolarità⁽³⁾, dall'altro non chiarisce se per "permessi" si intendano solo quelli retribuiti –gli unici, come visto, previsti dal CCNL- oppure anche quelli non retribuiti –previsti dall'art. 24 dello Statuto, pure richiamato-, con la conseguenza che occorre comprendere se chi ricopre cariche sindacali abbia oppure no il diritto di fruire anche di permessi non retribuiti.

Sul punto, nel silenzio dell'accordo, per sciogliere il nodo in senso positivo soccorre la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale ha più volte affermato che la concessione di permessi non retribuiti "non è soggetta ad alcun potere discrezionale ed autorizzatorio da parte del datore di lavoro", fermo restando che essi "non possono essere utilizzati al di fuori della previsione normativa e per finalità personali o, comunque, divergenti rispetto a quelle per

⁽²⁾ Ovvero risultante dalla sommatoria delle ore lavorative previste per fruire dei permessi retribuiti e non.

⁽³⁾ Nel contratto integrativo si parla di "chi ricopre cariche sindacali" laddove nel CCNL si fa invece riferimento ai lavoratori "componenti gli organi esecutivi e/o direttivi" delle oo.ss. stipulanti, solo che nella norma del contratto Just Eat/Takeaway si prevede che tali permessi debbano essere fruiti preferibilmente in giorni diversi dai festivi e dal sabato e dalla domenica. Tale disposizione appare un ragionevole compromesso tra le opposte esigenze di garanzia di un servizio che in quei giorni subisce un incremento e la tutela delle rappresentanze sindacali, *a fortiori* perché è stato inserito l'avverbio "preferibilmente", che salva la disposizione da qualunque censura nella misura in cui consente ai titolari di fruire dei permessi in quei giorni qualora vi siano circostanze tali da non consentire ai titolari di attendere oltre.

le quali possono essere richiesti”⁽⁴⁾, onde anche se non esplicitamente regolamentati, si ritiene che essi spettino comunque ai rappresentanti sindacali per le finalità previste dall’art. 24, l. n. 300/1970.

Se non sorgono particolari criticità in ordine al diritto di affissione⁽⁵⁾, a dubbi maggiori si incorre leggendo la disposizione afferente il diritto di assemblea, perché l’art. 22 del contratto aziendale, nel richiamare espressamente la disposizione legale, da un lato prevede un obbligo di preavviso di convocazione di almeno 24 ore (salvi i casi di “gravissima ed estrema urgenza”), obbligo notoriamente assente nella disposizione statutaria; dall’altro prevede che la forma “normale” di esercizio sia quella svolta in modalità digitale ma che (ed è questa la disposizione foriera di maggiori dubbi interpretativi), ove si optasse per la presenza fisica dei lavoratori, i locali aziendali idonei allo scopo vengano messi a disposizione dalla Società “o dalle Organizzazioni Sindacali firmatarie della presente intesa”.

Il problema ben inteso potrebbe essere più teorico che pratico, posto che le peculiari modalità di esecuzione della prestazione suggeriranno agli interessati di utilizzare la prima delle due modalità, ma non passa inosservato il fatto che la disposizione sollevi il datore di lavoro dall’obbligo di mettere a disposizione dei lavoratori il locale ove poter svolgere l’assemblea.

Detto in altri termini, occorre anche qui comprendere se la disposizione dell’art. 22 del contratto aziendale costituisca un “adattamento” dell’art. 20 dello Statuto alle particolari modalità di esecuzione della prestazione dei *riders* (posto che l’unità produttiva si riferisce, ai sensi dell’art. 3, “alla sede della società, ad un Hub aziendale, ovvero al Comune, ovvero se presente l’area metropolitana, all’interno del quale verrà svolta la prestazione lavorativa”) oppure se la disposizione costituisca una deroga peggiorativa all’art. 20, co. 1, dello Statuto.

Sul punto, si ritiene che i soggetti firmatari dell’accordo aziendale abbiano posto in essere una deroga peggiorativa all’art. 20, co. 1 dello Statuto.

In altri termini, sollevando il datore di lavoro dall’obbligo di mettere a disposizione i locali ove poter svolgere l’assemblea, le parti hanno dimostrato di propendere (per lo meno ai fini dell’esercizio dei diritti sindacali) per un’interpretazione dell’art. 35 St. Lav. come limitata al solo co. 1 (“sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo che occupa più di quindici

⁽⁴⁾ Cass. 30 dicembre 2019, n. 34739, ma in precedenza, già Cass. 14 gennaio 2003, n. 454 e Cass. 20 novembre 1997, n. 11573 avevano affermato un principio del medesimo tenore.

⁽⁵⁾ Unica differenza tra il contratto nazionale e quello integrativo consiste nel fatto che quest’ultimo prevede il diritto “limitatamente alla propria sede legale e/o bacheche digitali” laddove il contratto nazionale parla genericamente di “posti di lavoro”: in effetti, i *riders*, non hanno un “posto di lavoro” diverso da quelli indicati all’art. 3 dell’accordo aziendale.

dipendenti”), quando invece la stessa norma al co. 2 fa salva la possibilità di ritenere che unità produttiva sia il perimetro di qualsiasi articolazione funzionale a garantire che l’impresa renda un servizio, onde il Comune o la Città metropolitana ben potrebbero integrare il requisito indicato.

L’accordo in commento, cioè, in linea con quanto disposto dallo stesso art. 3 del contratto aziendale prima richiamato, avrebbe potuto semplicemente non specificare nulla in ordine alla predisposizione del locale ove svolgere l’assemblea, consentendo cioè una reale interpretazione evolutiva delle norme statutarie, dalla quale si sarebbe potuto ricavare un onere per il datore di lavoro di predisporre un locale o un altro luogo per svolgere l’assemblea (ad esempio, per un’assemblea svolta lungo un viale, sarebbe rimasto fermo in capo al datore di lavoro l’obbligo di chiedere l’autorizzazione al Comune per la chiusura al traffico), ma nell’ambito di un’unità produttiva intesa in senso ampio quale struttura funzionalmente collegata all’erogazione del servizio di consegna a domicilio.

Manca completamente nell’intelaiatura delle norme contrattuali (sia nazionali che aziendali) qualsiasi riferimento al referendum, diritto invece non solo riconosciuto dall’art. 21 dello Statuto e richiamato dallo stesso art. 22 in commento, ma che anzi appare più facilmente esercitabile per i *riders*.

Se è infatti vero che il *referendum* può svolgersi solo al di fuori dell’orario di lavoro (potrebbe essere questa la ragione per la quale nulla è stato scritto sul punto), solo su convocazione di tutte le rappresentanze sindacali e solo su materie legate all’attività sindacale, è altresì vero che l’art. 21, co. 2, prevede espressamente la possibilità che la contrattazione collettiva stabilisca “ulteriori modalità per lo svolgimento del referendum”; con riferimento al diritto *de quo*, dunque, possiamo dire che le parti hanno perso un’occasione per disciplinare le modalità di esercizio del diritto in ragione della peculiare struttura del lavoro.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Quali diritti sindacali per le Unions dei *riders*?

FEDERICO MARTELLONI

Università di Bologna

vol. 7, no. 1, 2021

ISSN: 2421-2695



Quali diritti sindacali per le Unions dei *riders*?

FEDERICO MARTELLONI

Università di Bologna

Professore Associato di Diritto del lavoro

federico.martelloni2@unibo.it

ABSTRACT

The essay analyses the issue of the exercise of trade union rights in the workplace by informal trade union, according to the rules of the workers' statute. In particular, the legal nature of an agreement report is analyzed which, for the Author, constitutes a true collective agreement.

Keywords: trade union; trade union rights, informal trade union; collective agreement.

<https://doi.org/.10.6092/issn.2421-2695/13188>

Quali diritti sindacali per le Unions dei *riders*?

SOMMARIO: 1. Il ruolo delle Unions metropolitane nelle relazioni sindacali del *food-delivery*. – 2. La natura giuridica del “Verbale d’incontro” del 29 marzo 2021. – 3. L’agibilità sindacale delle Unions raccolte nella rete *Rider X i diritti*.

1. Il ruolo delle Unions metropolitane nelle relazioni sindacali del *food-delivery*

L’accordo integrativo aziendale stipulato tra Takeaway.com Express Italy e Filt, Fit e Uil Trasporti ha costituito l’esito – nel caso di specie, il felice approdo – di un articolato processo di conflitto e negoziazione che ha interessato il settore del *food-delivery* per oltre un triennio.

Senza poter ripercorrere, in questa sede, le numerose mobilitazioni dei rider che si sono susseguite dal noto “sciopero della neve” (Bologna, 17 novembre 2017) ⁽¹⁾ fino al *no delivery day* del 26 marzo 2021, giornata di mobilitazione nazionale lanciata dalla rete “Rider X i Diritti” ⁽²⁾ proprio alla vigilia della sottoscrizione del richiamato accordo integrativo, è bene sottolineare alcuni elementi di questo percorso molto rilevanti ai nostri fini.

La lunga stagione di mobilitazioni e trattative, nel settore della consegna di cibo a domicilio da parte di fattorini in motorino e bicicletta, guidati dagli algoritmi delle grandi piattaforme multinazionali, ha visto un inedito protagonismo di nuove forme di sindacalismo informale ⁽³⁾. In primo luogo, le Union metropolitane hanno dimostrato una notevole capacità organizzativa nell’ambito di un settore a bassissimo tasso di sindacalizzazione e adottato strumenti e pratiche di azione sindacale piuttosto originali, a partire dalla scelta

⁽¹⁾ N. Quondamatteo, *Non per noi ma per tutti. La lotta dei riders e il futuro del mondo del lavoro*, Asterios, 2019; M. Marrone, *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale: il caso Riders Union Bologna*, LLI, 2019, fasc. 1.

⁽²⁾ Cfr. V. Nicolosi, *Sciopero: dopo i corrieri Amazon è il turno dei rider*, *Micromega.net*, 25 marzo 2021.

⁽³⁾ Sulle esperienze di sindacalismo informale nel settore del *food-delivery* quali Riders Union Bologna, Roma e Firenze, Deliverance Milano e Deliverance Project Torino v. G. Pacella, *Le piattaforme di food delivery: un’indagine sulla nascita delle relazioni sindacali nel settore*, LLI, 2019, fasc. 2, specie 88 ss.; M. Forlivesi, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, *ivi* 2018, fasc. 1, 1-28. Da ultimo cfr. M. Marrone M. *Rights against the machines! Il lavoro digitale e le lotte dei rider*, Mimesis, 2021.

di alleanze e interlocutori in ambito sia sociale sia istituzionale ⁽⁴⁾; in secondo luogo, sono stati posti sotto osservazione sia da parte della dottrina sia da parte di molti attori istituzionali i prodotti dell'autonomia privata collettiva conquistati dalle Unions, a partire dalla *Carta dei diritti dei lavoratori digitali* (Bologna il 31 maggio 2018), oggetto di molteplici iniziative di promozione, studio e approfondimento sia in ambito politico-sindacale sia in sede scientifica ⁽⁵⁾; in terzo luogo, anche per le ragioni appena richiamate, le Unions sono state riconosciute e assunte come interlocutore dei pubblici poteri a livello sia nazionale sia decentrato, giocando un ruolo molto attivo non soltanto in alcune grandi città come Milano, Torino, e Bologna ma pure nei tavoli di contrattazione istituiti presso il Ministero del lavoro nel biennio 2018-2019, nonché in sede di elaborazione del d.l. 101/2019 (c.d. decreto Riders) e della legge di conversione n. 128/2019 ⁽⁶⁾.

Dopo l'accordo tra Assodelivery e Ugl-rider del 15 settembre 2020 ⁽⁷⁾, peraltro, sempre le Unions, insieme ai sindacati confederali⁽⁸⁾, hanno animato le principali iniziative di protesta contro i rischi originati dal *CCNL Rider*, sottolineando la scarsa rappresentatività della neo-costituita UGL-Rider e, in ogni caso, l'inidoneità del Contratto a integrare i requisiti richiesti dall'art. 2, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 81/2015, che abilita le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentativa a dettare una disciplina pattizia, provvista di efficacia generale, derogatoria rispetto a quella applicabile alle collaborazioni etero-organizzate *ex art. 2, comma 1*, in ragione di specifiche esigenze del settore.

Da ultimo, sia prima che dopo la giornata di mobilitazione del 26 marzo 2021, le Unions hanno affiancato i sindacati confederali nella delicata negoziazione con la società italiana che opera per conto della piattaforma Just Eat, al cui esito è stato concluso l'accordo integrativo in commento, la cui

⁽⁴⁾ V., in particolare, M. Marrone, *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale: il caso Riders Union Bologna*, cit., 4 ss.

⁽⁵⁾ Per un'agile panoramica sui contenuti della Carta di Bologna sia permesso rinviare a F. Martelloni, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali viaggiano su due ruote*, LLI, 2018, fasc. 1, 16-34.

⁽⁶⁾ Per un dettagliato resoconto della negoziazione v. G. Pacella, *Le piattaforme di food delivery: un'indagine sulla nascita delle relazioni sindacali nel settore*, cit. 188 ss. In relazione ad AssoDelivery l'A. parla, correttamente, di un'associazione datoriale "nata come risposta all'azione istituzionale del Governo" (193).

⁽⁷⁾ V. F. Martelloni, *CCNL UGL-Assodelivery: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, *QG*, 22.10.2020.

⁽⁸⁾ M. Veruggio, *Perché la Cgil dice no a questo contratto. Intervista a Tania Scacchetti, segretaria federale CGIL*, www.glistatigenerali.com, 22 settembre 2020.

indubbia rilevanza discende, innanzitutto, dal riconoscimento della natura subordinata dei rapporti di lavoro dei ciclofattorini impegnati nella consegna di cibo a domicilio, sempre rifiutata da tutte le piattaforme di food-delivery sia in Italia che altrove ⁽⁹⁾.

2. La natura giuridica del “Verbale d’incontro” del 29 marzo 2021.

Se tutti sono consapevoli sia dell’esistenza di un controverso CCNL Riders sia di un Contratto integrativo concluso per Just Eat Italia, anche per la rilevanza riservata dalla grande stampa a due intese che procedono in direzione non solo diversa ma del tutto opposta sul piano della qualificazione dei rapporti di lavoro dei rider, quasi nessuno conosce esistenza, contenuto e parti firmatarie del Verbale d’Incontro siglato dalla società italiana che opera per multinazionale del food-delivery in data 29 marzo 2021, appena prima della stipula del contratto integrativo.

Tale “verbale” ha, tuttavia, enorme rilevanza nell’economia della trattativa condotta dalle organizzazioni sindacali con Takeaway.com Express Italy poiché da un lato, sul piano contenutistico, detto verbale certifica il raggiungimento di un accordo tra le parti sui profili maggiormente controversi dell’intero negoziato; dall’altro include, oltre ai sindacati confederali, anche Rider X i diritti, ossia la già citata rete costituita da tutte le Union metropolitane in vista della grande mobilitazione unitaria del 26 marzo.

Sotto questo secondo profilo è, dunque, importante comprendere l’effettiva natura di tale verbale poiché, ove si profilasse come vero e proprio contratto collettivo, potrebbero discenderne significative conseguenze in ordine alla agibilità sindacale delle Unions, ivi compresa la eventuale possibilità per la predetta rete di costituirsi in associazione e dar vita a proprie rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro.

In proposito, val la pena evidenziare, innanzitutto, che l’incontro del 29 marzo 2021 non si presenta come un incontro tra gli altri bensì costituisce – come le parti stesse espressamente riconoscono, l’esito finale di un “percorso negoziale” in cui “le parti hanno esaminato e approfondito in diversi incontri le caratteristiche di mercato e le modalità organizzative che la società intende adottare in Italia”, convenendo su aspetti davvero dirimenti.

⁽⁹⁾ V., per tutti, A. Donini, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bup, 2019.

Come si legge nel verbale, le parti hanno condiviso che: a) le assunzioni avverranno con rapporto di lavoro subordinato con diritto di precedenza per i lavoratori già in forza; b) tali rapporti di lavoro saranno regolati dal CCNL Logistica, Trasporto merci e Spedizioni ⁽¹⁰⁾; c) un successivo accordo aziendale tra la Società e le OO.SS. di categoria consentirà di adattare le norme legali e il contratto collettivo alle specifiche modalità organizzative con la quale si svolge la prestazione dei Rider. “In tal senso – si legge in conclusione – il confronto prosegue con le categorie aderenti a Cgil, Cisl e Uil”.

A fronte dei contenuti del documento, il “verbale d’incontro” pare configurarsi – a prescindere dal *nomen iuris*, in base alle consuete regole dell’ermeneutica contrattuale ⁽¹¹⁾ – come vero e proprio contratto collettivo normativo, atteso che la società assume, in primo luogo, lo specifico e relevantissimo impegno ad assumere i rider con contratti di lavoro subordinato, pure riconoscendo un diritto di precedenza a favore di terzi perfettamente individuabili, indicati come “i lavoratori già operanti in data antecedente alla nascita della nuova società”; in secondo luogo, le parti convengono sul CCNL destinato a disciplinare i rapporti di lavoro nei loro profili essenziali, a partire dal trattamento retributivo ⁽¹²⁾; in terzo luogo, assumono un obbligo a contrarre, da parte della Società e delle (sole) OO.SS di categoria, convenendo sulla necessità di addivenire a un integrativo che consenta di adattare la disciplina di legge e di contratto collettivo, già individuata nell’accordo del 29 marzo, alle specifiche esigenze che caratterizzano l’attività di consegna di cibo a domicilio: cosa poi effettivamente avvenuta con la stipulazione del contratto integrativo in commento.

⁽¹⁰⁾ Come noto, con Accordo sindacale del 18 luglio 2018, le parti firmatarie hanno precisato il campo di applicazione del CCNL con particolare riferimento alla *Distribuzione delle merci con cicli, ciclomotori e motocicli (c.d. riders)*, e, per «cogliere tutte le opportunità di crescita fornite dalla forte implementazione della distribuzione urbana delle merci» integrando l’accordo di rinnovo del 3 dicembre 2017, hanno incluso la figure del *rider* nella regolamentazione pattizia, proprio «al fine di disciplinare i rapporti di lavoro» nel campo della «distribuzione di merci con mezzi quali cicli, ciclomotori e motocicli (anche a tre ruote) che avvengono in ambito urbano, anche attraverso l’utilizzo di tecnologie innovative (piattaforme, palmari ecc)»

⁽¹¹⁾ Per tutti E. Gragnoli, *Profili dell’interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, 2000, 132 ss.

⁽¹²⁾ V. *supra* M. Forlivesi, *Retribuzione e inquadramento nel contratto collettivo aziendale c.d. Just Eat*.

3. L'agibilità sindacale delle Unions raccolte nella rete *Rider X i diritti*.

Dalle precisazioni sin qui operate potrebbero discendere conseguenze molto rilevanti in ordine alla potenziale titolarità dei diritti del Titolo III dello Statuto dei lavoratori in capo alle Unioni metropolitane. Potenziale, e non attuale, poiché le Unions dei rider, riunite nella rete denominata Riders X i diritti, pur costituendo indubbia espressione della libertà di organizzazione sindacale costituzionalmente riconosciuta (art. 39, comma 1, Cost.), difettano del carattere di “associazione sindacale” richiesto dall'art. 19 St. lav. Ma andiamo per gradi.

La Corte costituzionale ha per tempo chiarito che, a seguito del referendum del 1995, la possibilità di costituire RSA e fruire dei benefici della legislazione di sostegno è da riconoscere a chiunque abbia sottoscritto un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva (art. 19 St. lav.), a condizione che l'organizzazione sindacale abbia preso attivamente parte alle trattative contrattuali e che il contratto in questione abbia una funzione normativa, ossia regoli effettivamente i rapporti di lavoro “almeno per un settore o istituto importante della loro disciplina, anche in via integrativa, a livello aziendale”⁽¹³⁾, con “ricomprensione, nell'ambito della norma di risulta, di tutte le ipotesi di contratto che nel linguaggio corrente vengono designate come aziendali”⁽¹⁴⁾: di “unità produttiva, sub-unità produttiva e, più plausibilmente, di gruppo o di unità aziendali integrate, sovente spalmate su aree territoriali diverse, ma anche accordi decentrati circoscritti a categorie specifiche (c.n.)”⁽¹⁵⁾.

Entrambi gli aspetti paiono, nel caso di specie, verificati, dal momento che è acclarata, oltre che espressamente riconosciuta nel verbale del 29 marzo

⁽¹³⁾ C. Cost. 12 luglio 1996, n. 244, punto 3.1 della motivazione. Il risultato cui il referendum del 1995 è notoriamente pervenuto non viola – per il Giudice delle leggi – né il principio di uguaglianza né il principio di libertà sindacale, perché la legge continua legittimamente a selezionare i beneficiari delle norme di cui al Titolo III St. lav. sulla base di ragionevoli criteri: non più quello della maggiore rappresentatività (presunta), propria delle confederazioni, bensì quello della rappresentatività effettiva (cfr. P. Campanella, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, 2000, spec. 138 ss.) accertata mediante la capacità del sindacato di imporsi come controparte contrattuale. Anche per la Cassazione l'art. 19 della L. n. 300/1970 si interpreta nel senso che per “associazioni sindacali firmatarie di contratti collettivi di lavoro stipulati nell'unità produttiva” si devono intendere le associazioni che abbiano stipulato contratti collettivi di qualsiasi livello (nazionale, provinciale, aziendale), ma necessariamente di natura normativa, restando esclusi gli accordi gestionali, che non rientrano nella previsione di cui all'art. 39 della Costituzione e non sono, per loro natura, atti a comprovare la rappresentatività richiesta dalla norma. (Cass. 11/7/2008 n. 19275, Pres. Sciarelli Rel. Picone, *LG*, 2009, con commento di L. Ratti, 45).

⁽¹⁴⁾ P. Campanella, *Rappresentatività sindacale cit.*, 149.

⁽¹⁵⁾ G. Giugni, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, *DLRI*, 1995, 359 ss., qui 362.

2021, l'attiva partecipazione delle Unioni metropolitane al percorso negoziale avviato dalla società italiana che opera per conto di Just Eat, così come, alla luce delle osservazioni esposte al paragrafo che precede, non pare revocabile in dubbio la funzione normativa dell'accordo riassunto nel "verbale d'incontro".

È, infatti, certamente da escludere, in base alle opinioni della dottrina che ha più accuratamente approfondito il tema, la lettura che vorrebbe far coincidere il "contratto collettivo applicato nell'unità produttiva" *ex* art. 19 St. lav. con "l'accordo di secondo livello" o con il "contratto integrativo", poiché in tal modo si finirebbe per accreditare "un'interpretazione della norma legale, alla stregua del dato negoziale, quanto meno singolare nell'ambito di un sistema contrattuale come il nostro" ⁽¹⁶⁾.

Ostacola la fruizione dei benefici del titolo III, dunque, il (solo) carattere essenzialmente informale della "rete" denominata "Rider X i diritti", priva di ogni formalizzazione giuridica, con relativo scopo, statuto, organi ecc. e quindi, sostanza, priva della natura di "associazione" propriamente detta.

Sotto questo profilo, è vero che la formulazione post-referendaria dell'art. 19 St. lav., è "da interpretarsi nel senso più pieno e ampio", concernente "ogni espressione dell'autonomia collettiva, con la quale uno o più datori di lavoro e rappresentanze dei lavoratori regolino uno o più aspetti dei rapporti di lavoro, nel loro sorgere, nello svolgimento o nella loro estinzione" ⁽¹⁷⁾. Così come, in ordine alla iniziativa e all'autonomia delle RSA medesime, non v'è dubbio che esse "sono costituite per iniziativa dei lavoratori dell'azienda e non delle associazioni sindacali di cui all'art. 19, l. n. 30/70; hanno una propria soggettività giuridica (rispetto alla quale appare appropriato il riferimento alle norme in materia di associazioni non riconosciute), come si evince dalle varie disposizioni dello Statuto dei lavoratori prevedenti una loro legittimazione propria e specifica all'esercizio di diritti e facoltà (artt. 9, 20, 21, 22, 25 e 27); in particolare, esse non sono organi dei sindacati, né comunque sono con gli stessi in una relazione, di immedesimazione organica o di altro tipo, che determini l'imputabilità giuridica degli atti da loro compiuti ai sindacati, con i quali le stesse

⁽¹⁶⁾ P. Campanella, *Rappresentatività sindacale cit.*, 150. L'A. si riferisce, con evidenza, al Protocollo del 23 luglio del 1993 ma, oggi, analogo ragionamento potrebbe valere con riferimento al Testo unico sulla rappresentanza del gennaio 2014.

⁽¹⁷⁾ V. Pret. Milano 21/8/96, est. Santosuosso, *RCDL*, 1996, 929. In senso conforme, v. Pret. Milano 4/11/97, est. Porcelli, *ivi*, 1998, 353; Pret. Milano 30/9/98, est. Porcelli, *ivi*, 1999, 69.

sono invece in un rapporto, di natura politica, di parziale coincidenza di interessi collettivi e di obiettivi di tutela” (18).

Ciononostante, tanto la dottrina più autorevole (19), quanto la giurisprudenza, sia costituzionale (20) sia di merito (21), sono salde nel pretendere “un’interpretazione rigorosa della fattispecie dell’art. 19”, alla cui stregua la rappresentatività del sindacato “è una qualità giuridica attribuita dalla legge alle associazioni sindacali” (c.n.), per tali intendendosi le formazioni sociali provviste di quel minimo di stabilità e riconoscibilità assegnata al gruppo dalle norme civilistiche applicabili alle associazioni non riconosciute.

Ciò non esclude – e anzi, in certa misura suggerisce – scelte organizzative future di diverso ordine da parte delle Unions metropolitane e delle loro reti, così come, già oggi, non è da escludere che le grandi centrali sindacali possano fornire copertura esterna all’azione sindacale delle Unions nei luoghi di lavoro. Fu fatto, come noto, per i componenti dei consigli di fabbrica negli anni successivi al varo dello Statuto dei lavoratori (22). Non si vede perché l’agibilità sindacale sia da escludere, adesso, per gli attivisti delle reti di sindacalismo metropolitano che, prima di altre organizzazioni sindacali, hanno fatto emergere ragioni e istanze degli alfiери della gig economy.

(18) Cass. 29/12/99, n. 14686, pres. Mileo, est. Coletti, RGL, 2001, 148, nt. Frontini, *Sui rapporti tra Rsa e sindacato*.

(19) G. Giugni, *L’associazione sindacale rappresentativa nello Statuto dei lavoratori*, RGL, I, 1973, 309 ss.

(20) C. Cost. 12 luglio 1996, n. 244, *cit*.

(21) Assai significativamente un importante Tribunale (Trib. Roma 9/9/2004, Pres. Fioriolui Banchieri Rel. Conte, LG, 2005, 188) ha precisato che “l’identità di un soggetto associativo, non viene meno a seguito del recesso di alcune associazioni sindacali già aderenti e all’ingresso di altre, ovvero a seguito della modifica della propria denominazione, ciò in virtù del principio generale secondo cui l’identità giuridica dei soggetti collettivi non muta a causa della risoluzione di alcuni rapporti di adesione né a causa della partecipazione di altri soggetti. Sarebbe, infatti, del tutto arbitrario sostenere che la permanenza dell’identità del soggetto sindacale sia legata ad un tasso, indeterminato ed indeterminabile, di conservazione qualitativa della propria originaria composizione associativa”, la quale, tuttavia, si profila, nell’economia della disposizione statutaria, requisito evidentemente indefettibile.

(22) D. Gottardi, *Organizzazione sindacale e rappresentanza dei lavoratori in azienda*, Cedam, 1989; ma v. già F. Mancini, *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, 1976, spec. 204 ss.

Bibliografia

- Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, 2000.
- Donini A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bup, 2019.
- Forlivesi M., *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, in *LLI*, 2018, 1, 1-28.
- Forlivesi M., *Retribuzione e inquadramento nel contratto collettivo aziendale c.d. Just Eat*, in *LLI*, 2021, fasc. 1.
- Giugni G., *L'associazione sindacale rappresentativa nello Statuto dei lavoratori*, in *RGL*, I, 1973, 309 ss.
- Giugni G., *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *DLRI*, 1995, 359 ss.
- Gottardi D., *Organizzazione sindacale e rappresentanza dei lavoratori in azienda*, Cedam, 1989.
- Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, 2000.
- Mancini F., *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, 1976.
- Marrone M., *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale: il caso Riders Union Bologna* in *LLI*, 2019, fasc. 1, 1-28.
- Marrone M., *Rights against the machines! Il lavoro digitale e le lotte dei rider*, Mimesis, 2021.
- Martelloni F., *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali viaggiano su due ruote*, in *LLI*, 2018, fasc. 1, 16-34.
- Martelloni F., *CCNL UGL-Assodelivery: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, in *QG*, 22.10.2020.
- Nicolosi V., *Sciopero: dopo i corrieri Amazon è il turno dei rider*, *Micromega.net*, 25 marzo 2021.
- Pacella G., *Le piattaforme di food delivery: un'indagine sulla nascita delle relazioni sindacali nel settore*, in *LLI*, 2019, fasc. 2, 179-195.
- Quondamatteo N., *Non per noi ma per tutti. La lotta dei riders e il futuro del mondo del lavoro*, Asterios, 2019.
- Veruggio M., *Perché la Cgil dice no a questo contratto. Intervista a Tania Scacchetti, segretaria confederale CGIL* in www.glistatigenerali.com, 22 settembre 2020.