



ACADEMIA BRASILEIRA
DE DIREITO DO TRABALHO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE
ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A cura di

Giuseppe Ludovico, Fernando Fita Ortega,
Thereza Christina Nahas

NUOVE TECNOLOGIE E DIRITTO DEL LAVORO

Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano,
spagnolo e brasiliano



Milano University Press

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO
E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO
E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A cura di
Giuseppe Ludovico, Fernando Fita Ortega,
Thereza Christina Nahas

NUOVE TECNOLOGIE E DIRITTO DEL LAVORO

*Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano,
spagnolo e brasiliano*

Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano / a cura di Giuseppe Ludovico, Fernando Fita Ortega, Thereza Christina Nahas. Milano: Milano University Press, 2021. (Studi Italo-Brasiliani di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale; 1).

ISBN 978-12-80325-10-5 (print)

ISBN 978-12-80325-16-7 (PDF)

ISBN 978-12-80325-17-4 (EPUB)


DOI 10.13130/sdlps.39

Questo volume e, in genere, quando non diversamente indicato, le pubblicazioni della collana di Studi Italo-Brasiliani di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale, sono sottoposti a un processo di revisione esterno sotto la responsabilità del Comitato Scientifico.

Le opere pubblicate vengono valutate e approvate dal Comitato scientifico e devono essere conformi alla politica di revisione tra pari secondo i termini espressi nelle Linee Guida per gli autori.

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-SA, il cui testo integrale è disponibile all'URL:
<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>



 Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:
<https://libri.unimi.it/index.php/sdlps/index>.

© 2021 Giuseppe Ludovico, Fernando Fita Ortega, Thereza Christina Nahas
© Milano University Press per la presente edizione

Pubblicato da:
Milano University Press

Via Festa del Perdono 7 – 20122 Milano

Sito web: <https://milanoup.unimi.it>

e-mail: redazione.milanoup@unimi.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da Ledizioni (www.ledizioni.it).

I Curatori del volume ringraziano la Sig.ra Noemi Anelli per la preziosa collaborazione in fase di correzione delle bozze

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO
E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO
E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Direttori

Prof.ssa Thereza Christina Nahas Prof. Giuseppe Ludovico
Prof. Luciano Dorea Martinez Carreiro Prof. Lucio Imberti

Comitato Scientifico

Prof. Alexandre Agra Belmonte Prof. Ilario Alvino
Prof. Carlos Henrique Bezerra Leite Prof. Guido Canavesi
Prof. Georgenor de Souza Franco Filho Prof.ssa Maria Teresa Carinci
Prof.ssa Yone Frediani Prof.ssa Silvia Ciucciovino
Prof.ssa Maria Cristina Ingoyen Peduzzi Prof. Stefano Giubboni
Prof. Vitor Salino de Moura Eça Prof. Alberto Levi

Comitato di Redazione

Prof.ssa Alessandra Ingrao
Prof.ssa Naiara Posenato

Volumi della collana

1. G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T. C. NAHAS, *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano, Milano University Press, 2021

Indice

Prefazione di <i>Alexandre Agra Belmonte</i>	11
PARTE I	
LA PROSPETTIVA DELL'ORDINAMENTO ITALIANO	15
MATTEO AVOGARO, Verso una rappresentanza <i>tailor-made</i> ? Interrogativi e sviluppi del diritto sindacale italiano nell'era digitale	17
GIONATA CAVALLINI, Qualificazione del rapporto di lavoro e nuove tecnologie: il banco di prova della <i>gig economy</i>	53
GIUSEPPE LUDOVICO, Nuove tecnologie e tutela della salute del lavoratore	79
ALESSANDRA INGRAO, Il potere di controllo a distanza sull'attività lavorativa e la nuova disciplina della <i>privacy</i> nella sfida delle nuove tecnologie	111
PARTE II	
LA PROSPETTIVA DELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO	137
FERNANDO FITA ORTEGA, I diritti sindacali dei lavoratori delle piattaforme digitali in Spagna	139
MONTSERRAT AGÍS DASILVA, Una revisione dei contorni della subordinazione. Alcune riflessioni	171
ÓSCAR REQUENA MONTES, La disconnessione digitale in spagna: una proposta di regolazione per la prevenzione dello stress	203
OLGA LENZI, Controllo aziendale e diritti fondamentali dei lavoratori: limiti e garanzie alla luce della legge organica 3/2018 sulla protezione dei dati personali e garanzia dei diritti digitali	237

PARTE III	
LA PROSPETTIVA DELL'ORDINAMENTO BRASILIANO	265
GILBERTO STÜRMER, Il diritto sindacale in Brasile	267
THEREZA CHRISTINA NAHAS, Qualificazione del rapporto e subordinazione	293
YONE FREDIANI, Salute e sicurezza sul lavoro e nuovi rischi nell'ambiente del lavoro e il potere di controllo dei datori di lavoro	321
LUIZ EDUARDO GUNTHER, MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE, Potere di controllo del datore di lavoro e <i>privacy</i> del lavoratore	347
Notizie sugli autori	367

Prefazione

Le prime due rivoluzioni industriali hanno modificato il processo produttivo, l'organizzazione e la struttura delle società. Tuttavia, avevano in comune il fatto che l'uomo viveva con la macchina e la sua presenza e il suo comando erano indispensabili per farla funzionare.

Inoltre, poiché la produzione dipendeva dalla presenza umana nelle industrie, negli uffici e persino nelle campagne, la somiglianza delle condizioni di vita nell'ambiente dell'impresa rendeva più facile la mobilitazione sindacale e la richiesta di migliori condizioni sociali.

La crisi petrolifera e il notevole aumento dei costi di produzione che da essa è derivata, sono stati il punto di partenza per il cambiamento di questo contesto, in precedenza stabile, di crescita economica e di crescente conquista dei diritti del lavoro.

Lo sforzo di ridurre i costi aziendali ha dato origine a nuove alternative di produzione. Il *robot*, il *chip*, la tecnologia dell'informazione, la rete, la comunicazione remota in tempo reale, la modalità di produzione globalizzata e la facilità di ricorso al credito hanno inaugurato la Terza Rivoluzione Industriale. Le nuove tecnologie che ne sono emerse e le nuove forme di organizzazione aziendale hanno ridotto i costi di produzione, distribuzione e commercializzazione, oltre ad aver eliminato la barriera della distanza tra le persone e reso più accessibile l'acquisto di macchinari e attrezzature.

Nello stesso momento in cui questi fattori eliminavano la necessità di ricorrere a numerose attività, è stata gradualmente eliminata anche la necessità di manodopera umana nella stessa quantità e nei lavori tradizionali, soprattutto per i compiti di routine, complessi o meno.

Il mondo sta vivendo la Quarta Rivoluzione Industriale, incentrata sulla convergenza delle tecnologie digitali, fisiche e biologiche intorno alla produzione, riducendo significativamente la necessità della presenza sul luogo di lavoro e del costo del lavoro umano, oltre alla sua frammentazione o dispersione, attraverso il decentramento produttivo.

Colti di sorpresa dal ritmo accelerato dell'introduzione delle nuove tecnologie nell'ambiente di lavoro, i governi e i sindacati dei lavoratori non riescono a tenere il passo con il ritmo del cambiamento. La riduzione dei diritti, l'esclusione, l'informalità, la disoccupazione e l'aumento delle disuguaglianze sociali sono diventati parte dell'agenda o della vita quotidiana dei paesi, a seconda dei casi.

A differenza delle prime due rivoluzioni industriali, in cui l'uomo viveva con la macchina, e della Terza Rivoluzione Industriale, allora innocentemente chiamata Tecnologica, in cui la macchina stava gradualmente sostituendo l'uomo comune, sulla via della Quarta e vera Rivoluzione Tecnologica – oggi

erroneamente chiamata Industriale – l'intelligenza artificiale prodotta dalle neurotecnologie sostituirà anche le funzioni intellettuali, ragionando, dando decisioni e dettando cambiamenti di paradigma.

Smartphone, tablet, tecnologia GPS, piattaforme digitali, Big Data, intelligenza artificiale, *robot*, stampanti 3D, Internet delle cose e costruzioni automatizzate sono diventati parte della vita quotidiana, rivoluzionando il modo di produrre, le abitudini e il mercato.

Aumentano numericamente i contratti di lavoro a tempo determinato, i contratti di lavoro temporaneo, a tempo parziale, intermittente e a distanza. Si tratta di realtà che mettono a freno il tradizionale contratto di lavoro, così come la disoccupazione e l'esclusione crescono in modo più accelerato e crudele in Brasile, dove non c'è protezione contro il licenziamento arbitrario o senza giusta causa, l'automazione, le politiche di delocalizzazione e manca anche una politica pubblica efficiente di educazione alle trasformazioni.

Nella specifica e attuale situazione, le aziende, che soffrono anche dell'incostanza del mercato, hanno adattato il precedente contratto di lavoro tradizionale alle loro mutevoli esigenze, alle variazioni della domanda e all'utilizzo di manodopera limitata alle fasi sequenziali di un progetto.

La produzione compartimentalizzata, precedentemente osservata in attività come l'assemblaggio di automobili e i contratti di costruzione, si è diffusa e ha reso l'*outsourcing*, i contratti a termine e il lavoro a distanza una presenza sempre più costante e sorprendente nel mercato del lavoro.

Le banche e persino i tribunali sono diventati automatizzati; noti artisti televisivi sono ora assunti per progetti specifici, di durata limitata; il numero di aziende che ora hanno solo negozi virtuali, con consegna diretta dei biglietti o della merce per posta o in moto è in crescita, e la distribuzione con i droni è già in vista.

Naturalmente, innumerevoli posti di lavoro continueranno a dipendere dalle conoscenze specifiche e dalle competenze tecniche, creative o gestionali, e si presenteranno nuove opportunità di collocamento, come il *crowdworking* e il lavoro su richiesta tramite app.

Allo stesso modo, il Diritto del Lavoro dovrà reinventarsi, a partire dalla tutela minima del lavoro personale autonomo o parasubordinato, passando attraverso la ricerca di nuovi paradigmi di caratterizzazione e tutela del lavoro subordinato, in particolare in relazione all'automazione, per finire con nuove forme di rappresentanza e di azione sindacale, senza trascurare due questioni importanti: la *privacy* del lavoratore di fronte alla possibilità di intromissione da parte delle nuove tecnologie e i nuovi rischi per la salute e la sicurezza che ne derivano.

Anche i governi, la società e il mercato dovranno reinventarsi nella ricerca di politiche pubbliche per l'inclusione dei lavoratori. Dopotutto, la disoccupazione e la disuguaglianza sociale riducono i consumi che muovono la macchina

capitalista e il livello di tassazione da cui dipende lo Stato per gestire i servizi pubblici.

A tempo debito l'Italia ha deciso di riconoscere i diritti sociali che mancano ai driver di Uber, gestiti dalla piattaforma digitale. Anche senza il riconoscimento della qualifica di lavoratore subordinato, a questi lavoratori è stata concessa una tutela coerente con il salario minimo, il numero massimo di ore, il diritto alla sindacalizzazione e all'assistenza sociale. Si tratta di diritti che hanno un peso insignificante per l'imprenditore e che si traducono in un gettito per lo Stato e nel controllo della fornitura di servizi attraverso la rete di controllo pubblica. Chi può sapere se questi costi contenuti, ma importanti per i lavoratori delle piattaforme digitali, potranno rimandare la loro sostituzione con macchine autonome?

In ogni caso, la normativa italiana è un esempio che il Brasile potrebbe seguire per quanto riguarda le piattaforme digitali. E la rete pubblica di controllo potrebbe essere estesa anche al lavoro intermittente, permettendo alle aziende di pubblicizzare le loro offerte e di registrare le iscrizioni e i servizi in modo sicuro e sotto controllo.

Non ha senso che la Costituzione federale riconosca valore fondamentale al diritto al lavoro, alla sua valorizzazione sociale, alla riduzione delle disuguaglianze sociali e all'eliminazione della povertà, a meno che lo Stato non adotti misure concrete che possano rendere concreti questi valori in modo da garantire la protezione della dignità umana e della giustizia sociale. A questo proposito, i dati resi disponibili dalla Banca Mondiale in relazione al Brasile sono allarmanti.

L'opera *Diritto del Lavoro e Nuove Tecnologie. Una comparazione tra gli ordinamenti giuridici italiano, spagnolo e brasiliano*, coordinato dai professori Thereza Christina Nahas, Giuseppe Ludovico e Fernando Fita Ortega, al quale ho l'onore di contribuire con la presente prefazione, mi ha entusiasmato per aver affrontato, con profondità ed estensione, il fenomeno degli effetti delle tecnologie della Quarta Rivoluzione Industriale sul mercato del lavoro attraverso la comparazione tra gli ordinamenti lavoristici dell'Italia, Spagna e Brasile. Si tratta di saggi, originariamente scritti in portoghese e spagnolo, che ho letto avidamente, non solo perché sono il risultato di ricerche sulle questioni più attuali riguardanti il mondo del lavoro, che sarebbero già di enorme utilità, ma anche perché tentano di guardare al futuro e di suggerire soluzioni.

Anche se non richiedono alcuna presentazione, l'esperienza dei professori e ricercatori Matteo Avogaro, Gionata Cavallini, Montserrat Agís Dasilva, Olga Lenzi, Thereza Christina Nahas, Gilberto Stürmer, Alessandra Ingraio, Giuseppe Ludovico, Óscar Requena Montes, Fernando Fita Ortega, Luiz Eduardo Gunther, Marco Antônio César Villatore e Yone Frediani dimostrano la correttezza della scelta di questi giuristi per la realizzazione di un'opera fondamentale per la comprensione del fenomeno e degli effetti sociali e giuridici

nella società e nel mercato del lavoro dell'impiego nell'ambiente di lavoro delle tecnologie attuali e future.

ALEXANDRE AGRA BELMONTE

Ministro del Tribunale Superiore del Lavoro, Dottore di Ricerca in Giustizia e Società, Master in Diritto delle Relazioni Sociali, Specialista in Diritto Privato Proredito, Professore nel Master presso l'Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB, Professore presso la Fundação Getúlio Vargas - FGV, Presidente dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro, Membro dell'Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e dell'Accademia Brasiliana di Diritto dello Sport.

PARTE I

Verso una rappresentanza *tailor-made*?

Interrogativi e sviluppi del diritto sindacale italiano nell'era digitale

Matteo Avogaro

SOMMARIO: 1. Nuovi strumenti per una nuova organizzazione del lavoro. – 2. Rappresentare i lavoratori in un contesto sempre più individualizzato. – 3. La contrattazione “digitale”: nuovi diritti ed esperimenti di negoziazione. – 4. Conclusioni.

1. Nuovi strumenti per una nuova organizzazione del lavoro

Nel corso dell'ultimo decennio, la crescente integrazione degli strumenti digitali nel processo produttivo ha fortemente inciso sull'organizzazione del lavoro¹, che è andata incontro a mutamenti rapidi e profondi, tali da rappresentare una sfida decisiva anche per il panorama sindacale italiano, già alle prese con una generale, sebbene latente, crisi di rappresentatività.

Il crescente ricorso a *smartphone*, *tablet* e tecnologia GPS nello svolgimento della prestazione lavorativa, l'integrazione nei processi industriali di Cyber-Physical Systems (CPS) in grado di dialogare autonomamente tra loro² e di adeguarsi alle mutazioni dell'ambiente circostante per mezzo dell'intelligenza artificiale³,

1 Con riferimento all'impatto della digitalizzazione sull'organizzazione del lavoro v., *inter alia*, MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *A future that works: automation, employment and productivity*, 2017, F. SEGHEZZI, *La nuova grande trasformazione*, Adapt University Press, 2017; K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, 2016.

2 Si tratta dell'ultima generazione di robot intelligenti, in grado di interagire e apprendere dall'ambiente circostante, operando in determinate condizioni anche in assenza del diretto controllo di un operatore umano, v. *amplius* E. A. LEE, *Cyber Physical Systems: Design, Challenges, Electrical Engineering and Computer Science*, University of California at Berkeley – technical report n. UCB/EECS-2008-8, link <http://www2.eecs.berkeley.edu/Pubs/TechRpts/2008/EECS-2008-8.pdf> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020), 2008.

3 Più in generale, sul ruolo dell'intelligenza artificiale come fattore della produzione idoneo a rilanciare la crescita di alcuni dei Paesi più industrializzati, tra cui l'Italia, v. M. PURDY, P. DAUGHERTY, *Why Artificial Intelligence is the Future of Growth*, Accenture, 2016, www.accenture.com/t20170524T055435_w_/ca-en/_acnmedia/PDF-52/Accenture-Why-AI-is-the-Future-of-Growth.pdf (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

l'utilizzo dei *big-data* come strumento per individuare le nuove esigenze di mercato e valutare le *performance* di imprese e lavoratori costituiscono, infatti, un cambiamento di paradigma giuridico e culturale che investe, con diversi gradi di intensità, tutti i contesti lavorativi⁴, imponendo al sindacato – inteso come organizzazione rappresentativa e come perno della contrattazione collettiva – di stare al passo con l'innovazione, per continuare a svolgere il proprio essenziale ruolo di bilanciamento del potere datoriale.

La necessità di adottare nuovi strumenti e nuove strategie si manifesta, per le organizzazioni dei lavoratori, nei settori produttivi in cui il sindacato e la contrattazione collettiva sono radicati e presenti e, nel contempo, in relazione alle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa figlie dell'era digitale.

Da un lato, nel settore industriale e manifatturiero, l'innovazione tecnologica pare avviata a determinare una graduale scomparsa dei lavori connotati da mansioni routinarie, anche se complesse⁵. Ciò sta comportando, come evidenziato dai dati relativi al periodo 2002-2016⁶, una crescente polarizzazione della forza lavoro tra dipendenti incaricati di svolgere compiti semplici ma non ancora automatizzabili, e prestatori dotati di un ampio bagaglio di conoscenze, competenze tecniche e *soft-skills* avanzate⁷, impiegati in ruoli creativi, di progettazione, di vigilanza e manutenzione dei macchinari. Un'attività, quest'ultima, portatrice di un forte valore aggiunto ma, nel contempo, caratterizzata da maggiore

4 G. VALENDUC, P. VENDRAMIN, *Work in the digital economy: sorting the old from the new*, ETUI - European Trade Union Institute, Brussels, 2016, p. 20 e T. LESTAVEL, *Les promesses très commerciales du "big data"*, *Alternatives économiques*, 350, p. 70-73.

5 Alcune recenti analisi hanno stimato che, nel corso dei prossimi due decenni, il rischio di automazione o di sostituzione del lavoro umano da parte di macchinari digitali e *smart* riguarderà il 47% dell'intera forza lavoro statunitense, e il 40-60% dei prestatori di lavoro attivi nel mercato Europeo, cfr. C. B. FREY, M. OSBORNE, *The future of employment: how susceptible are jobs to computerization?*, link: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020), p. 36 ss. e C. DEGRYSE, *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, ETUI aisbl, 2016, p. 20-21. Una valutazione più ottimistica è riscontrabile negli studi compiuti dalla Häns Böckler Foundation, con riferimento al mercato del lavoro tedesco, cfr. H. BÖCKLER STIFTUNG, *Digitalisierung: Kein Grund für Horrorszenarien*, link: www.boeckler.de/de/boeckler-impuls-digitalisierung-kein-grund-fuer-horrorszenarien-9820.htm

6 Nel periodo 2002-2016, il numero di lavoratori italiani a medio reddito – ove di norma si collocano anche i prestatori di lavoro incaricati di mansioni complesse ma oggi agevolmente automatizzabili – è calato del 13,85%, quello dei prestatori di lavoro ad alto reddito è aumentato del 6,91% e quello dei lavoratori a basso reddito ha fatto segnare un incremento del 6,94%, v. J. PESCHNER, G. PIROLI, J. RIEFF ET AL., *A new labour market with new working conditions: future jobs, skills and earnings*, in DG Employment, *Employment and Social Developments in Europe 2018*, cap. 2, p. 60 ss.

7 Il possesso di *soft-skills* come la capacità di lavorare in team, l'empatia e l'abilità di negoziazione paiono costituire un elemento ormai centrale nel bagaglio di competenze richieste al lavoratore dell'impresa 4.0, v., *inter alia*, OECD, *Skills for a digital world*, *OECD Digital Economy Papers*, 2016, n. 250, DOI: <https://dx.doi.org/10.1787/5jlwz83z3wnw-en>.

autonomia e da una ridotta incidenza del potere datoriale⁸, dove retribuzioni maggiori faranno da contraltare ad una potenziale reperibilità estesa al di fuori del normale orario lavorativo e ad accresciute responsabilità, sia in relazione al buon funzionamento dell'organizzazione datoriale, che ai potenziali danni che errori o imprecisioni possono arrecare a quest'ultima⁹.

Nell'ambito dei “nuovi lavori” spiccano le attività svolte per mezzo della “mediazione digitale” di piattaforme *online*, quali il *crowdworking* e il *work-on-demand-via-app*¹⁰. Se, nel primo caso, il riferimento corre a lavoratori normalmente autonomi che incontrano i propri clienti in contesti digitalizzati, i prestatori di lavoro *on-demand* che operano via *app* sono soggetti che, sovente, svolgono la propria prestazione per piattaforme digitali che, a loro volta, erogano un servizio a terzi. In entrambi i contesti si evidenziano criticità specifiche connesse ad una prestazione lavorativa strettamente relazionata agli strumenti messi a disposizione della digitalizzazione: il ruolo preponderante delle piattaforme – e degli algoritmi mediante i quali esse operano¹¹ – nel determinare i compensi e nella distribuzione degli incarichi, la precarietà di prestazioni lavorative svolte in un contesto di elevata competitività e con un inquadramento che assicura scarse tutele¹², i rischi connessi alla maggiore facilità di superare i limiti temporali normalmente posti alla giornata lavorativa.

8 V., al riguardo, R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, paper presentato nel corso del Convegno internazionale “Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale”, tenutosi presso l'Università degli Studi di Brescia il 12-13 ottobre 2017, p. 5-10.

9 Con riferimento alle modifiche incidenti sulla natura e sulla struttura del rapporto di lavoro dei prestatori dotati di elevata formazione sia consentito un rimando, anche per i relativi riferimenti bibliografici, a M. AVOGARO, *The Highest Skilled Workers of Industry 4.0: New Forms of Work Organization for New Professions. A Comparative Study*, in *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, vol. 8, n. 1, 2019, link: http://ejcls.adapt.it/index.php/ejcls_adapt/article/view/648.

10 Per un'analisi, anche in ottica comparata, delle più rilevanti problematiche inerenti al lavoro su piattaforma, cfr. ILO, *Digital labour platforms and the future of work: towards decent work in the online world*, International Labour Office, Ginevra, 2018, nonché G. CAVALLINI, M. AVOGARO, “Digital work” in the “platform economy”. *The last (but not least) stage of precariousness in labour relationships*, in J. KENNER, I. FLORCZAK, M. OTTO (a cura di), *Precarious Work. The Challenge for Labour Law in Europe*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, p. 176-196.

11 Per tali ragioni, nel dibattito accademico e sindacale, è ormai avvertita l'esigenza di “contrattare l'algoritmo”, cfr. V. DE STEFANO, “Negotiating the Algorithm”: *Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 41, n. 1, 2019 e C. MANCINI, *Il sindacato di fronte all'economia di Internet: “Idea diffusa”, l'intelligenza collettiva della Cgil*, in *Labour & Law Issues*, vol. 4, n. 1, 2018, p. 42 ss.

12 Anche in Italia, come in altri Paesi europei, è stata la qualificazione giuridica dei lavoratori *on-demand-via-app* a dare luogo a un ampio confronto giurisprudenziale. Sul punto, in particolare, alle prime sentenze dei Tribunali di Torino e Milano che ritenevano legittimo qualificare tali lavoratori come collaboratori coordinati e continuativi e, quindi, al netto delle particolarità di tale fattispecie, come lavoratori autonomi, ha fatto seguito il pronunciamento della Corte di Cassazione del gennaio 2020 che, confermando il dispositivo ma non le motivazioni del giudizio di appello, ha ritenuto legittimo applicare il quadro protettivo del lavoro

Al netto delle problematiche specifiche, in ogni caso, sia in relazione al lavoro industriale digitalizzato che alle nuove prestazioni svolte su piattaforma, un elemento unificante è rappresentato dalla crescente difficoltà incontrata dai sindacati nell'organizzare collettivamente i lavoratori¹³. In alcuni casi, ciò è determinato dall'elevato tasso di individualizzazione della posizione lavorativa, che rende più complesso enucleare problematiche comuni attorno alle quali costruire l'azione collettiva. Nel contesto del lavoro via *app*, spesso, tale fenomeno si verifica in ragione dell'assenza di un luogo fisico in cui i prestatori di lavoro si possano incontrare per svolgere la propria attività, perché organizzati da remoto dal datore di lavoro, ad esempio mediante una *chat* collettiva di *WhatsApp*, o perché la prestazione lavorativa stessa contempla problematiche comuni a un'attività svolta in via puramente individuale. Un fenomeno preoccupante per le organizzazioni sindacali, che nel numero dei lavoratori rappresentanti hanno trovato, storicamente, uno degli elementi chiave della loro forza contrattuale e che già sono chiamate a fronteggiare un *trend* di lungo periodo che vede una diminuzione del numero complessivo delle adesioni.

È, quindi, la sfida della rappresentanza il primo punto nell'"agenda digitale" delle maggiori associazioni dei lavoratori italiane, cui segue, come logica conseguenza, quello della gestione del conflitto e della contrattazione collettiva in relazione alle nuove esigenze poste dalla digitalizzazione. Una sfida resa ancor più complessa e, nel contempo, più urgente, dalla forte tensione alla digitalizzazione delle relazioni lavoristiche prodotta, a partire dalla primavera del 2020, dalla pandemia legata al virus Covid-19 e delle conseguenti misure di distanziamento sociale adottate dall'autorità pubblica¹⁴. In questa sezione, pertanto, verranno

subordinato anche a tali prestatori di lavoro, configurando l'art. 2 del Decreto legislativo n. 81 del 2015 come norma di disciplina. V. sul punto T. Torino, 7 maggio 2018, n. 778, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2018, p. 721 ss., nt. G. RECCHIA; T. Milano, 10 settembre 2018, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2019, p. 82 ss., nt. C. SPINELLI, nonché Cass. Civ., 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2020, nt. M. FAIOLI, p. 252 ss.

13 S. ENGBLOM, *Una prospettiva sindacale su digitalizzazione e gig economy*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n. 2, 2017, p. 357 ss., in part. p. 361-365, nonché, con particolare riferimento all'esperienza maturata dalla Confederazione Italiana Generale del Lavoro (CGIL), M. MENSI, *Lavoro digitale e sindacato*, *ivi*, p. 525 ss.

14 A titolo di esempio, il tasso di lavoratori operanti in regime di lavoro agile nelle imprese prive di mansioni che possono essere svolte fuori dai locali aziendali era, a livello complessivo, pari all'1,2% nel periodo immediatamente precedente all'insorgere della pandemia (gennaio-febbraio 2020), poi aumentato all'8,8% tra marzo e aprile e stabilizzatosi attorno al 5,3% nei mesi di maggio e giugno dello stesso anno. Su tale incremento pesano, in particolare, le imprese medie e grandi. Le prime vedono oscillare, rispettivamente, la percentuale di lavoratori operanti da remoto dal 2,2% precrisi al 21,6% di marzo-aprile e al 16,2% di maggio-giugno 2020. Le realtà imprenditoriali maggiori, invece, crescono da un 4,4% iniziale a un picco del 31,4%, per poi ridiscendere al 25,1% nella prima fase di rilassamento delle misure di distanziamento sociale; v. ISTAT, *Situazione e prospettive delle imprese nell'emergenza sanitaria Covid-19*, 15 giugno

esaminate alcune delle soluzioni di maggiore rilievo sviluppate dalle principali organizzazioni sindacali e da nuove forme di aggregazione dei lavoratori digitali, per fornire uno stato dell'arte del dibattito nazionale e delle possibili soluzioni fino ad oggi individuate.

2. Rappresentare i lavoratori in un contesto sempre più individualizzato

Le criticità evidenziate dalle organizzazioni sindacali nel coinvolgere e rappresentare i lavoratori dell'era post-fordista non nascono, tuttavia, con la digitalizzazione del lavoro.

È, infatti, dall'inizio degli anni 2000 che le associazioni sindacali maggiori cercano di costruire luoghi di confronto e azione collettiva in grado di coinvolgere i lavoratori precari, i prestatori di lavoro autonomo in condizione di mono-committenza, i *freelance* che si trovano a svolgere la propria attività in modo discontinuo e/o non adeguatamente retribuito e i lavoratori autonomi ma bisognosi di tutele *ad-hoc*, come artisti e giornalisti. Tale percorso, ancora in fase di sviluppo ma segnato da esperienze di notevole rilievo¹⁵, incontra, inevitabilmente, un punto di svolta con l'avvento della digitalizzazione.

Se, da un lato, l'accelerazione nella rottura degli schemi lavorativi Novecenteschi aumenta l'urgenza di individuare nuove modalità per rendere effettiva e "utile" la partecipazione dei lavoratori digitalizzati all'attività sindacale, la possibilità di utilizzare *internet*, i *social-network* e, ad un livello più approfondito, i *big-data*, costituisce, altresì, una grande opportunità per l'elaborazione di nuove strategie e per la possibilità di veicolare più facilmente, ai prestatori di lavoro, informazioni o inviti all'azione collettiva.

È in tale ottica che hanno avuto modo di sorgere, in Italia, in particolar modo a partire dagli anni 10 del secolo, numerose sperimentazioni che rappresentano un bagaglio importante per la strutturazione del sindacato dell'era digitale. Il riferimento corre, da un lato, all'impiego degli strumenti forniti dall'innovazione tecnologica per dotare le associazioni dei lavoratori dei mezzi più adeguati di confronto ed elaborazione, e per porre in essere metodi efficaci di *accountability* della condotta datoriale. Sull'altro versante, si collocano, invece, le esperienze neo-mutualistiche le quali, rivisitando il concetto di *umbrella company* in chiave *pro-labour*, o attualizzando i principi dell'*associational unionism* di matrice anglosassone, cercano di trovare nuove vie per rafforzare le tutele a favore, sia dei

2020, link <https://www.istat.it/it/archivio/244378> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

15 I. LANI, *Camere del Lavoro, ritorno all'antico per costruire il nuovo: i nuovi spazi di aggregazione rivolti a giovani e precari*, in Cgil, *Organizzare i non organizzati*, pubblicazione allegata a *Rassegna Sindacale*, n. 11, 2013, p. 74 ss.

lavoratori digitali autonomi “per necessità”, sia dei professionisti che operano principalmente attraverso *internet* e intendono continuare ad agire in via individuale, sebbene in un contesto meno esposto ai rischi del mercato.

OpenCorporation e IdeaDiffusa: i *digital tools* al servizio delle organizzazioni dei lavoratori

Nel panorama italiano, la Cgil è l’organizzazione che ha presentato due delle soluzioni più innovative nel campo dell’aggiornamento degli strumenti a disposizione dell’attività sindacale: IdeaDiffusa, una *community* digitale funzionale a costituire un luogo di studio ed elaborazione delle strategie sindacali, e OpenCorporation, una piattaforma *online* tesa ad attribuire uno specifico *rating* “*union-friendly*” alle imprese multinazionali.

Tale scelta trova origine nella riflessione svolta da tale sindacato in merito alle modalità con cui affrontare la rivoluzione digitale. In un contesto segnato da un aumento della polarizzazione del mercato del lavoro, dall’erosione della “classe media” e dalla crescente individualizzazione e autonomia nelle modalità di esercizio della prestazione lavorativa, vengono, quindi, individuate nuove priorità. Prima tra tutte quella di potenziare la qualità e l’efficacia dei servizi che il sindacato offre *online*, utilizzando i *digital tools*, non solo come mezzo di comunicazione, ma di vera e propria organizzazione dei prestatori di lavoro¹⁶. A ciò si aggiunge, come logica conseguenza, quella di “fare rete” tra lavoratori, nonché tra i loro rappresentanti ed esperti capaci di fornire informazioni e dati utili ad affrontare con cognizioni adeguate il contesto del lavoro digitale, integrando tali rapporti di natura “orizzontale” nella tradizionale struttura gerarchica del sindacato. In terza istanza, vi è l’esigenza di indirizzare gli strumenti forniti dalla tecnologia digitale, dai *big data* alle piattaforme *social*, a vantaggio della pratica sindacale e dell’attività contrattuale¹⁷.

IdeaDiffusa si colloca tra le iniziative promosse dall’Ufficio di Progetto Lavoro 4.0 al fine di coniugare gli strumenti digitali con la necessità del sindacato di aprirsi all’esterno e di valorizzare una dimensione maggiormente “orizzontale” dell’organizzazione, beneficiando del contributo del mondo accademico, professionale e scientifico e ampliando le possibilità di scambio e condivisione

16 A. BRUNETTI, D. DI NUNZIO, C. MANCINI, *Storie di frontiera e sfide quotidiane della Cgil di oggi*, Associazione Bruno Trentin, Rapporto di ricerca n. 2/2015.

17 Sono già numerosi, sebbene sovente oggetto di circostanze strettamente connesse alla fattispecie concreta, i casi di tecnologia digitale utilizzata in funzione delle finalità perseguite da un sindacato o da una collettività di lavoratori, v., *inter alia*, R. REGO, W. SPRENGER, V. KIROV et al., *The use of new ICTs in trade union protests – five European cases*, in *Transfer*, 2016, p. 1-15; V. PASQUIRE, A. J. WOOD, *The power of social media as a labour campaigning tool: lessons from OUR Walmart and the Fight for 15*, in *Etui Policy Brief*, 2018, p. 10.

di esperienze e *best-practices*¹⁸. Tra le finalità del progetto vi sono, infatti, quelle di fornire gli strumenti per un aggiornamento continuo della conoscenza del contesto lavorativo e di agevolare la socializzazione, il coordinamento e la strutturazione delle pratiche sindacali di avanguardia. Occupa una posizione di primo piano, altresì, l'esigenza di fornire ai sindacalisti una formazione tecnica, requisito ormai imprescindibile per essere in grado di comprendere le modalità con cui affermare le rivendicazioni dei lavoratori nell'era digitale e per valutare se, in caso di esito positivo del conflitto, le soluzioni individuate siano state correttamente recepite nell'organizzazione tecnologica del datore di lavoro¹⁹.

Il progetto di cui sopra consiste, in particolare, in una piattaforma *online*, cui è possibile accedere su invito, funzionale a fornire un terreno di elaborazione comune agli organismi creati dalla Cgil per affrontare il fenomeno del lavoro digitalizzato²⁰, cui si aggiunge un inserto mensile, distribuito via *internet*, allo scopo di rendicontare al pubblico le attività svolte. IdeaDiffusa si divide, pertanto, in un'area *community*²¹ e in tre diverse sezioni: i) una *home page*, che attraverso ulteriori sotto-sezioni, permette un rapido accesso alle informazioni e alle notizie più rilevanti in materia di digitalizzazione dell'impresa e del lavoro; ii) la sezione documenti, in cui ogni soggetto che ha accesso alla piattaforma può caricare elementi utili allo scambio di informazioni, i quali vengono successivamente contrassegnati per argomento e possono essere richiamati in ogni pagina o conversazione in corso sulla piattaforma, mediante un apposito indirizzo *Internet*; iii) la sezione discussioni, che è l'elemento centrale attorno a cui ruota l'intero

18 L'Ufficio di Progetto Lavoro 4.0 è una struttura interna alla Cgil finalizzata a coinvolgere trasversalmente varie aree tematiche del sindacato, tra cui quelle competenti per le politiche industriali, la contrattazione, la formazione, il welfare e la *gig economy*, coordinandone e sistematizzandone l'attività; v. CGIL, *Progetto Lavoro 4.0. Primo report di attività*, link http://www.cgil.it/admin_nv47t8g34/wp-content/uploads/2018/03/Report-attivita%C3%A0-Ufficio-Progetto-lavoro-4.0.pdf (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

19 V. sul punto C. MANCINI, *op. cit.*, p. 57-58, la quale evidenzia che «In un contesto in cui l'algoritmo influenza in maniera decisiva alcune decisioni aziendali, determinando, ad esempio, i parametri di avanzamento di carriera o forme di discriminazione, il sindacalista deve saper contrattare l'algoritmo – esattamente come, in passato, sapeva calcolare i tempi della mansione nell'organizzazione tayloristica del lavoro» sebbene ciò «non significa [...] che i sindacalisti debbano diventare programmatori» bensì che essi debbano «essere in grado di capire se i valori e gli input contrattati sono stati effettivamente implementati e saper monitorare nel tempo gli sviluppi dell'algoritmo stesso».

20 Tra essi vi sono la Consulta Industriale, v. CGIL, *Consulta Industriale*, link <http://www.cgil.it/consulta-industriale/> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020); il Coordinamento Politiche Industriali, v. C. MANCINI, *op. cit.*, p. 61 e l'Osservatorio sulle imprese innovative, cfr. IRES, *Progetto Lavoro 4.0. Osservatorio sulle imprese innovative*, 2019, link http://www.cgil.it/admin_nv47t8g34/wp-content/uploads/2019/01/Presentazione-Osservatorio_15-gennaio.pdf.

21 L'area *community* riveste una mera funzione informativa, permettendo di conoscere i nomi e alcuni essenziali dettagli biografici dei soggetti che hanno accesso alla piattaforma IdeaDiffusa, oltre alle conversazioni in cui essi sono coinvolti, cfr. C. MANCINI, *op. cit.*, p. 63-64.

sistema della piattaforma, e che favorisce il confronto e l'erogazione delle attività formative cui il progetto è finalizzato. Tale area permette, in particolare, agli utenti di interagire tra loro con brevi commenti di massimo 2.500 caratteri, per un periodo di tempo prestabilito, sulla base di *call* tematiche promosse periodicamente dall'Ufficio Progetto Lavoro 4.0²².

Dal punto di vista applicativo, IdeaDiffusa è stata impiegata, a partire dalla seconda metà del 2017, nella fase preparatoria di diverse attività di studio e confronto organizzate dalla Cgil, come Forum nazionali e Conferenze di programma²³. In tale contesto sono emersi alcuni punti di forza della piattaforma, come la sua struttura flessibile, che permette di ampliare o restringere il numero dei partecipanti in base alle caratteristiche di ciascun evento, e la capacità di raccogliere un numero rilevante di contributi e commenti da porre, successivamente, all'attenzione degli organi decisionali del sindacato²⁴. Particolarmente significativo, in questo contesto, è il dato che attesta una rilevante crescita del numero dei partecipanti alle *call* lanciate sulla piattaforma quando esse sono poste in relazione diretta con eventi che si svolgono nel mondo reale, evidenziando la natura della piattaforma in esame quale strumento di supporto digitale alla dinamica complessiva delle attività sindacali²⁵.

Il progetto OpenCorporation, avviato in via sperimentale nel 2015, da Filcams – la federazione della Cgil che rappresenta i lavoratori dei settori Commercio, Turismo e Servizi – si pone invece l'obiettivo di rendere le imprese multinazionali oggetto di analisi più trasparenti e credibili, rafforzando la possibilità, per i lavoratori e le loro organizzazioni di rappresentanza, di monitorarne la condotta, agendo sul profilo reputazionale di tali soggetti, per metterli in competizione sul campo della qualità e della sostenibilità della loro azione²⁶.

A tal fine, OpenCorporation, mediante la collaborazione con numerosi istituti ed enti di ricerca italiani e stranieri²⁷, raccoglie, con riferimento a circa

22 *Ivi*, p. 62 ss.

23 *Ivi*, p. 65-66.

24 *Ivi*, p. 66-67. Trattandosi di una piattaforma digitale cui si accede mediante invito, IdeaDiffusa può assumere una forma "a geometria variabile", ad esempio ampliando il numero di partecipanti a specifiche *call* collegate a un determinato evento, mentre l'attività ordinaria della piattaforma continua a svolgersi coinvolgendo il numero di soggetti che vi partecipano normalmente. Si veda, al riguardo, l'esempio di IdeaDiffusa Open, che ha permesso di aprire la piattaforma ai contributi dei circa 1.400 partecipanti alla Conferenza di programma della Cgil tenutasi a Milano il 30-31 gennaio 2018.

25 *Ivi*, p. 65 ss.

26 Con riferimento alle finalità poste, nel 2015, alla base del progetto, v. Filcams-Cgil, *OpenCorporation – Sintesi*, <https://2017.opencorporation.org/it/sintesi.html>. Per un'analisi più approfondita sui presupposti, sulla natura e sull'evoluzione di OpenCorporation, v. Stefania Radici, Giorgio Verrecchia (a cura di), *Be Open. Be Accountable*, Ediesse, 2018.

27 Maggiori dettagli relativi ai centri di ricerca coinvolti in OpenCorporation sono reperibili in Filcams-Cgil, *OpenCorporation – Centri di ricerca*, <https://2017.opencorporation.org/media/pdf/it/Centri%20di%20ricerca.pdf>.

10,000 imprese multinazionali operanti in Italia e all'estero, una serie di dati oggettivamente verificabili²⁸ che, identificati come *item*, sono in seguito distribuiti su cinque aree tematiche. Queste ultime corrispondono a: i) dimensione sindacale, che ricomprende le sottocategorie del dialogo sociale, della responsabilità sociale di impresa e delle condizioni di lavoro; ii) dimensione finanziaria, relativa alle informazioni inerenti al bilancio di esercizio, alla trasparenza e alle politiche di investimento; iii) dimensione delle diversità, inerente al profilo aziendale che attiene alle politiche a sostegno di maternità e genitorialità e, in genere, alle iniziative volte al contrasto delle discriminazioni; iv) dimensione dell'accessibilità, dove sono catalogati i dati riguardanti i comportamenti, le politiche aziendali e gli strumenti adottati per favorire la piena accessibilità sul luogo di lavoro; e v) dimensione ambientale, che reca, *inter alia*, informazioni in merito ai modelli di gestione ambientale, alle politiche per il contenimento del ricorso a combustibili fossili e della produzione di rifiuti²⁹.

Gli *item*, adeguatamente ponderati secondo valori adottati al momento della realizzazione della piattaforma, vanno quindi a costituire cinque indici – cui si sommano ulteriori sottoindici – corrispondenti alle dimensioni summenzionate. Ciascuno di essi compone un *rating*, espresso in centesimi, attribuito ad ogni singola multinazionale, che permette agli utenti di valutarne la *performance* in quello specifico settore.

A completamento del quadro, infine, anche tali indici sono messi a sistema tra loro, per determinare un *rating* complessivo da attribuire a ciascuna azienda. Sotto questo punto di vista, la scelta di Filcams è stata quella di abbandonare le tradizionali logiche dirette a valutare le imprese multinazionali in base alle *performance* economiche, produttive e di mercato. OpenCorporation, pertanto, rende noto, per ogni azienda esaminata, un *rating* “*pro-labour*”, costruito attribuendo un “peso” maggiore alla condotta dell'impresa nell'ambito della dimensione sindacale, cui si associano gli altri ambiti di indagine che, tuttavia, incidono in misura minore sulla determinazione del risultato complessivo³⁰.

I dati di cui sopra sono, infine, liberamente accessibili *online*, secondo la ripartizione adottata dalla piattaforma che comprende le classifiche del *rating* principale, dei *rating* tematici, e l'analisi delle *performance* individuali di ciascuna multinazionale.

28 Dalla *home page* di OpenCorporation è possibile accedere, per ciascuna delle società analizzate, a una scheda che riporta più di 100 indicatori, divisi per categorie, sulla base dei quali sono costruiti i *ranking* della piattaforma, link: <https://www.opencorporation.org/it/project>

29 D. DAZZI, *Il ranking sindacale delle imprese multinazionali*, in S. RADICI, G. VERRECCHIA, *op. cit.*, p. 64-65.

30 *Ivi*, p. 63. Nel 2018, su un valore complessivo di 100 punti, la ponderazione compiuta da Filcams-Cgil attribuiva alla dimensione del dialogo sociale un valore di 26/100, a quella della responsabilità sociale 16/100, alle condizioni di lavoro 10/100 mentre alle quattro rimanenti dimensioni era attribuito un “peso”, uguale per tutte, di 12/100.

Quanto alla metodologia adottata, i dati raccolti da OpenCorporation sono assoggettati a una serie di controlli incrociati, per assicurarne la veridicità: ad ogni multinazionale analizzata dalla piattaforma corrisponde infatti una scheda, inizialmente compilata dai gestori del servizio mediante dati reperibili su database pubblici o siti societari³¹. Le informazioni così raccolte sono verificate e integrate dai centri di ricerca che collaborano con OpenCorporation; successivamente, viene richiesto al *management* di ciascuna multinazionale di revisionare e correggere le informazioni collezionate. In ultima istanza, sarà il rappresentante della Federazione Sindacale europea/mondiale del settore o, in alternativa, una figura di coordinamento del CAE – se presente – a svolgere un controllo finale, emendando eventuali errori, omissioni o incongruenze e fornendo, per ciascuna modifica effettuata, una specifica motivazione³².

OpenCorporation si inserisce, pertanto, in quella categoria di iniziative *pro-labour* identificabili come *employer rating systems*³³: un nuovo strumento idoneo a supportare l'azione sindacale, riducendo i *deficit* informativi³⁴ che le organizzazioni dei lavoratori, o singoli prestatori di lavoro, incontrano nel valutare l'operato effettivo delle imprese multinazionali, agevolandoli nell'avanzare nuove rivendicazioni e nel decifrare, in modo efficace, l'impatto di eventuali accordi collettivi sull'andamento complessivo di tali aziende.

Neo-mutualismo: *umbrella companies* “cooperative” e *associational unionism* per costruire le protezioni adeguate al nuovo contesto lavorativo.

Una diversa impostazione del rapporto tra attività di rappresentanza e innovazione tecnologica è quella seguita dalle organizzazioni che, rivolgendosi a lavoratori *freelance* e digitali, hanno assunto un approccio neo-mutualistico, adattando all'era digitale alcune strategie di tutela dei prestatori di lavoro più deboli già impiegate dalle prime organizzazioni sindacali agli inizi del XX secolo³⁵.

31 *Ivi*, p. 67 ss.

32 *Ibidem*.

33 In merito alla natura e alla potenzialità degli *employer rating system* nel favorire un miglioramento delle condizioni di lavoro cfr. P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 4, 2017, p. 554-558; J. M. HIRSH, *Worker collective action in the digital age*, 117 *W. Va. L. Rev.*, 2015, p. 931-934 e M. MENSI, *op. cit.*, p. 527-529. Oltre a OpenCorporation, altri rilevanti esempi di *employer rating system* sono *FairComdWork*, in relazione al quale v. A. LASSANDARI, *Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n. 2, 2017, p. 68.; e il progetto *Crowd-workers*, utilizzato dai lavoratori della piattaforma online Amazon Mechanical Turk, v. C. CALLISON-BURCH, *Crowd-Workers: Aggregating Information Across Turkers to Help Them Find Higher Paying Work*, AAAI Publications, 2014.

34 V., *inter alia*, G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2, 2015, p. 245 ss.

35 In merito al fenomeno del neo-mutualismo in ambito sindacale e dell'organizzazione collettiva dei prestatori di lavoro sia concesso il rinvio a M. AVOGARO, *New perspectives for workers'*

L'obiettivo che esse perseguono è, in sostanza, quello di creare forme di aggregazione volontaria di lavoratori, con la finalità di permettere a questi ultimi di unire più agevolmente le forze per assicurarsi, secondo varie modalità, una tutela reciproca nei confronti dei rischi e delle criticità connesse alle prestazioni lavorative.

È possibile riscontare due modalità in cui declinare, nel contesto in esame, la logica neo-mutualistica. Da un lato, vi sono particolari tipologie di società cooperative latamente inquadrabili in una categoria *pro-labour* di *umbrella companies*³⁶ che hanno, tra le proprie finalità principali, quella di assumere il prestatore di lavoro digitale, permettendogli quindi di accedere alle tutele previste dall'ordinamento italiano per i lavoratori subordinati, lasciandogli, in ogni caso, la facoltà di gestire in via pressoché autonoma la propria attività. Dall'altro, è possibile ricondurre alla categoria neo-mutualistica le associazioni che interpretano la rappresentanza dando luogo ad un'attività di *advocacy* e alla prestazione di servizi e assistenza a costi ridotti, anziché sulla base del binomio sciopero-contratto collettivo, costituendo una revisione, in ottica digitale, della dottrina sindacale dell'*associational unionism*³⁷.

Nel contesto europeo, ad oggi, cominciano ad essere numerose le realtà cooperative che tentano di aggiornare il concetto di *umbrella company*, piegandolo, da una logica prettamente commerciale, ad una più vicina alle esigenze dei lavoratori. Tra esse, quella di dimensioni più rilevanti pare essere SMart³⁸, società fondata nel 1998 in Belgio e, ad oggi, operante in 9 Paesi europei, con circa 120.000 lavoratori associati³⁹.

In ambito nazionale, un esperimento di notevole interesse è quello di DocServizi, una società cooperativa fondata a Verona nel 1990, rivolta principalmente a prestatori di lavoro *freelance* operanti nel settore creativo e dello

organizations in a changing technological and societal environment, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 40, n. 2, 2019, p. 325 ss.

- 36 Le *umbrella companies* sono persone giuridiche che, negli ordinamenti ove sono ammesse, assumono un prestatore di lavoro con la finalità di permettergli di acquisire la qualifica di lavoratore subordinato, pur continuando ad operare in modo sostanzialmente autonomo, v. P. ICHINO, *op. cit.*, p. 525 ss.
- 37 Tale categoria, identificata negli Stati Uniti a partire dalle fine degli anni 80, racchiude quelle forme di espressione dell'attività sindacale che adottano strategie alternative al classico binomio sciopero-contrattazione collettiva, cfr. C. C. HECKSCHER, *The new unionism*, Basic Books, Inc., 1988, p. 177 ss.
- 38 Il fenomeno associativo in commento trova maggior radicamento in Francia e il Belgio ove, oltre alla già citata SMart, operano quattro organizzazioni di dimensioni rilevanti: Copaname, Grands ensemble, Oxalis e Vacteurs Activités.
- 39 SMart Belgium, *La coopérative en pratique?*, link <http://smartbe.be/fr/la-cooperative-en-pratique/> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020) e Smart Belgium, *Historique*, link <http://smartbe.be/fr/a-propos/historique/> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

spettacolo⁴⁰. Essa mette a disposizione dei lavoratori associati un ventaglio onnicomprensivo di strumenti di tutela che, oltre alla formale assunzione come prestatore di lavoro dipendente generalmente assicurata dalle *umbrella companies*, include servizi professionali e uno strumento di protezione del reddito professionale.

I costi di adesione per divenire socio di DocServizi sono pari a 51,65 euro, cui si aggiunge una quota di iscrizione mensile di 10 euro, e ulteriori 30 euro da corrispondere, *una tantum*, al momento dell'ingresso nella società. La fonte principale di finanziamento per i servizi offerti dalla cooperativa, tuttavia, non deriva dalle quote di adesione, bensì dal margine operativo lordo (MOL), un prelievo del 14% operato dalla cooperativa sul fatturato mensile del prestatore di lavoro⁴¹.

In cambio della corresponsione di tali somme, il lavoratore digitale avrà la possibilità di concludere, con DocServizi, un contratto di lavoro⁴², beneficiando della qualifica di dipendente – e delle relative tutele rafforzate in ambito previdenziale, in caso di malattia e/o infortunio sul lavoro – pur continuando a svolgere la propria attività con modalità pressoché identiche a quelle adottate in precedenza. Al riguardo, poiché l'ordinamento italiano non ha disciplinato espressamente la figura delle *umbrella companies*, DocServizi ricorre, per svolgere lecitamente tale attività, all'istituto giuridico del lavoro intermittente, generalmente noto anche come lavoro “a chiamata”⁴³.

Una volta avviato il rapporto lavorativo tra cooperativa e *freelance*, quest'ultimo risulterà formalmente assunto da DocServizi e la “chiamata” da parte della cooperativa avverrà, nei confronti del lavoratore, solo quando egli le avrà segnalato la presenza di un committente disponibile ad affidargli un incarico professionale. In tal modo, le prestazioni fornite dal lavoratore *freelance* e rientranti nell'oggetto sociale di DocServizi saranno fatturate dalla cooperativa, che trasferirà successivamente il compenso al lavoratore, detratte le somme dovute a DocServizi per l'attività da essa svolta.

Adottando questo *escamotage* giuridico, il lavoratore autonomo associato a DocServizi sarà libero di gestire la propria attività e di sviluppare il proprio

40 DocServizi, *Bilancio sociale 2018*, link https://www.docservizi.it/wp-content/uploads/2019/06/bilancio-sociale-2018_web.pdf (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

41 DocServizi, *Bilancio sociale 1990-2017*, link http://www.docservizi.it/wp-content/uploads/2018/06/corporate-identity-doc_rev01_web.pdf (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

42 V. art. 3, comma 1 dello Statuto di DocServizi.

43 *Ex* art. 6 del Regolamento interno adottato da DocServizi sulla base di quanto previsto dalla Legge n. 142 del 3 aprile 2001, la società cooperativa può essere titolare di tre tipologie di rapporti di lavoro, derivanti da: contratti di lavoro subordinato – con o senza termine, o intermittente –, contratti di lavoro autonomo o rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Il 98% dei contratti di lavoro conclusi da DocServizi, tuttavia, sono a chiamata, v. F. MARTINELLI, *Doc Servizi e l'Europa*, DocServizi, 2017, p. 39-40.

business senza condizionamenti da parte di terzi, mentre la cooperativa agirà, formalmente, da datore di lavoro. Alla luce della sua qualità di lavoratore intermittente, infine, il *freelance* non riceverà un compenso fisso, ma parametrato all'andamento del suo fatturato⁴⁴. La cooperativa prevede, inoltre, in alcuni casi, di corrispondere al *freelance*, per i periodi di non lavoro, un'indennità di disponibilità, permettendogli così di disporre di un sostegno al reddito anche in assenza di una continuità di incarichi professionali⁴⁵.

La struttura giuridica adottata da DocServizi, sebbene di particolare efficacia nel rafforzamento della posizione, sul mercato, dei lavoratori autonomi ad essa associati, sconta la criticità rappresentata dai limiti che l'ordinamento italiano pone all'utilizzo del lavoro intermittente: i commi 1 e 2 dell'art. 13 del Decreto legislativo n. 81 del 2015 infatti, limitano, al di fuori delle fasce di età oggetto di liberalizzazione, la possibilità di utilizzare tale forma di rapporto di lavoro ai casi previsti, di norma, dai contratti collettivi. Inoltre, ai sensi del comma 3 del predetto art. 13, al di fuori dei settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo, non è permesso, in ogni caso, "chiamare" il lavoratore a svolgere la prestazione per più di 400 giornate nel corso di tre anni solari, salvo incorrere nella conversione del rapporto in un contratto di lavoro subordinato – "ordinario" e non intermittente – a tempo indeterminato. Di conseguenza, ad oggi, lo spazio per tali forme "cooperative" di *umbrella companies*, salvo futuri interventi del legislatore, rimane limitato.

Fermo quanto sopra, l'elemento che contribuisce in maniera più rilevante a differenziare DocServizi da una normale *umbrella company* è la notevole quantità di prestazioni accessorie che la cooperativa mette a disposizione dei propri associati e, in determinati casi, anche di prestatori di lavoro estranei alla compagine societaria. Al riguardo, uno dei principi-guida di DocServizi è quello di personalizzare le prestazioni fornite in base alle caratteristiche di ogni socio. Pertanto, le prestazioni messe a disposizione dalla cooperativa si suddividono in servizi generali, funzionali a portare assistenza ai *freelance* nella loro attività quotidiana, e attività più specifiche, finalizzate alla promozione del *business*⁴⁶.

44 *Ivi*, 40.

45 La disciplina italiana del lavoro intermittente, di cui agli art. 13 ss. del Decreto legislativo n. 81 del 15 giugno 2015, permette al datore di lavoro di concordare con il lavoratore, il diritto o meno a percepire anche un'indennità di disponibilità, per compensare i periodi in cui il lavoratore, pur non svolgendo concretamente l'attività lavorativa, rimane reperibile in caso di richiesta di intervento della parte datoriale. Come precisato dall'art. 16 del Decreto legislativo n. 81 del 2015, qualora venga pattuito il pagamento di un'indennità di disponibilità, il lavoratore non può rifiutare la chiamata del datore di lavoro. Tuttavia, la maggioranza dei contratti di lavoro attivati da DocServizi non prevedono la corresponsione di tale indennità, vedi F. MARTINELLI, *op. cit.*, 41.

46 Questi servizi personalizzati sono suddivisi in sette "poli di mestiere": DocServizi, DocCreativity, DocEducational, Hypernova, DocLive, Freecom, KeepOn Live, Stea, v.

Tra i primi, di particolare interesse è lo strumento approntato per tutelare il reddito del prestatore di lavoro associato: utilizzando i contributi dei soci, DocServizi è, infatti, in grado di assicurare a tali lavoratori il pagamento puntuale delle spettanze, anche qualora il committente si dovesse rivelare inadempiente⁴⁷.

Per rispondere alle esigenze più urgenti dei soci-lavoratori intermittenti, DocServizi ha inoltre avviato un *help desk* attivo 24 ore al giorno, che permette ai lavoratori *freelance* di ottenere, in tempo reale, chiarimenti su questioni amministrative o fiscali⁴⁸. Tra gli ulteriori servizi digitalizzati messi a disposizione dalla cooperativa per rafforzare la posizione dei soci nel mercato del lavoro vi sono, infine, una piattaforma di *e-learning*⁴⁹ e tre database accessibili via *internet*, DocLive (dedicato agli artisti), DocCrew (per gli operatori tecnici) and DocVisioni (relativamente ai *freelance* del settore audio-visivo), che permettono ai clienti e ai soci medesimi di ricevere informazioni dettagliate sull'esperienza e sulle competenze dei lavoratori associati, aumentando le possibilità di dare luogo a nuove e ulteriori sinergie lavorative⁵⁰.

Uno sviluppo contemporaneo della teoria dell'*associational unionism* si può identificare, invece, nei fenomeni associativi che cercano di dare rappresentanza al lavoro digitale autonomo, inteso nella sua forma genuina, senza prevedere soluzioni giuridiche volte a far rientrare tali soggetti nell'area del lavoro subordinato.

Per tali prestatori di lavoro, che svolgono la propria attività, di norma, individualmente, con percorsi di carriera diversificati e spesso con interessi che tendono a non coincidere, la via dell'azione rivendicativa e della contrattazione collettiva è, per ragioni di diritto e di fatto, difficilmente praticabile⁵¹. Uno

DocServizi, *La rete*, link <https://docservizi.retedoc.net/la-rete/> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

47 F. MARTINELLI, *op. cit.*, p. 42-43.

48 DocServizi, *Servizi base*, link <https://docservizi.retedoc.net/servizi-base/> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

49 *Ibidem*. L'attività formativa promossa da DocServizi riguarda competenze essenziali per lo svolgimento, in modo corretto, delle prestazioni lavorative, quali la salute e la sicurezza sul lavoro.

50 F. MARTINELLI, *op. cit.*, p. 36-37.

51 Il riferimento corre all'art. 101 TFUE, il quale prevede, per l'effetto del combinato disposto dei commi 1 e 2, l'incompatibilità con il mercato unico e, pertanto, la nullità di «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione [...]». Al riguardo, le sentenze Albany e FNV Kunsten, emesse dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, hanno contribuito a precisare che tale divieto si applica anche agli accordi collettivi volti a fissare le tariffe delle prestazioni svolte da lavoratori autonomi, «purché non si tratti di prestatori che si trovino in una situazione paragonabile a quella dei lavoratori [subordinati]», v., per quest'ultimo inciso, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 11 settembre 2014, C-413/13, punto 31 e, con

strumento per sostenere i soggetti in esame, cercando di migliorare le loro condizioni di lavoro è, pertanto, quello di fornire servizi a costi ridotti – perché rivolti a un numero rilevante di lavoratori associati –, di promuovere la creazione di *community* funzionali a creare sinergie professionali, oltre a svolgere, anche grazie all'appoggio dei media e dell'opinione pubblica, campagne a favore dell'adozione di provvedimenti legislativi idonei a creare un contesto più favorevole a tali professionisti⁵².

Sebbene le più rilevanti esperienze nell'ambito dell'*associational unionism* "4.0" abbiano avuto luogo negli Stati Uniti⁵³, si riscontrano, al riguardo, spunti interessanti anche nel panorama italiano, sia di matrice spontanea⁵⁴, sia frutto dell'iniziativa di un'organizzazione sindacale.

Una delle sperimentazioni di maggiore interesse è quella compiuta dalla Cisl, mediante l'associazione vIVAce. Quest'ultima si caratterizza per l'importanza data alla costruzione di una *community* di professionisti digitali, intesa come piazza virtuale dove incontrarsi e discutere le problematiche connesse a tali modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, alla tutela della professionalità e dei diritti dei lavoratori indipendenti "4.0"⁵⁵.

L'attività di vIVAce – alla quale è possibile aderire *online*, mediante la compilazione di un apposito modulo, se si è lavoratori *freelance* o liberi professionisti che operano attraverso le nuove tecnologie e *internet*⁵⁶ – si articola, quindi, oltre che attorno alla possibilità di incontro virtuale e fisico tra i membri della *community*, in un'attività di *advocacy*, e nella predisposizione di servizi e strumenti di natura professionale, potenzialmente utili ai prestatori di lavoro autonomo.

riferimento alla c.d. sentenza Albany, *inter alia*, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 21 settembre 1999, C-67/97, in *Law. Giur.*, n. 1, 2000, p. 22, nt. A. ALLAMPRESE. Per una riflessione più generale sulla compatibilità tra l'ordinamento comunitario e le recenti iniziative del legislatore italiano nella direzione di rafforzare la tutela dei lavoratori autonomi sul mercato del lavoro, v. anche M. BIASI, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 358/2018.

52 V. *supra*, n. 19.

53 Freelancers Union, *About us*, link <https://www.freelancersunion.org/about/> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

54 Al riguardo, l'esempio più rilevante appare quello dell'Associazione Consulenti Terziario Avanzato (ACTA) in riferimento alla quale sia consentito rinviare, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a M. AVOGARO, *New perspectives for workers' organizations in a changing technological and societal environment*, *cit.*, p. 325 ss.

55 S. DEGL'INNOCENTI, *Lavoro digitale e rappresentanza: l'esperienza di vIVAce!*, in AA.VV., *Rappresentare il lavoro nel tempo della digitalizzazione*, Fondazione Tarantelli – Centro Studi Ricerca e Formazione 2018, p. 18 ss.

56 vIVAce!, *Chi siamo*, link <https://vivaceonline.it/vivace> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020); nonché S. DEGL'INNOCENTI, *op. cit.*, p. 19. vIVAce!, in particolare, non è una federazione sindacale, ma una realtà associativa, in seno alla FELSA-Cisl, che favorisce l'aggregazione dei lavoratori autonomi operanti mediante *internet*.

Le rivendicazioni avanzate da vIVAce sono principalmente rivolte a cercare di costruire un ambiente normativo più favorevole ai *freelance*, che ne tuteli la qualità della vita e la professionalità. In tale contesto si segnalano, in particolare, le richieste connesse alla tutela del reddito dei prestatori di lavoro rappresentati, che comprendono il rafforzamento delle garanzie inerenti al pagamento degli onorari mediante la costituzione di fondi di garanzia *ad hoc* attraverso forme di bilateralità⁵⁷ e la previsione di strumenti di sostegno per i lavoratori autonomi in difficoltà economiche, da erogarsi prima della chiusura involontaria dell'attività⁵⁸. A tali misure si aggiunge un "Toolbox" recante gli strumenti approntati da vIVAce per assistere i lavoratori *freelance 4.0* nello svolgimento quotidiano della loro professione. Oltre a forme di ausilio pratico quali modelli di contratto di collaborazione⁵⁹ o di fattura⁶⁰, appare opportuno segnalare la guida pratica al c.d. "Jobs Act del lavoro autonomo"⁶¹, recante consigli su come sfruttare al meglio le tutele messe a disposizione dal legislatore italiano con la Legge n. 81 del 2017⁶².

Alla voce "Convenzioni", infine, si identificano i servizi a prezzo agevolato cui possono accedere gli associati a vIVAce⁶³: accanto ad attività di tradizionale estrazione sindacale, come la consulenza fiscale svolta dai patronati⁶⁴, apporti innovativi riguardano la predisposizione di uno sportello volto a fornire consulenze e informazioni sulle modalità di accesso a finanziamenti regionali o europei⁶⁵,

57 In via generale, sulla natura e il funzionamento degli enti bilaterali, costituiti dalle parti sociali mediante la contrattazione collettiva, nell'ordinamento italiano, cfr., tra gli altri, Simonetta Renga, *Bilateralità e sostegno del reddito tra autonomia e eteronomia*, Cedam, 2013.

58 vIVAce!, *Le richieste di vIVAce*, vivaceonline.it/news/read/ricieste-Vivace-diritti-freelance (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

59 vIVAce!, *Esempi di contratto*, vivaceonline.it/toolbox/read/esempi-di-contratto (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

60 vIVAce!, *Esempi di fattura*, vivaceonline.it/toolbox/read/esempi-di-fattura (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

61 vIVAce!, *Guida al Job Act*, vivaceonline.it/toolbox/read/guida-al-job-act (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

62 Per un commento allo Statuto del lavoro autonomo contenuto nella Legge n. 81 del 2017 v., tra gli altri, A. ALAIMO, *Lo "Statuto dei lavoratori autonomi": dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso una ulteriore diversificazione delle tutele? (l. 22 maggio 2017, n. 81)*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2018, p. 589 ss. e S. GIUBBONI, *Il Jobs act del lavoro autonomo: commento al capo I della legge n. 81/2017*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, fasc. 155, 2017, p. 474 ss.

63 L'elenco completo di tali servizi è reperibile in vIVAce!, *Servizi*, vivaceonline.it/convenzioni (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

64 vIVAce!, *Patronato*, vivaceonline.it/convenzioni/read/assistenza-socio-previdenziale (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

65 vIVAce!, *Europrogettazione*, vivaceonline.it/news/read/europrogettazione-partite-iva (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

e un servizio di *car helper* diretto a fornire assistenza, a prezzi ridotti, nella gestione del parco veicoli del lavoratore autonomo aderente all'associazione⁶⁶.

Sia l'esperienza di DocServizi che quella di vIVAcel, pertanto, paiono caratterizzate da alcuni elementi comuni. Tra questi, oltre ad una strutturazione dei servizi all'insegna della semplicità di accesso, mediante il ricorso a piattaforme *online* e a una comunicazione "orizzontale" semplice ed immediata – emerge una sempre maggiore attenzione alla personalizzazione delle tutele, che paiono doversi adattare alle modalità in cui il prestatore di lavoro svolge la propria professione, esaltando, per quanto possibile, anche alla luce dei limiti di legge, la sua autonomia, anziché limitarla e irreggimentarla in schemi uguali per tutti. In altri termini una modalità di rafforzare le tutele e "fare", in senso lato, sindacato che, alla luce della forte spinta alla personalizzazione delle prestazioni e dei servizi frutto della digitalizzazione, tende sempre più a adeguarsi alle esigenze del singolo lavoratore.

3. La contrattazione "digitale": nuovi diritti ed esperimenti di negoziazione

Anche la contrattazione collettiva non è immune dall'influenza, a livello di contenuti e di procedure, del processo di digitalizzazione dei contesti produttivi.

In tale ambito è, tuttavia, necessario operare una distinzione. Da un lato vi sono settori, come quello industriale, dove la contrattazione tra le parti sociali è storicamente radicata. Al riguardo, a mutare non sono le procedure negoziali bensì i temi oggetto di contrattazione, con l'emergere di questioni strettamente connesse alle nuove criticità aperte dall'attività lavorativa realizzata con un crescente ricorso a *digital tools*, alla possibilità di interagire da remoto con i macchinari e di svolgere in tale modalità, anche a causa dell'avvento della pandemia legata al virus Covid-19, la prestazione di lavoro *tout court*. Diverse sono, invece, le criticità connesse ai temi della contrattazione in quegli ambiti lavorativi in cui per ragioni storiche, o derivanti dalle dimensioni delle realtà imprenditoriali coinvolte e dalle tipologie di rapporti di lavoro utilizzati, la contrattazione non era, nell'era pre-digitale, un tema all'ordine del giorno, ma lo è diventato in tempi recenti, a causa della notevole espansione di tali forme di business sulla base del progresso delle tecnologie digitali. Un esempio, in questo senso, è quello del *work-on-demand-via-app* – nella cui categoria si collocano i fattorini operanti nel settore del food delivery – dove imprese multinazionali, in grado di gestire su scala nazionale ed europea un numero molto elevato di rapporti di lavoro tramite piattaforme *online*, hanno soppiantato una gestione delle relazioni lavorative

66 vIVAcel, *Car helper*, vivaceonline.it/convenzioni/read/car-helper (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

che, in precedenza, si svolgeva prevalentemente a livello locale e in base a rapporti tra imprenditore e lavoratore generalmente fondati sull'*intuitu personae*.

Tali ambiti di indagine andranno, pertanto, affrontati separatamente, onde evidenziarne le peculiarità e i possibili effetti futuri sullo sviluppo della contrattazione tra organizzazioni datoriali e associazioni dei lavoratori.

Digitalizzazione e contrattazione collettiva nei settori già oggetto di negoziazione: una questione di contenuti.

Come accennato in precedenza, in quei settori già oggetto di negoziazione nell'era pre-digitale la mutazione portata dall'avvento dell'informatizzazione avanzata e delle nuove tecnologie ha prodotto, in via principale, una modificazione dei contenuti degli accordi tra parti sociali.

Tale fenomeno trova conferma nelle analisi recentemente svolte dai principali osservatori europei in materia negoziale. Il rapporto pubblicato, nel settembre 2018, dalla Confederazione Europea dei Sindacati (CES), dal titolo "*Digitalizzazione e partecipazione dei lavoratori*"⁶⁷ evidenzia, infatti, che tra le maggiori istanze al centro delle procedure di informazione e consultazione svolte nelle imprese europee nel biennio precedente vi sono stati temi quali il rapporto tra digitalizzazione e orario/tempo di lavoro (oggetto di confronto, relativamente ai diversi temi interni a questa categoria, tra il 15 e il 21% dei casi)⁶⁸, la necessità di adeguare le competenze professionali dei lavoratori alle nuove richieste del mercato (28-29%, che aumenta fino al 37% se si allarga il campo di indagine ai cambiamenti nei processi di lavoro in seguito all'implementazione di tecnologie digitali)⁶⁹, e la tutela dei dati personali (23%)⁷⁰. Tali argomenti rimangono centrali anche a livello di dibattito interno al sindacato⁷¹, dove trova

67 L'analisi è stata compiuta tra il giugno 2017 e il giugno 2018 su una platea di 949 soggetti composta da sindacalisti di organizzazioni affiliate alla CES e/o di Federazioni sindacali europee di settore, rappresentanti sindacali aziendali, e lavoratori delle piattaforme digitali. I Paesi coinvolti sono quelli dell'area UE/SEE, salvo Cipro e Malta, cui si aggiungono Bosnia-Erzegovina e Macedonia. Con riferimento alle note metodologiche v. E. VOSS, H. RIEDE, *Digitalizzazione e partecipazione dei lavoratori. L'opinione di sindacati, organismi di rappresentanza aziendali e lavoratori delle piattaforme digitali europee*, www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2018-09/Voss%20Report%20IT1.pdf (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020), p. 3-8.

68 Il riferimento corre ai «problemi di equilibrio lavoro-vita privata o di orario di lavoro legati alla digitalizzazione», oggetto di confronto/consultazione nel 21% dei casi esaminati dall'indagine CES, al «telelavoro e mobile working basato sulle tecnologie dell'informazione e della comunicazione» (21%) e al diritto a disconnettersi (15%), v. E. VOSS, H. RIEDE, *op. cit.*, p. 22.

69 *Ibidem*.

70 *Ivi*, p. 23.

71 In particolare, le questioni maggiormente trattate a livello di dibattito intra-sindacale riguardano, oltre al generale cambiamento nella politica/strategia aziendale per effetto della digitalizzazione (26%), i «problemi di equilibrio lavoro-vita privata o di orario di lavoro legati alla digitalizzazione» (23%), il «diritto a disconnettersi» (19%), i cambiamenti nei profili occupazionali/qualifiche professionali e le conseguenti esigenze di ulteriore formazione (18-19%) e

spazio, tra le questioni di maggior interesse, anche la «necessità di comprendere le caratteristiche delle nuove forme di lavoro per difendere gli interessi dei lavoratori periferici» (23%).

A livello di contrattazione, invece, i settori in cui si riscontra il numero maggiore di accordi connessi a tematiche proprie della c.d. “rivoluzione digitale” sono quello finanziario, logistico, dell’*high-tech*, sanitario, postale, automobilistico e delle telecomunicazioni⁷². L’ambito in cui si evidenzia un maggior volume di intese tra parte datoriale e sindacati è tuttavia quello aziendale, dove spiccano gli accordi in materia di lavoro svolto da remoto mediante nuove tecnologie (22% dei casi esaminati), dell’introduzione di nuovi strumenti di controllo di prestazioni e comportamenti (17%) e della modificazione del contesto produttivo in ragione dell’introduzione di innovazioni quali «automazione, robot, dispositivi digitali come palmari, tablet, occhiali e guanti intelligenti [...]» (15%)⁷³.

I dati sopra evidenziati trovano sostanziale conferma anche nel rapporto “*The Future of Manufacturing in Europe*” (FOME), pubblicato da Eurofound nel 2019 e basato su uno studio ad ampio spettro⁷⁴, relativo ai Paesi dell’area UE e diretto a fornire una previsione degli effetti della rivoluzione tecnologica in corso, con specifico riferimento al settore manifatturiero. Al riguardo vengono individuati, come temi chiave delle relazioni industriali dei prossimi anni, la salute e la sicurezza sul lavoro, la protezione dei dati personali e il *work-life balance*⁷⁵.

A livello nazionale, l’elaborazione svolta dalle maggiori organizzazioni sindacali pare essere giunta, d’altra parte, a conclusioni affini.

La prima tra le associazioni dei lavoratori maggiormente rappresentative ad aver affrontato le criticità e gli effetti di Industria 4.0 sulla contrattazione collettiva è stata la Cisl, con il rapporto *#SindacatoFuturo in Industry 4.0*⁷⁶ del 2015. In tale documento, l’associazione in esame sposava la tesi che non considera la digitalizzazione, di per sé, sinonimo di perdita di posti di lavoro, bensì presupposto per lo sviluppo di nuove competenze, sia di carattere tecnico – con il passaggio da mansioni per lo più manuali ad attività di programmazione, manutenzione, e sviluppo di macchinari e *software* – sia rientranti nell’area delle *soft skills*

la protezione dei dati personali resi noti nell’esercizio della prestazione lavorativa per mezzo di *digital tools* (19%), v. E. VOSS, H. RIEDE, *op. cit.*, p. 22-23.

72 *Ivi*, p. 21.

73 *Ivi*, p. 22-23.

74 I risultati del rapporto FOME tengono conto, oltre che del risultato di attività di ricerca svolte *ad hoc* in riferimento ai Paesi dell’area UE, anche dell’esame, tra gli altri, di 10 rapporti di progetto, 47 *case studies* e 27 *policy instruments*, v. EUROFOUND, *The Future of Manufacturing in Europe*, Publications Office of the European Union, 2019, p. 1.

75 *Ivi*, p. 52-53.

76 M. BENTIVOGLI, D. DI VICO, L. PERO et al., *#SindacatoFuturo in Industry 4.0*, ADAPT University Press, 2015.

– come la capacità di lavorare in *team*, di essere *multitasking* e di partecipare al miglioramento del sistema produttivo fornendo contributi critici e propositivi⁷⁷.

Per tali ragioni, la Cisl pone al centro della contrattazione collettiva dei prossimi anni il tema della formazione, con la necessità considerare l’aggiornamento e la crescita professionale dei lavoratori come un diritto soggettivo degli stessi⁷⁸. Ad esso si aggiunge una nuova concezione delle mansioni, con un abbandono della categorizzazione rigida introdotta nella contrattazione collettiva di categoria fin dagli anni 70, e il passaggio a definizioni più flessibili, da scambiare con un rafforzamento del *welfare* aziendale e dei servizi messi a disposizione da parte datoriale⁷⁹. Infine, un ruolo centrale è ricoperto dal bilanciamento tra tempi di vita e tempi di lavoro, con un’attenzione particolare alla portata applicativa e agli effetti sul *work-life balance* dell’istituto del lavoro agile, introdotto per la prima volta nell’ordinamento italiano con la Legge n. 81 del 2017⁸⁰.

Sulla stessa lunghezza d’onda pare porsi la Cgil, la quale ha condiviso, unitamente alla Uil, gli esiti dell’analisi della Cisl in merito all’evoluzione delle modalità di erogazione delle prestazioni lavorative nei settori “classici” della contrattazione collettiva sottolineando, in particolare, la futura centralità di temi quali la formazione e il giusto bilanciamento tra vita privata e vita lavorativa⁸¹. Essa, inoltre, evidenzia la necessità di dare luogo a una sorta di “contrattazione d’anticipo”, utilizzando, in una logica *pro-labour*, i risultati prodotti dalla *workforce analytics*⁸² per influire sui contenuti e le finalità perseguite dagli algoritmi secondo cui opera l’industria digitalizzata⁸³. I tre maggiori sindacati italiani pongono l’accento, infine, su un generale rilancio della contrattazione di secondo livello⁸⁴ per stimolare la crescita della produttività, che costituisce, ad oggi, uno dei

77 Con riferimento a tali forme di evoluzione dell’attività lavorativa dipendente, cfr. L. PERO, *Industry 4.0: tecnologie, organizzazioni e ruolo del sindacato*, in M. BENTIVOGLI, D. DI VICO, L. PERO et al., *op. cit.*, p. 26 ss.

78 M. BENTIVOGLI, *Sindacato futuro nell’era dei big data e Industry 4.0: la smart factory necessita della smart union*, in M. BENTIVOGLI, D. DI VICO, L. PERO et al., *op. cit.*, p. 10 ss.

79 G. B. NAVARETTI, *Industry 4.0: le tecnologie, il lavoro, la creazione di valore*, in M. BENTIVOGLI, D. DI VICO, L. PERO et al., *op. cit.*, p. 31-33.

80 M. BENTIVOGLI, *op. cit.*, p. 11 ss.

81 CGIL, CISL, UIL, *Una vita italiana a Industria 4.0 che guardi ai modelli europei più virtuosi*, 13 marzo 2017, link http://www.cgil.it/admin_nv47t8g34/wp-content/uploads/2017/03/Doc-Unitario-CGIL-CISL-UIL-del-13-marzo-2017-INDUSTRIA-4_0-1.pdf (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020), p. 2 ss.

82 Per *workforce analytics* si intende l’impiego dei *big data* e dei procedimenti di *data analytics* nell’amministrazione delle risorse umane delle imprese; v. al riguardo, tra gli altri, E. DAGNINO, *People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *Labour & Law Issues*, vol. 3, n. 1, 2017.

83 M. CARRIERI, P. NEROZZI, T. TREU (a cura di), *La partecipazione incisiva*, Il Mulino, 2015; in merito ai presupposti e alle strategie per agevolare il successo della contrattazione d’anticipo, F. BUTERA, *Lavoro e organizzazione nella quarta rivoluzione industriale: la nuova progettazione socio-tecnica*, in *L’industria*, n. 3, 2017, p. 291 ss.

84 *Ivi*, p. 5.

più significativi punti di debolezza del sistema produttivo italiano, sia pre che post-digitalizzazione⁸⁵.

Tale convergenza si è concretizzata, peraltro, non solo in dichiarazioni di intenti e *report* di ricerca, ma anche in accordi interconfederali volti a ridefinire il volto delle relazioni industriali alla luce dell'evoluzione delle modalità di produzione. Va in questa direzione il c.d. Patto per la fabbrica del 29 febbraio-8 marzo 2018, il quale vede la maggiore organizzazione imprenditoriale del Paese – Confindustria – e i tre sindacati interconfederali concordi nell'«adottare nelle relazioni industriali un modello di “governance adattabile” in cui il contratto collettivo nazionale di categoria, oltre ad assolvere «la sua principale funzione di fonte di regolazione dei rapporti di lavoro e di garante dei trattamenti economici e normativi comuni a tutti i lavoratori del settore» sarà chiamato a «incentivare lo sviluppo virtuoso [...] della contrattazione di secondo livello, orientando le intese aziendali [...] verso il riconoscimento di trattamenti economici strettamente legati a reali e concordati obiettivi di crescita della produttività aziendale [...] valorizzando i processi di digitalizzazione»⁸⁶. Conforme a tale orientamento era anche il successivo Accordo sulla “formazione 4.0” del 5 luglio dello stesso anno, che individuava le linee guida che le parti sociali erano tenute a seguire per stipulare gli accordi collettivi aziendali o territoriali obbligatori per permettere alle imprese di accedere, fino al 31 dicembre 2019, al credito di imposta di cui all'art. 1, commi da 46 a 56, Legge n. 205 del 27 dicembre 2017 per le attività di formazione finalizzate ad acquisire o consolidare conoscenze tecnologie nell'ambito di Industria 4.0⁸⁷.

La natura del presente contributo non permette, tuttavia, di dare conto dei singoli sviluppi a livello di contrattazione di categoria e aziendale inerenti a tutti i temi negoziali evidenziati *supra*. A titolo di esempio pare opportuno, quindi, soffermarsi su uno dei temi che maggiormente hanno destato l'attenzione del dibattito sindacale e del dialogo sociale: l'implementazione, per via contrattuale,

85 Per un'analisi comparata dell'indice di crescita della produttività del lavoro in ambito comunitario, e per un *focus* specifico sugli indicatori secondari, quali *PICT capital productivity growth rate* e il *multifactor productivity growth rate*, idonei ad evidenziare la capacità di ciascun sistema-Paese nel creare un ambiente favorevole all'evoluzione tecnologica dei contesti lavorativi, v. P. PARRAVICINI, Alessandro Graffi, *The Labor Productivity Slowdown: The True Issue of the Italian Economy*, in *American Journal of Industrial and Business Management*, n. 9, 2019, p. 258 ss.

86 CONFINDUSTRIA, CGIL, CISL, UIL, *Contenuti e indirizzi delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva di Confindustria e Cgil, Cisl, Uil*, 28 febbraio-9 marzo 2018, link <http://www.bollettino-adapt.it/contenuti-indirizzi-delle-relazioni-industriali-della-contrattazione-collettiva-confindustria-cgil-cisl-uil-2/> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020), p. 6-8.

87 CONFINDUSTRIA, CGIL, CISL, UIL, *Accordo “formazione 4.0”*, link <https://www.cisl.it/attachments/article/10413/Accordo%20Confindustria%20Formazione%204.0%205.07.2018%20accordo%20AI%204.0.pdf> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020). A decorrere dall'anno 2020, l'art. 1, comma 215 della Legge n. 160 del 2 dicembre 2019 ha abolito l'obbligo, ai fini del credito di imposta, di disciplinare l'attività di formazione mediante contratti collettivi aziendali o territoriali, da depositare presso l'Ispettorato territoriale del lavoro competente.

del diritto di disconnessione. L'impatto sulla regolamentazione del lavoro svolto da remoto dei provvedimenti assunti da Parlamento e Governo per far fronte alla pandemia diffusasi dalla primavera del 2020, richiede di trattare questo tema tenendo conto delle differenze intercorrenti tra la fase pre e post Covid-19.

In condizioni ordinarie, il diritto di disconnessione ha trovato un formale riconoscimento nell'ordinamento italiano con la Legge n. 81 del 2017. Quest'ultima tratta tale tematica esclusivamente in relazione al c.d. *lavoro agile*, generalmente definito anche *smart working*, che disciplina le prestazioni svolte da lavoratori subordinati che operano «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale»⁸⁸. Le modalità di tutela dei predetti tempi di riposo non sono specificate dalla legge ma consistono nell'obbligo, in capo a lavoratore e datore di lavoro, di indicare, nell'accordo funzionale all'adozione del regime di lavoro agile, «le misure [...] necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro»⁸⁹.

Esperimenti in materia di diritto di disconnessione sono stati avviati nei mesi precedenti all'intervento legislativo, sebbene un notevole incentivo, per le parti sociali, ad occuparsi di tale questione sia stato fornito dal provvedimento normativo del 2017⁹⁰.

Con riferimento ai contratti collettivi di categoria, la maggioranza dei testi che fanno riferimento al lavoro agile prevede disposizioni generali, volte a promuovere l'adozione di tale modalità di svolgimento del lavoro subordinato, di norma rinviando per eventuali integrazioni alla contrattazione di livello aziendale⁹¹. I riferimenti espressi al diritto alla disconnessione sono presenti in prevalenza nelle intese concluse successivamente all'approvazione della Legge n. 81, mettendo in luce l'effetto condizionante, anche a livello simbolico, della riforma del 2017⁹².

88 Art. 18, comma 1, Legge n. 81 del 22 maggio 2017.

89 Art. 19, comma 1, Legge n. 81 del 22 maggio 2017.

90 In merito all'evoluzione quantitativa dei contratti collettivi di categoria e aziendali che disciplinano il diritto di disconnessione, v. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva*, in *Diritto delle relazioni industriali*, fasc. 4, 2017, p. 923-925 e p. 974-976.

91 Tra gli esempi recenti, il Contratto collettivo nazionale di lavoro relativo a lavoratori pubblici del comparto istruzione e ricerca del 19 aprile 2018; l'Accordo di rinnovo per il CCNL per i Quadri direttivi e per il Personale delle aree professionali dipendenti da Agenzie delle Entrate Riscossione, Riscossione Sicilia ed Equitalia Giustizia S.p.A. del 28 marzo 2018; l'Accordo di rinnovo del CCNL del Settore Gas e Acqua del 18 maggio 2017.

92 Si vedano, *inter alia*, il CCNL per i dipendenti di Studi professionali e Agenzie di assicurazioni del 31 gennaio 2018, l'Accordo per il rinnovo del CCNL dei dipendenti degli Istituti investigativi privati, Agenzie di sicurezza sussidiaria e complementare – Federpol del 15 dicembre 2017; e il CCNL per i Dipendenti dei Servizi Ausiliari alle Collettività, alle Aziende e alle Persone del 21 novembre 2017.

La contrattazione aziendale vede, invece, un legame più stretto tra regolamentazione del lavoro agile e diritto di disconnessione⁹³, oltre che una disciplina più analitica. L'autonomia collettiva, inoltre, pare aver svolto, in questa sede, un intervento trasversale alla gran parte dei settori produttivi: si registrano accordi aziendali in materia di lavoro agile nell'ambito bancario/assicurativo e dei servizi, nel settore dell'industria elettronica, automobilistica e alimentare, nel campo dell'*oil & gas* e nella pubblica amministrazione.

Di norma, gli accordi aziendali conclusi in Italia prevedono che la prestazione in modalità agile si svolga per pochi giorni al mese, e secondo tre modalità alternative: in contemporanea con l'orario lavorativo aziendale⁹⁴, per fasce orarie⁹⁵, oppure lasciando piena libertà al lavoratore di organizzare la propria attività lavorativa, ponendosi, quindi, nella linea che vorrebbe la prestazione di lavoro *smart* commisurata, non più al tempo di lavoro, ma agli obiettivi perseguiti dal dipendente⁹⁶.

Gli straordinari, durante la giornata in regime di lavoro agile, sono sovente vietati⁹⁷ mentre, con riferimento al luogo di lavoro, si registrano due linee di tendenza principali: alcune aziende permettono ai loro dipendenti di scegliere liberamente dove svolgere la prestazione in modalità "agile"⁹⁸, introducendo alcuni principi basilari da rispettare per garantire la dovuta riservatezza, come l'obbligo di evitare luoghi pubblici e affollati. Altri contratti aziendali, riferiti in prevalenza al settore bancario/assicurativo e pubblico, sono invece più restrittivi, e dispongono l'individuazione di alcuni spazi autorizzati, tra cui ricorrono

93 Vi sono però delle eccezioni: il Protocollo sul benessere nei luoghi di lavoro e sulle politiche commerciali sottoscritto da Unicredit S.p.A. e dalle principali organizzazioni sindacali in data 22 aprile 2016, all'art. 5 prevede, per tutti i lavoratori, che «le comunicazioni aziendali (quali, a titolo di esemplificativo, telefonate, chat o e-mail) [...] devono essere effettuate nel rispetto delle norme sull'orario di lavoro previste dal CCNL vigente». Si tratta, quindi, di un riconoscimento, seppur in negativo, di un diritto di disconnessione esteso a tutti i prestatori di lavoro, e non limitato a coloro che operano in modalità agile.

94 *Ex multis*, Accordo Davide Campari Milano S.p.A. e Campari services S.r.l. del 18 maggio 2018; Accordo ENI del 6 febbraio-17 marzo 2018 che, tuttavia, prevede una flessibilità aggiuntiva, per i lavoratori in *smart working*, di 60 minuti sull'inizio/fine dell'attività lavorativa e l'Accordo Banca del Piemonte del 20 gennaio 2017.

95 V. l'Accordo per l'avvio di un progetto pilota di "lavoro agile" presso il Ministero per i Beni e le Attività Culturali del 13 marzo 2019; l'Accordo AXA del 12 aprile 2016 e l'Accordo Barilla del 2 marzo 2015.

96 Accordo Zurich del 1° giugno 2016, dopo il termine della fase sperimentale con orario 10.30-16.30; Accordo Siemens del 6 giugno 2017; Accordo Johnson & Johnson Medical S.p.A. del 18 aprile 2019 e Accordo FCA del 12 marzo 2018 eccetto per quanto concerne i periodi obbligatori di disconnessione.

97 *Ex multis* Accordo A2A del 21 marzo 2018; Accordo Zurich del 1° giugno 2016.

98 *Ex plurimis*, Accordo Johnson & Johnson Medical S.p.A. del 18 aprile 2019; Accordo Davide Campari Milano S.p.A. e Campari services S.r.l. del 18 maggio 2018; Accordo FCA del 12 marzo 2018.

le sedi datoriali diverse da quella a cui il lavoratore è assegnato e l'abitazione del dipendente⁹⁹.

Con riferimento alla collocazione dei periodi di disconnessione nel corso della giornata lavorativa, la prassi più comune è quella di individuare delle fasce temporali in cui è garantita al lavoratore l'esenzione da sollecitazioni datoriali. Tali periodi possono corrispondere all'orario serale¹⁰⁰ o alle parti della giornata non coincidenti con i periodi di reperibilità. In alternativa, alcuni dei contratti collettivi aziendali hanno previsto l'adozione di specifici sistemi di notificazione del superamento del normale orario di lavoro e di *warning* in merito all'opportunità di disconnettersi dai *devices* aziendali¹⁰¹.

Negli accordi più risalenti, antecedenti all'estate 2017, infine, la disconnessione non trova riconoscimento espresso: è tuttavia identificabile *a contrario*, in considerazione del fatto che la gran parte delle intese aziendali interviene a fissare il periodo di tempo, nell'arco della giornata, in cui il datore di lavoro deve poter contattare il dipendente¹⁰².

Sempre con riferimento al *work-life balance*, va segnalato che alcuni degli accordi più recenti, probabilmente traendo spunto dal dibattito parlamentare e, successivamente, da quanto previsto dall'art. 22 della Legge n. 81 del 2017 in materia di responsabilità del datore di lavoro per la salute e la sicurezza del lavoratore agile, introducono anche una sorta di "obbligo di disconnessione", sotto forma di espresso onere di collaborazione in capo al dipendente, che è così tenuto ad utilizzare i *devices* assegnatigli per svolgere la prestazione lavorativa a distanza in modo compatibile con la propria salute¹⁰³.

Un ruolo crescente è rivestito, infine, dalle attività formative che vengono declinate in due direzioni: per educare il lavoratore all'utilizzo degli strumenti digitali al fine di preservare la sua salute¹⁰⁴; e per garantire il rispetto dei segreti aziendali e della *privacy* che, nel caso di lavoro svolto fuori dai locali dell'impresa, sono percepiti come maggiormente a rischio¹⁰⁵.

Il quadro regolativo all'interno del quale si era mossa l'autonomia collettiva nel triennio 2017-2019 è, tuttavia, mutato con il diffondersi della pandemia da virus Covid-19. L'esigenza di favorire il distanziamento sociale per prevenire il contagio ha infatti condotto il legislatore ad individuare nel lavoro agile uno strumento particolarmente efficace per riorganizzare i luoghi di lavoro in

99 Accordo per l'avvio di un progetto pilota di "lavoro agile" presso il Ministero per i Beni e le Attività Culturali del 13 marzo 2019; Accordo Crédit Agricole del 9 marzo 2017.

100 Accordo Johnson & Johnson Medical S.p.A. del 18 aprile 2019; Accordo FCA del 12 marzo 2018; Decreto relativo al personale dell'Università dell'Insubria del 7 aprile 2017.

101 Accordo Davide Campari Milano S.p.A. e Campari services S.r.l. del 18 maggio 2018.

102 *Ex multis* Accordo A2A del 21 marzo 2018; Accordo Enel del 4 aprile 2017.

103 Accordo A2A del 21 marzo 2018; Accordo Engie Italia S.p.A. del 20 gennaio 2017.

104 Accordo Crédit Agricole del 9 marzo 2017; Accordo AXA del 12 aprile 2016.

105 Accordo BNP Paribas del 15 luglio 2015; Accordo Intesa San Paolo del 10 dicembre 2014, prorogato il 17 dicembre 2015.

un'ottica di maggior tutela della salute pubblica. Di conseguenza, dapprima con riferimento alle sole zone maggiormente colpite dalla pandemia¹⁰⁶ e, a partire da marzo 2020, su tutto il territorio nazionale, l'accesso all'istituto di cui agli artt. 18 ss. della Legge n. 81 del 2017 è stato reso più rapido e agevole, prevedendo, sia per il datore di lavoro privato¹⁰⁷, che per la PA¹⁰⁸, la possibilità di ricorrere a tale modalità di svolgimento della prestazione lavorativa anche in assenza dell'accordo individuale di cui all'art. 19 della Legge n. 81/2017 e con oneri informativi semplificati sul versante della salute e della sicurezza sul lavoro.

Tale nuova declinazione, emergenziale e temporanea, del lavoro agile, inteso, non più come uno strumento di gestione del rapporto di lavoro in un'ottica di *work-life balance*, bensì come attività lavorativa "ordinaria" svolta da remoto, ha, sulla base del dato legislativo, posto in secondo piano il diritto di disconnessione. Quest'ultimo, venuta meno l'obbligatorietà dell'accordo individuale di cui all'art. 19 della Legge n. 81/2017, da elemento (quantomeno in astratto) negoziato di personalizzazione delle modalità con cui rendere la prestazione di lavoro, pare infatti ridursi al diritto a non essere contattato dal datore al di fuori del normale orario giornaliero, sovente corrispondente a quello "di ufficio", ai sensi della disciplina generale di cui al Decreto Legislativo n. 66 del 2003¹⁰⁹.

Anche in tale ambito l'autonomia collettiva, laddove è intervenuta, ha tuttavia dimostrato una rilevante vitalità, recuperando lo strumento dell'accordo individuale per definire nel dettaglio le modalità di svolgimento dell'attività lavorativa agile anche "emergenziale"¹¹⁰, e nel contempo limitando i rischi di uno squilibrio di potere contrattuale tra datore e prestatore di lavoro, mediante norme stabilite negli accordi aziendali. In merito ai criteri di distinzione tra periodi di lavoro e di non lavoro, anche nella fase post-pandemia, limitatamente al ridotto

106 Art. 3, Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 febbraio 2020 e art. 2, Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 25 febbraio 2020, entrambi emanati in attuazione dell'art. 3, comma 1, del Decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6.

107 Art. 4, comma 1, lett. a) del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1° marzo 2020, disposizione poi confermata dall'art. 90, comma 4, del Decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, successivamente convertito con Legge 17 luglio 2020, n. 77. La vigenza di tale norma è stata prorogata, da ultimo, dall'art. 1, comma 3 del Decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125, al 31 gennaio 2021.

108 Ai sensi dell'art. 87, comma 1, del Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con Legge 24 aprile 2020, n. 27, e s.m.i., «Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-2019 [...] il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni [...] che, conseguentemente, [...] prescindono dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81».

109 C. ALESSI, M.L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 141.

110 Accordo Acciai Speciali Terni S.p.A. del 25 agosto 2020; accordo Gruppo Bancario Cooperativo Cassa Centrale del 21 settembre 2020; accordo FlashFiber S.r.l. del 28 settembre 2020 e accordo Trust Technologies S.r.l. del 28 settembre 2020.

ambito dei contratti collettivi di secondo livello conclusi nella seconda parte del 2020, pare assumere un ruolo prevalente l'utilizzo di fasce orarie minime di reperibilità¹¹¹, mentre cominciano ad essere frequenti i casi in cui la disciplina collettiva pattizia non si limita a dettare principi per definire il “quando” della disconnessione, ma altresì il “come”, specificando le procedure che il lavoratore può attivare per interrompere il flusso di comunicazioni con il datore di lavoro¹¹². Con riferimento alla strategia aziendale mediante la quale assicurare la disconnessione, il *trend* pare infine porsi in continuità con quello *ante* pandemia: a strumenti rigidi – quale la disconnessione automatica dai server aziendali in determinate fasce orarie – continua ad essere preferito un approccio “flessibile”, basato sulla responsabilizzazione e sulla sensibilizzazione del prestatore di lavoro, ponendo in capo a questi l'onere, se non in alcuni casi il “dovere”¹¹³ di limitare i periodi di lavoro da remoto entro i limiti ammessi dalla legge e/o dagli accordi collettivi e individuali.

Sul lungo periodo, in ogni caso, la crisi sanitaria sembra destinata ad accrescere l'attenzione attorno al tema del diritto di disconnessione. Sebbene il “diritto dell'emergenza”, statutale e collettivo, non abbia ad oggi dato luogo ad interventi promozionali di portata nazionale, si sono, infatti, moltiplicati, nel corso degli ultimi mesi, i richiami, sia di matrice governativa che da parte delle organizzazioni dei lavoratori, alla necessità di giungere ad una disciplina più compiuta di tale materia¹¹⁴, anche in previsione dell'attesa crescita del numero di lavoratori che continueranno a svolgere la loro attività – almeno in parte – da remoto al termine della crisi legata al virus Covid-19.

111 Accordo Acciai Speciali Terni S.p.A. del 25 agosto 2020.; accordo FlashFiber S.r.l. del 28 settembre 2020 e accordo Trust Technologies S.r.l. del 28 settembre 2020.

112 Gli accordi FlashFiber S.r.l. e Trust Technologies S.r.l., entrambi conclusi il 28 settembre 2020 e facenti riferimento al gruppo TIM, specificano all'art. 7 che «Il diritto alla disconnessione sarà comunque esercitato impostando l'apposito status dell'applicativo informatico di messaggistica istantanea aziendale [...] al di fuori della fascia oraria in cui viene resa la prestazione in lavoro agile».

113 Il riferimento è all'obbligo in capo al dipendente di «applicare correttamente le direttive aziendali», di «utilizzare le apparecchiature in conformità con le istruzioni ricevute» e di «cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione [...] per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione lavorativa», di cui all'art. 10 dell'accordo Gruppo Bancario Cooperativo Cassa Centrale del 21 settembre 2020.

114 In relazione al recente incontro sul tema tra governo e organizzazioni dei lavoratori maggiormente rappresentative, v. ANSA, *Smart working, nuove regole per il dopo emergenza*, 24 settembre 2020, www.ansa.it/sito/notizie/economia/2020/09/24/smart-working-nuove-regole-per-il-dopo-emergenza_c466e46b-3239-4cee-8acf-676ba0debe8c.html (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020) e Il Messaggero.it, *Smart Working, si apre confronto Governo-Sindacati*, 24 settembre 2020, www.ilmessaggero.it/economia/news/smart_working_si_apre_confronto_governo_sindacati-5483035.html (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

In tale processo pare destinato a incidere, infine, il dibattito comunitario. Da un lato, sulla base dell'impulso del Parlamento europeo, impegnato nel discutere una proposta di risoluzione che potrebbe sollecitare la Commissione ad adottare una direttiva per affermare una maggiore equità nelle condizioni di lavoro dell'era digitale, ricomprendente anche il diritto di disconnessione¹¹⁵. Dall'altro, per l'effetto dell'Accordo quadro sulla digitalizzazione, concluso nel giugno 2020 dalle organizzazioni datoriali e dei lavoratori europee, che affronta in un capitolo *ad hoc* le modalità di “connessione e disconnessione” dall'attività lavorativa, evidenziando la necessità, a livello nazionale, di identificare soluzioni specifiche per diversi settori e/o singole imprese.

Nel panorama italiano non è quindi da escludersi *a priori* una stagione di rinnovato protagonismo dell'autonomia collettiva, soprattutto di secondo livello, anche in ragione del ruolo chiave da essa già rivestito nonostante lo scarso rilievo attribuito alle parti sociali dalla Legge n. 81 del 2017. Una tendenza che, se confermata, rimarcherebbe la rilevanza del contratto aziendale il quale, nell'era della personalizzazione della produzione, si avvia sempre più ad assumere un ruolo chiave nell'adattare la tutela dei diritti dei lavoratori digitali alle specificità di ciascun contesto produttivo.

La “Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano”: un punto di partenza per la concertazione nel settore del *food-delivery*

Nel corso del triennio 2018-2020, le istanze di tutela collettiva del lavoro digitale si sono intensificate anche con riferimento al *work-on-demand-via-app* e, in particolare, all'attività svolta dai fattorini operanti nel settore del *food-delivery*, giustificando l'intervento legislativo concretizzatosi negli ultimi mesi del 2019.

L'assenza di tutele che per lungo tempo ha caratterizzato questi lavoratori, qualificati di norma come collaboratori coordinati e continuativi o addirittura come lavoratori autonomi a partita IVA¹¹⁶, ha, infatti, determinato il sorgere di un movimento che, dalle manifestazioni di protesta sotto le sedi italiane delle

115 Dennis Radtke, Agnes Jongerius, *Draft report on a strong social Europe for Just Transitions*, Parlamento Europeo, Commissione per l'Occupazione e affari sociali, 2020/2084 (INI), in part. p. 8; sulle possibili strategie per l'affermazione di un diritto di disconnessione comunitario, v. anche K. Muller, *The right to disconnect*, European Parliament Think Tank, 2020, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/642847/EPRS_BRI\(2020\)642847_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/642847/EPRS_BRI(2020)642847_EN.pdf) (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020); e Eurofound, *Right to disconnect in the 27 EU Member States*, Working Paper, 2020, www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/wpef20019.pdf (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

116 Per una disamina delle tipologie contrattuali utilizzate in Italia dalle imprese operanti tramite piattaforme *online*, nel settore del *food-delivery*, cfr. G. CAVALLINI, *Foodora, Deliveroo & Co.: le fat-tispecie della gig-economy italiana, tra previsioni contrattuali ed effettive modalità di esecuzione del rapporto*, paper presentato nel corso del Convegno internazionale “Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale”, tenutosi presso l'Università degli Studi di Brescia il 12-13 ottobre 2017.

imprese multinazionali operanti nel settore, ha ben presto trasferito le proprie rivendicazioni a livello giudiziario¹¹⁷ e istituzionale¹¹⁸.

In primo luogo, è la città di Bologna ad essere divenuta laboratorio di un importante esperimento neo-concertativo territoriale¹¹⁹ che ha coinvolto, per volontà del Comune, alcune tra le aziende operanti in città e le organizzazioni dei *rider* impegnati nella consegna dei prodotti alimentari ai consumatori. All'esito di tali negoziazioni è stata sottoscritta, nel maggio 2018, la Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano¹²⁰. Tale documento consiste in un accordo territoriale trilaterale di livello cittadino¹²¹, riguardante principalmente i ciclo-fattorini impegnati nell'attività di *food-delivery*, concluso tra il Comune di Bologna – nel ruolo di “facilitatore” istituzionale del dialogo sociale – l'associazione locale dei lavoratori Riders Union Bologna, i sindacati Cgil, Cisl e Uil e, sul versante datoriale, le piattaforme Sgnam e MyMenù cui si è aggiunta, nel marzo 2019, anche l'impresa Domino's Pizza¹²². Sebbene, quindi, la portata applicativa della Carta sia limitata a livello soggettivo – vincolando solamente le parti stipulanti –, e territoriale – operando unicamente per le attività lavorative svolte all'interno della Città Metropolitana di Bologna – sono numerosi gli spunti innovativi che essa provvede a fornire.

L'intesa si pone un obiettivo ampio, quale la determinazione di «*standard minimi di tutela che si applicano a tutti i lavoratori e collaboratori [...] indipendentemente dalla qualificazione dei rapporti di lavoro*» con «una o più piattaforme digitali»¹²³. Particolare attenzione è posta, in primo luogo, ai meccanismi reputazionali utilizzati dalle piattaforme per valutare l'operato dei soggetti che

117 Per i riferimenti alle vicende giudiziarie che hanno visto i *rider* che hanno prestato servizio per la società *Foodora* chiedere la riqualificazione del loro rapporto di lavoro ai sensi, tra gli altri, dell'art. 2, Decreto legislativo n. 81 del 2015, v. *supra*, n. 12.

118 In riferimento all'evoluzione storica del movimento dei ciclo-fattorini in Italia e, in particolare, nel contesto bolognese, cfr. F. MARTELLONI, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, in *Labour & Law Issues*, vol. 4, n. 1, 2018, in part. p. 21-24.

119 Sulla recente vitalità delle pratiche neo-concertative sviluppate a livello territoriale, cfr. M. FORLIVESI, *Alla ricerca delle tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, in *Labour & Law Issues*, vol. 4, n. 1, 2018, p. 50 ss.; al riguardo, v. anche V. BAVARO, *Prassi e tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un'indagine territoriale)*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2017, p. 13 ss.

120 COMUNE DI BOLOGNA, *Riders Union Bologna, Cgil, Cisl, Uil, Sgnam, MyMenù, Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano*, link <http://www.bollettinoadapt.it/carta-dei-diritti-fondamentali-dei-lavoratori-digitali-nel-contesto-urbano/> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

121 Per una tassonomia delle tipologie di accordi collettivi territoriali nell'ordinamento italiano v., tra gli altri, A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001, p. 409 ss.

122 COMUNE DI BOLOGNA, *Domino's Pizza firma la “Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano”*, 21 marzo 2019, link <http://www.comune.bologna.it/news/domino-pizza-carta-diritti-fondamentali-lavoro-digitale-riders-piattaforme> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

123 COMUNE DI BOLOGNA, *Riders Union Bologna, cit.*, art. 1, comma 2.

prestano a loro favore attività lavorativa. L'art. 3 della Carta, specifica, infatti, che le piattaforme digitali sono tenute a «informare i propri lavoratori o collaboratori [...] sulle modalità di formazione ed elaborazione del *rating* reputazionale [...] e sugli effetti che tale *rating* può avere sul rapporto di lavoro o di collaborazione» oltre a «garantire al lavoratore o collaboratore una procedura terza e imparziale per contestare un *rating* ritenuto errato»¹²⁴.

Le disposizioni più rilevanti della Carta in relazione al rafforzamento delle tutele dei lavoratori *on-demand-via-app*, in particolare titolari di un rapporto di lavoro autonomo *tout-court* o di collaborazione, sono contenute, tuttavia, nel Capo III. Limitando l'analisi agli aspetti di maggiore rilievo, l'art. 4 prevede che la piattaforma deve garantire a «tutti i lavoratori e collaboratori [...] un compenso orario fisso equo e dignitoso in ogni caso non inferiore ai minimi tabellari sanciti dai contratti collettivi di settore sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative per prestazioni equivalenti o equiparabili»¹²⁵. In aggiunta, viene sancito l'obbligo di corrispondere ai *workers-on-demand-via-app* una specifica indennità in caso di attività lavorativa svolta in condizioni disagiati¹²⁶, oltre a un diritto espresso a non svolgere alcuna prestazione in caso di «condizioni meteorologiche straordinarie, tali da mettere a serio repentaglio la sicurezza e la salute dei lavoratori o collaboratori»¹²⁷.

Ugualmente rinforzate sono le tutele volte a prevenire l'illecita interruzione del rapporto lavorativo e una distribuzione penalizzante delle occasioni di lavoro in caso di indisponibilità del lavoratore per un periodo di tempo prolungato (art. 5). L'obbligo assicurativo di cui all'art. 6, che riguarda, tra gli altri, la salute e la sicurezza sul lavoro, gli infortuni e le malattie professionali, sembra invece operare in via sussidiaria, nei casi in cui tali tutele non siano già previste dalla legge. Infine, gli artt. 9 e 10 estendono alla attività svolte nell'ambito di applicazione della Carta alcune fondamentali tutele sindacali, tra cui il diritto di assemblea, normalmente riservato ai sensi del combinato disposto dell'art. 20 e dell'art. 35 della Legge n. 300 del 1970, alle unità produttive con più di 15 dipendenti¹²⁸, e il «diritto al conflitto», escludendo, per i datori aderenti, la possibilità di adottare provvedimenti sanzionatori nei confronti dei lavoratori che partecipano ad azioni collettive.

124 *Ivi*, art. 3, commi 1 e 2.

125 *Ivi*, art. 4, comma 1.

126 Al riguardo, la Carta porta alcuni esempi, come il lavoro notturno, quello svolto durante le festività o in condizioni meteorologiche sfavorevoli, *ivi*, art. 4, comma 2.

127 *Ibidem*.

128 In via generale, con riferimento alla natura e alle criticità applicative dell'art. 20 della Legge n. 300 del 1970 vedi, *amplius*, A. VALLEBONA, *Il diritto sindacale*, Cedam, 2017, p. 125 ss. e V. DI CERBO, *Assemblea*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro*, vol. II, 2014, Giuffrè, p. 1064 ss.

L'accordo in commento, quindi, oltre a costituire una soluzione al riparo, almeno con riferimento ai ciclo-fattorini, da contestazioni in merito alla sua compatibilità con l'ordinamento comunitario¹²⁹, è rilevante poiché, alla luce della sua natura pattizia e quindi della portata obbligatoria limitata alle parti che intendono aderirvi, cerca di impiegare elementi ulteriori ed innovativi per indirizzare le imprese di *food-delivery* a rafforzare le tutele per i lavoratori.

Tra queste vi è la leva reputazionale, corrispondente alla pubblicità positiva che la Carta è in grado di generare – grazie alla visibilità garantita dal Comune – in favore delle imprese che, aderendo, si impegnano a contribuire all'espansione delle tutele di una categoria di lavoratori particolarmente “fragile”¹³⁰. Inoltre, disponendo tutele comuni e rafforzate per tutti i soggetti che prestano attività a favore di una piattaforma digitale, indipendentemente dalla qualificazione del loro rapporto di lavoro, la Carta contribuisce a ridurre il vantaggio competitivo costituito, per la parte datoriale, dal ricorso alle forme di lavoro connotato da maggiori elementi di precarietà. Da questo punto di vista, un elemento essenziale è occupato dalle garanzie in termini di retribuzione oraria collegata ai minimi fissati nei contratti collettivi di categoria sottoscritti dai sindacati comparativamente più rappresentativi, alle tutele contro il recesso, e agli oneri assicurativi.

L'accordo del maggio 2018 dimostra, inoltre, come l'autonomia collettiva sia uno strumento ancora oggi vitale e in grado di adattarsi, in forme nuove e in anticipo rispetto al legislatore, alle mutazioni del mercato e dell'organizzazione del lavoro. Da questo punto di vista, parrebbe essere proprio la dimensione territoriale in cui è sorta l'intesa a costituire un nuovo terreno di iniziativa per le organizzazioni sindacali dell'era digitalizzata. *In primis*, per far fronte alla tendenza delle piattaforme a modulare l'offerta e organizzare di conseguenza l'attività lavorativa sulla base delle condizioni peculiari dei diversi contesti urbani¹³¹. E, in seconda istanza, per integrare ed accrescere le tutele previste dal quadro giuridico nazionale, con riferimento al quale la Carta di Bologna sembra avere

129 L'attività dei *riders* pare rientrare nell'eccezione al divieto di intese restrittive della concorrenza di cui all'art. 101 TFUE sancito dal combinato disposto delle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Albany e FNV Kunsten. Qualora i lavoratori su piattaforma fossero qualificati come etero-organizzati, infatti, la prevalente personalità della prestazione e l'organizzazione, da parte datoriale, delle modalità di svolgimento della loro attività permetterebbero di escludere una collocazione nell'area del lavoro autonomo imprenditoriale oggetto del summenzionato divieto di intese collettive. Maggiori criticità potrebbe sollevare la figura dei ciclo-fattorini inquadrati come collaboratori coordinati e continuativi, sebbene lo statuto protettivo dettato (anche) per essi dalla Legge n. 81 del 2017 paia aver fugato i dubbi in merito alla loro collocazione nell'ambito delle attività lavorative non imprenditoriali, come tali soggette ai diritti e agli obblighi di cui agli artt. 35 ss. della Costituzione, in cui è ricompresa anche la titolarità della libertà sindacale. In tal senso M. BIASI, *op. cit.* 19-23; per i riferimenti bibliografici relativi alle sentenze Albany e FNV Kunsten v. *supra*, n. 57.

130 V. anche M. FORLIVESI, *op. cit.*, 52.

131 *Ibidem*.

svolto un ruolo di apripista. Con la Legge 2 novembre 2019, n. 128¹³², che ha convertito il precedente Decreto Legge 3 settembre 2019, n. 101, il legislatore italiano, infatti, ha fatto propri, sebbene in maniera più contenuta, alcuni spunti provenienti dalla Carta, prevedendo livelli minimi di tutela per quei soggetti 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»¹³³ e che non rientrano nell'area del lavoro etero-organizzato¹³⁴.

Il riferimento corre, oltre che alle norme volte a promuovere l'adozione della forma scritta e la trasparenza del contratto di lavoro¹³⁵, alle disposizioni relative al compenso, al divieto di discriminazione e alla tutela contro gli infortuni e le malattie professionali.

Sul primo versante, la Legge n. 128 del 2019 opta per una soluzione intermedia rispetto alla Carta, introducendo, con l'art. 47-*quater* del Decreto Legislativo n. 81 del 2015 – e solo a decorrere dal novembre 2020 – un parziale divieto del c.d. divieto di cottimo e il conseguente obbligo di corrispondere al lavoratore «un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale». Tale disposizione potrà essere derogata, infatti, ai sensi del comma 2 del medesimo art. 47-*quater*, da un contratto collettivo sottoscritto dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che regoli l'incidenza della retribuzione a cottimo sul compenso complessivo erogato al cicofattorino per l'attività svolta. Sempre con riferimento alla retribuzione dei *rider* operanti tramite piattaforma, infine, la novella del novembre 2019, analogamente alla Carta di Bologna, prevede il riconoscimento generalizzato di un'indennità di disagio¹³⁶.

132 Per un primo commento, M. LAI, L. RICCIARDI, *Lavoro su piattaforma digitale e nuove tutele*, in *Bollettino ADAPT*, n. 40, 2019, link <http://www.bollettinoadapt.it/bollettino-adapt/ordinario/11-novembre-2019-n-40/> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

133 Il perimetro applicativo della Legge n. 128 del 2019, pertanto, non è limitato all'area dei ciclo-fattorini operanti nel settore del *food-delivery*, ma comprende, altresì, lavoratori autonomi operanti su piattaforma che utilizzano veicoli diversi dalle biciclette, e che consegnano merci differenti dai prodotti alimentari, sul punto v. anche M. LAI, L. RICCIARDI, *op. cit.*

134 I lavoratori etero-organizzati, infatti, non necessitano della tutela rafforzata prevista dagli artt. 47-bis ss. della Legge n. 128 del 2019, in quanto ad essi si applica la disciplina del lavoro subordinato, portatrice di maggiori garanzie. La Legge n. 128 del 2019, peraltro, ha emendato anche l'art. 2, comma 1 del Decreto Legislativo n. 81 del 2015, che definisce il perimetro del lavoro etero-organizzato, prevedendo che, per rientrare nell'ambito di tale fattispecie, la prestazione lavorativa non debba più avere carattere "esclusivamente", bensì solo "prevalentemente" personale, ed espungendo dal testo i riferimenti al tempo e al luogo di lavoro, quali parametri dell'attività organizzativa del committente.

135) Art. 47-*ter* del Decreto Legislativo n. 81 del 2015.

136 L'art. 47-*quater*, comma 3, del Decreto Legislativo n. 81 del 2015 prevede, in particolare, che ai ciclo-fattorini in esame «deve essere garantita un'indennità integrativa non inferiore al 10

Le disposizioni antidiscriminatorie di cui all'art. 47-*quinques*, che equiparano i prestatori di lavoro autonomi operanti su piattaforma ai lavoratori dipendenti, vietando espressamente «l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione» paiono, nondimeno, tributarie dei contenuti di cui all'art. 5 della Carta, cercando di prevenire le medesime condotte abusive, volte a vincolare il lavoratore, seppur autonomo, a prestare i propri servizi, per la medesima piattaforma, con regolarità. L'art. 47-*septies*, infine, provvede ad estendere l'assicurazione INAIL contro gli infortuni e le malattie professionali anche ai lavoratori autonomi in esame.

La riforma del 2019, invece, non prende posizione su ulteriori aspetti rilevanti per la qualità del lavoro digitale *on-demand*, quali il diritto di disconnessione e il *work-life balance*, l'estensione delle tutele sindacali e gli obblighi informativi in merito alla determinazione del *rating* dei lavoratori. Una delega, implicita, per una regolamentazione “espansiva” dei diritti dei *rider* viene quindi conferita alla contrattazione collettiva e, a tal fine, nell'estate 2020, su impulso del Ministero del Lavoro, è stato avviato un negoziato tra AssoDelivery – l'associazione datoriale che rappresenta circa il 90% delle aziende operanti nel settore in esame – e un ampio gruppo di sigle sindacali comprendente Cgil, Cisl e Uil¹³⁷. Una svolta imprevista, tuttavia, si è verificata nel settembre 2020 quando AssoDelivery ha sottoscritto un diverso CCNL, con il solo sindacato Ugl¹³⁸.

Tale intesa si presenta in controtendenza rispetto al percorso tracciato dalla Carta di Bologna e dal legislatore. Anziché muovere verso una approssimazione per via negoziale della condizione dei *rider* a quella dei lavoratori subordinati, l'accordo AssoDelivery-Ugl, sfruttando le “aperture” offerte dagli artt. 2 e 47-*quater* del Decreto Legislativo n. 81/2015, ribadisce esplicitamente la qualificazione dei cicofattorini operanti nell'attività di *food delivery* come lavoratori autonomi. L'intesa, inoltre, incide in profondità nella regolamentazione della retribuzione di tali prestatori di lavoro, introducendo, all'art. 11, un sistema di cottimo-misto basato, sì su di un compenso minimo orario di 10 Euro, ma tale da poter decrescere proporzionalmente se la piattaforma dimostra che il tempo necessario ad effettuare una consegna è inferiore a 60 minuti, e corredato da

per cento per il lavoro svolto di notte, durante le festività o in condizioni meteorologiche sfavorevoli» da disciplinarsi nel dettaglio per mezzo di un accordo collettivo sottoscritto dalle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o, in difetto, a mezzo di un Decreto Ministeriale.

137 G. ARIOSTO, *L'impegno della ministra Catalfo per la tutela dei rider*, AGI.it, 4 agosto 2020, www.agi.it/economia/news/2020-08-04/catalfo-promette-tutele-garanzie-per-rider-9325843/ (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

138 AssoDelivery e Ugl, *Contratto collettivo nazionale per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui, svolta da lavoratori autonomi, c.d. rider, di cui al Capo V-bis “Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali” del D.Lgs. 81 del 2015*, 9 settembre 2020, link http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2020/09/CCNL-Rider-09_09_2020-def.docx.pdf (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

una serie di indennità aggiuntive da erogarsi in caso di lavoro svolto di notte, in periodo festivo o con condizioni climatiche sfavorevoli. Oltre a ciò, il contratto collettivo nazionale siglato il 9 settembre limita al minimo di legge i diritti e le tutele dei lavoratori *on-demand-via-app*¹³⁹, e sembra orientato principalmente a prevenire l'applicazione, a decorrere da novembre 2020, della norma suppletiva di cui all'art. 47-*quater*, comma 2, del Decreto Legislativo n. 81 del 2015 (v. *supra*).

L'accordo AssoDelivery-Ugl è stato accolto da prese di posizione molto severe da parte, sia delle altre organizzazioni sindacali¹⁴⁰, che dell'Ufficio legislativo del Ministero del Lavoro¹⁴¹, i quali hanno principalmente contestato l'effettiva maggiore rappresentatività comparata delle parti stipulanti, arrivando ad adombrare la natura *contra legem* del CCNL. A tale orientamento si è contrapposta parte della dottrina, la quale ha evidenziato la necessità, prima di entrare nel merito della rappresentatività dei soggetti stipulanti, di definire il perimetro entro cui essa va accertata. Perimetro che dovrebbe identificarsi nel ristretto ambito dei «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», come enucleato dallo stesso legislatore ai sensi degli artt. 47-*bis* ss. del Decreto Legislativo n. 81 del 2015¹⁴². Dove, ad oggi, l'intesa AssoDelivery-Ugl si trova ad essere l'unica esistente, e dove non sono chiari i rapporti di forza tra le diverse sigle sindacali.

139 Nulla si stabilisce, ad esempio, in materia di ferie retribuite, congedo di malattia o per limitare le ipotesi di recesso dal rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro-piattaforma. Sul punto anche B. CARUSO, *Contratto dei rider, un primo passo*, *LaVoce.info*, 24 settembre 2020, www.lavoce.info/archives/69620/contratto-dei-rider-un-primo-passo/ (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020), il quale evidenzia che il patto AssoDelivery-Ugl «non è certo un modello di standard europeo».

140 V. CONTE, *Rider, contratto siglato con l'Ugl nella bufera. Il governo convoca il tavolo con Cgil, Cisl e Uil*, *Repubblica.it*, 18 settembre 2020, link https://www.repubblica.it/economia/2020/09/18/news/rider_contratto_siglato_con_l_ugl_nelal_bufera_il_governo_convoca_il_tavolo_con_cgil_cisl_e_uil-267776197/ (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

141 Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali – Ufficio Legislativo, *Contratto collettivo nazionale per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui, c.d. rider*, Comunicazione n. 29, 17 settembre 2020, link <https://www.cisl.it/attachments/article/17322/Comunicazione%20n.29%20Ministero%20del%20Lavoro%20e%20Politiche%20Sociali.pdf> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

142 Nel senso di un'origine legale della categoria contrattuale in oggetto, M. TIRABOSCHI, *Il CCNL AssoDelivery-UGL Rider: le ragioni della contesa politico-sindacale e le (distinte) problematiche giuridiche che questo accordo solleva*, in *Bollettino ADAPT*, n. 35, 2020, link <http://www.bollettinoadapt.it/il-cenl-assodelivery-ugl-rider-le-ragioni-della-contesa-politico-sindacale-e-le-distinte-problematiche-giuridiche-che-questo-accordo-solleva/> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020). Alle medesime conclusioni, ma seguendo la tesi della genesi negoziale di tale categoria contrattuale, perviene P. ICHINO, *Contratto per i rider: è davvero □ pirata □ ?*, *LaVoce.info*, 21 settembre 2020, link <https://www.lavoce.info/archives/69553/contratto-per-i-rider-e-davvero-pirata/> (ultima consultazione in data 22 ottobre 2020).

Se per scogliere tale contrasto interpretativo sarà ragionevolmente necessario l'intervento giudiziale, la vicenda evidenzia ancora una volta la necessità, anche nel moderno contesto digitale, di una legge sulla misurazione della rappresentanza tale da fissare, *inter alia*, criteri oggettivi per la determinazione del tasso di rappresentatività delle organizzazioni datoriali e dei lavoratori, e di identificare modalità chiare per la determinazione delle categorie contrattuali e per la stipulazione di contratti aventi applicazione generalizzata¹⁴³. Ciò anche nell'ottica di dare vita ad un ordinato sistema negoziale che, al riparo da “fughe in avanti”, sappia valorizzare, specialmente nei centri maggiori, l'esperienza della Carta di Bologna, estendendone alcuni principi a livello nazionale, e coinvolgendo gli enti locali in una contrattazione territoriale o di secondo livello “integrativa”, capace di trovare le soluzioni più idonee a garantire una protezione efficace dei fattorini *on-demand-via-app*, alla luce delle condizioni specifiche di ciascun contesto urbano.

4. Conclusioni

Nel panorama giuslavoristico italiano, gli effetti della “rivoluzione digitale” sembrano avere dato luogo, negli ultimi anni, a rilevanti spinte evolutive anche nell'ambito sindacale.

Sebbene il legislatore non abbia ancora dato corso ad una riforma complessiva delle regole di svolgimento del dialogo sociale – che avrebbe permesso di rafforzare il ruolo dei sindacati rappresentativi, contribuendo a favorire una rappresentanza più ordinata ed efficace nell'affrontare anche i temi della digitalizzazione –, le associazioni dei lavoratori, nella definizione della loro struttura e nell'ambito delle relazioni industriali, hanno dimostrato di aver ormai ben compreso come la trasformazione dell'organizzazione del lavoro attualmente in corso richieda soluzioni e strategie nuove. Un'esigenza resa ancor più pressante dall'incremento del lavoro digitalizzato prodotto dalla pandemia causata dal virus Covid-19.

Dal punto di vista della strutturazione interna e degli strumenti per rafforzare la presenza sindacale nei contesti digitalizzati, sia le sperimentazioni compiute dalla Cgil – come la piattaforma IdeaDiffusa e il sistema di monitoraggio della condotta delle imprese multinazionali OpenCorporation – che le nuove strategie per coinvolgere e meglio tutelare il lavoro autonomo e frammentato dell'età digitale – ispirate al neo-mutualismo e provenienti dal mondo cooperativo, come DocServizi, o legate alla teoria dell'*associational unionism*, come vIVAce!, emanazione della Cisl – rappresentano infatti strumenti che, soprattutto se posti in sinergia tra loro, possono contribuire a porre, finalmente, il sindacato italiano nella condizione di rafforzare la sua presenza nell'ambito dei “nuovi lavori”.

143 B. CARUSO, *op. cit.*

Ciò potrebbe favorire, terminata l'emergenza sanitaria attualmente in corso, il passaggio da una lunga fase "difensiva", in cui le associazioni dei lavoratori hanno cercato di controbilanciare l'erosione delle tutele prodotta dal cambiamento dei contesti lavorativi, alla realizzazione di campagne "acquisitive", in grado di ottenere nuove forme di protezione – quali un rafforzamento di strumenti di sostegno al reddito di stampo neo-mutualistico e/o basati sull'operato degli enti bilaterali, in un'epoca di contrazione del welfare pubblico – utilizzando come elemento di conflitto la leva reputazionale che costituisce, per il mondo imprenditoriale, un elemento di importanza crescente.

Nel contempo, un sindacato dotato di una solida struttura digitale capace di svolgere un'attività sia "ricettiva" – di opinioni, sollecitazioni, preoccupazioni – che propositiva, godrebbe di maggiori spazi nel mutato contesto prodotto dalla pandemia Covid-19. All'esito della quale non è soltanto aumentato il numero di lavoratori chiamati ad utilizzare le tecnologie digitali – sovente nella forma ibrida del lavoro standard svolto da remoto che necessita, anch'essa, di regolazione – ma altresì la soglia di attenzione per le problematiche di chi svolge la prestazione lavorativa in tale maniera, e per le esigenze di tutela immediatamente connesse.

D'altro canto, già oggi la contrattazione collettiva, al pari delle esperienze sviluppate in altri Paesi europei¹⁴⁴, si è dimostrata capace di cogliere le nuove esigenze suscitate, anche nell'ambito dell'Industria 4.0, dall'innovazione tecnologica, valorizzando temi come la formazione, la tutela dei dati personali e il *work-life balance* e dimostrando, nel particolare ambito del diritto di disconnessione, una capacità non solo di implementare, bensì di anticipare, le scelte del legislatore.

L'interessante esperimento della Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano, infine, costituisce un rilevante esempio di come strumenti "classici", quale la concertazione trilaterale implicante il coinvolgimento del potere pubblico, possano trovare nuovi ambiti di applicazione all'epoca della digitalizzazione, integrando le disposizioni di legge e rafforzando le protezioni per i lavoratori più deboli compatibilmente con le diverse caratteristiche assunte dalle prestazioni lavorative, anche svolte nei confronti di una medesima impresa, in distinti contesti urbani. Perché ciò avvenga è tuttavia necessario che la contrattazione di secondo livello possa svilupparsi sulla base di un tessuto regolativo di categoria equilibrato e promozionale: un presupposto ad oggi non scontato, alla luce dell'esperienza maturata nel settore del food-delivery e delle difficoltà riscontrate dai sindacati maggiori, seppur sostenuti del governo, nel dar vita a un CCNL idoneo a favorire uno sviluppo in tale direzione. E laddove,

144 Sia permesso un rinvio a M. AVOGARO, *Smart unions for smart factories? Main Spanish, Italian and German trade unions facing the era of Industry 4.0*, in N. CEREJEIRA NAMORA, L. MELLA MÉNDEZ, D. ABRUNHOSA E SOUSA (eds.), *Digital work and personal data protection: key issues for the labour of the 21st Century*, Cambridge Scholars Publishing, 2018, p. 277 ss.

invece, l'intesa AssoDelivery-Ugl, al di là delle questioni di legittimità, pare inadatta allo scopo, collocarsi nel filone maggiormente conservatore e finalizzato a confinare le tutele riconosciute a *rider* entro i limiti minimi di legge.

Fatte salve tali difficoltà contingenti, sembra tuttavia essere proprio l'elemento della personalizzazione – delle tutele, dei servizi forniti, della contrattazione collettiva, quest'ultima in una logica aziendale o territoriale – a costituire il fattore unificante delle spinte innovative che percorrono il diritto sindacale italiano nel secondo decennio del secolo. Un sindacato che, nell'epoca delle produzioni parcellizzate e in tempo reale si avvia ad assumere, anch'esso, una natura *taylor-made*.

Qualificazione del rapporto di lavoro e nuove tecnologie: il banco di prova della *gig economy*

Gionata Cavallini

SOMMARIO: 1. Il diritto del lavoro italiano alla prova della *gig economy*. – 2. Le fattispecie della *gig economy* italiana. – 3. Subordinazione e autonomia nell'ordinamento italiano. – 4. La novità del lavoro “etero-organizzato” (art. 2, d.lgs. 81/2015). – 5. Il nodo della qualificazione dei *rider*. – 6. Le (prime) risposte della giurisprudenza: i *rider* come lavoratori autonomi. – 7. I *rider* come lavoratori etero-organizzati nella decisione della Corte d'Appello di Torino. – 8. La conferma della decisione d'appello da parte della Corte di Cassazione. – 9. Le prospettive dell'intervento legislativo e dell'azione sindacale. – 10. Il d.l. 101/2019 e l'introduzione di una disciplina speciale a tutela dei *rider*. – 11. Il “CCNL rider” UGL – Assodelivery del settembre 2020.

1. Il diritto del lavoro italiano alla prova della *gig economy*

Anche in Italia, come in molti altri paesi europei ed extraeuropei, ha ricevuto negli ultimi anni una grande attenzione da parte degli interpreti il tema del rapporto tra l'innovazione tecnologica e il diritto del lavoro¹, con particolare riferimento alla questione relativa alla qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei lavoratori della c.d. *gig economy*², come testimoniano le numerose iniziative organizzate nell'ambito comunità dei giuslavoristi italiani, accademici e pratici³ e le ormai innumerevoli pubblicazioni in argomento⁴.

1 Per una prospettiva generale, P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2017, n. 4, I, p. 529 ss.

2 Lo rileva M. BARBERA, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, fra differenziazione e universalismo delle tutele*, in *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2018, n. 2, p. 403 ss.

3 Si ricordano la *XV International Conference in Commemoration of Prof. Marco Biagi: Digital and Smart Work*, Modena, 20-21 marzo 2017, il convegno *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Brescia, 12-13 ottobre 2017, il convegno organizzato dal sindacato CGIL *Il lavoro nelle piattaforme digitali: nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, Roma, 20 ottobre 2017. Il tema ha aleggiato anche il congresso *Aidlass 2017* di Cassino, trovando spazio soprattutto nella relazione di D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, ora in *AIDLASS, Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Giuffrè, Milano, 2018, spec. p. 163 ss., e il convegno *AGI Innovazione digitale: categorie giuridiche alla prova* di Bologna, 25-27 ottobre 2018.

4 Senza poter menzionare gli articoli in rivista, tra le monografie e le opere collettanee v. P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017; AA.VV., *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di*

La ragione di tale attenzione è facile da spiegare: i modelli organizzativi adottati dalle piattaforme informatiche che forniscono attività di lavoro *on-demand* rappresentano una vera e propria sfida per il diritto del lavoro e sindacale, in quanto introducono elementi di novità rispetto alle nozioni tradizionali di lavoratore e di datore di lavoro, determinando l'apparente possibilità per le piattaforme di mettere in atto una vera e propria "fuga" dal diritto del lavoro (subordinato) e dai suoi vincoli⁵.

In questa prospettiva, il fenomeno del lavoro (formalmente) autonomo prestato *via app* rappresenta la punta di un iceberg destinato ad emergere sempre di più negli anni a venire, ed è per questo che la dottrina ha profuso grandi sforzi di analisi nonostante in termini numerici il settore, in Italia, non sia poi così grande, se è vero che i *rider* italiani – che rappresentano il paradigma di riferimento del *platform worker* italiano – erano fino a poco tempo fa circa 10.000 persone⁶. La "sfida" del lavoro digitale, infatti, impegna il diritto del lavoro innanzitutto da un punto di vista sistematico. Il tratto più caratteristico, e insieme più insidioso, dell'economia delle piattaforme è dato dall'inarrestabile tendenza a considerare il lavoro umano un "servizio" come tanti altri – da cui il mantra di Jeff Bezos: *humans as a service*⁷ – e dunque a realizzare quella "commodificazione" del lavoro⁸ – spesso richiamata con il neologismo "uberizzazione" – ben esemplificata dalle parole di un imprenditore del settore: «Prima di internet, sarebbe stato davvero difficile trovare qualcuno disposto a sedersi 10 minuti a lavorare per te e poi andarsene licenziato dopo quei 10 minuti. Ma con la tecnologia lo puoi effettivamente trovare, pagarlo una piccola somma di denaro e poi liberartene quando non ti serve più»⁹. Niente di più lontano dal principio fondamentale del diritto del lavoro, riconosciuto nelle fonti internazionali dell'OIL, secondo cui «il lavoro non è una merce».

tutela, Ediesse, Roma, 2017; E. ALES *et Al.* (eds.), *Working in Digital and Smart Organizations. Legal, Economic and Organizational Perspectives on the Digitalization of Labour Relations*, Palgrave Macmillan, 2018; A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018; E. SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Giappichelli, Torino, 2018; A. SOMMA (a cura di), *Lavoro alla spina e welfare à la carte*, Meltemi, Milano, 2019.

5 W. DÄUBLER, T. KLEBE, *Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2015, p. 1032 ss. L'idea della «fuga» dal diritto del lavoro (subordinato) è risalente e l'espressione, in Italia, si deve a F. LISO, *La fuga dal diritto del lavoro*, in *Industria e Sindacato*, 1998, n. 28, p. 1 ss.

6 C. GIORGIANTONIO, L. RIZZICA, *Il lavoro nella gig economy. Evidenze dal mercato del food delivery in Italia*, in *Questioni di Economia e Finanza* n. 472, Banca d'Italia, Roma, 2018.

7 J. PRASSI, *Humans as a Service. The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, Oxford University Press, Oxford 2018.

8 A. ALOISI, *Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of "On-Demand/Gig Economy" Platforms*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2016, vol. 37, n. 3, p. 653 ss.

9 La citazione di Lukas Biewald si trova in M. MARVIT, *How Crowdworkers became the Ghosts in the Digital Machine*, in *thenation.com*, 4 febbraio 2014.

L'innovazione tecnologica consente (quantomeno apparentemente) lo sviluppo di nuovi modelli di organizzazione del fattore lavoro che consentono di evitare l'applicazione della disciplina protettiva del lavoro subordinato, determinando l'emersione di un esercito di persone sempre a disposizione – la *Just-in-Time Workforce*¹⁰ – ma formalmente classificate come lavoratori autonomi (o micro-imprenditori) che pure versano in condizioni di estrema debolezza economica e precarietà contrattuale, e che abbisognano almeno di una parte delle tutele che la legge prevede in favore dei lavoratori subordinati.

Lo stesso termine utilizzato per indicare questo nuovo modello economico – l'anglismo *gig economy*, traducibile con “economia del lavoretto” – sembra alludere a uno schema in cui al lavoro non viene neppure riconosciuta la sua dignità, quasi come se si trattasse di un *hobby*.

2. Le fattispecie della *gig economy* italiana

Quando si parla di lavoro nella *gig economy* ci si riferisce ad almeno due diverse macro-categorie, che la dottrina ha denominato rispettivamente *work-on-demand-via-app* e *crowdwork*¹¹.

Il *work-on-demand-via-app* (letteralmente: lavoro a richiesta tramite applicazione) identifica quelle prestazioni di lavoro aventi ad oggetto attività “tradizionali”, che vengono svolte, in una determinata realtà geografica, tramite una piattaforma informatica che consente di mettere in contatto il lavoratore con l'utente che voglia usufruire del servizio. Rientrano in questa categoria, per esempio, le attività di trasporto di persone (es. Uber, Lyft) o di consegna di merci (es. Foodora, Deliveroo, Glovo), ovvero di assistenza di altro tipo (es. Helpling, Taskrabbit).

Il *crowdwork* (letteralmente: lavoro-folla), invece, ha ad oggetto lo svolgimento di attività di natura non manuale ma intellettuale e, in particolare, comporta lo svolgimento di quelle che sono state definite *human intelligence tasks* (HITS), cioè quei compiti che un'intelligenza umana è ancora in grado di effettuare meglio di un'intelligenza artificiale. Rientrano tra le HITS attività monotone e ripetitive come effettuare un riconoscimento facciale o trascrivere i contenuti di un documento o di un *file audio*, ma anche attività di contenuto professionale più elevato, come le traduzioni e alcuni lavori di grafica. Le HITS possono essere svolte da persone ubicate in qualsiasi parte del mondo, purché connesse al *web*, senza che sia necessario alcun collegamento fisico tra il lavoratore e l'utilizzatore. In

10 V. DE STEFANO, *The Rise of the “Just-in-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the “Gig-Economy”*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2016, vol. 37, n. 3, p. 474 ss.

11 V. DE STEFANO, *op. cit.*, p. 474 ss.; E. DAGNINO, *Il lavoro nella on-demand economy: esigenze di tutela e prospettive regolatorie*, in *Labour and Law Issues*, 2015, n. 2, p. 90; A. DONINI, *Il mercato dei servizi sul web: il rapporto di lavoro su piattaforma digitale*, in P. TULLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 93 ss.

questo senso, si è detto che il *crowdwork* coinvolge una forza lavoro per certi versi “virtuale”¹².

L'esempio principale del *crowdwork* è rappresentato dalla piattaforma statunitense Amazon Mechanical Turk (AMT), lanciata da Amazon nel 2005, che consente a una pluralità di utilizzatori (*requesters*) di pubblicare una serie di HITS che una “folla” (per l'appunto *crowd*) di lavoratori da tutto il mondo potrà svolgere in cambio di un piccolo corrispettivo, senza muoversi da casa¹³.

Se il *work-on-demand-via-app* si rivolge principalmente a un'utenza composta da consumatori finali, al *crowdwork* fanno ricorso soprattutto imprese ed enti (anche pubblici e di ricerca). Il *work-on-demand-via-app* costituisce uno schema di formalizzazione giuridica di attività che prima si svolgevano nell'ambito dell'economia informale¹⁴, mentre il *crowdsourcing* può essere visto come l'ultima tappa di quel processo di esternalizzazione dei processi produttivi che è al centro delle attenzioni dei giuslavoristi già da diversi decenni¹⁵.

In Italia è soprattutto il *work-on-demand-via-app* ad avere attirato le attenzioni degli interpreti, anche grazie al fatto che la principale piattaforma di *crowdwork*, AMT, non è accessibile ai lavoratori in Italia.

Negli ultimi anni, nei principali centri urbani italiani sono proliferate le piattaforme che offrono servizi di consegna immediata a domicilio *via-app* – solo per menzionarne alcune: Foodora, Deliveroo, JustEat, Glovo, UberEats – effettuati da fattorini che si muovono in motorino o, più di frequente, in bicicletta¹⁶.

Analizzando i dati di bilancio delle principali piattaforme operanti in Italia, emerge come in Italia sia proprio il *food delivery* a detenere il primato, con un fatturato totale prodotto nel 2017 pari a quasi 40 milioni di euro, circa 8 volte quello delle principali piattaforme di trasporto passeggeri (come Uber) e 17 volte quello delle piattaforme che forniscono servizi domestici (come Helpling). Le piattaforme di *food delivery* hanno mostrato un andamento di crescita esponenziale, con un tasso di crescita medio annuale pari a quasi il 250%¹⁷.

In termini occupazionali, per quanto sia difficile quantificare con esattezza il numero dei fattorini addetti alla consegna a domicilio (*rider*), si tratta verosimilmente di poco meno di 10.000 unità¹⁸. Il settore della consegna immediata *via-app* si candida a occupare sempre più persone, e non si tratta solo di studenti universitari in cerca di un piccolo reddito extra. Le ricerche di tipo sociologico e

12 E. DAGNINO, *op. cit.*, p. 90.

13 Su AMT, in particolare, A. GINÉS I FABRELLAS, *Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso de Amazon Mechanical Turk*, in *Revista Derecho Social y Empresa*, 2016, n. 6, p. 66 ss.

14 M. MARRONE, *Rights against the machines*, in *Labour and Law Issues*, 2019, n. 1, p. 5.

15 In questo senso A. GINÉS I FABRELLAS, *op. cit.*

16 G. CAVALLINI, *Foodora, Deliveroo & Co.: le fattispecie della gig-economy italiana tra previsioni contrattuali ed effettive modalità di esecuzione del rapporto*, paper presentato al convegno *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Brescia, 12-13 ottobre 2017.

17 C. GIORGIANTONIO, L. RIZZICA, *op. cit.*, p. 12.

18 *Ivi*.

statistico più recenti evidenziano che, per la maggior parte dei *rider*, il lavoro su piattaforma rappresenta l'unica fonte di reddito¹⁹.

Con il «caso Foodora», scoppiato nell'autunno del 2016, quando la piattaforma tedesca ha deciso di modificare il sistema di pagamento passando da un sistema di compenso orario a un sistema di cottimo puro (3 Euro lordi a consegna), il tema della tutela del lavoro nella *platform economy* è salito anche in Italia alla ribalta delle attenzioni della società civile, oltre che della comunità dei giurislavoristi, già allertata dagli sviluppi della giurisprudenza di area anglosassone e dal contenzioso nazionale ed europeo di diritto concorrenziale relativo a Uber²⁰.

Il vero tratto comune dei modelli organizzativi di tutte le piattaforme italiane è rappresentato dal fatto che il rapporto giuridico tra la piattaforma e il lavoratore è concepito come un rapporto tra soggetti posti su piano di parità formale, e non come un rapporto di lavoro caratterizzato dallo squilibrio di potere. I contratti, predisposti unilateralmente dalle piattaforme, che disciplinano lo svolgimento della prestazione contengono specifiche clausole (*independent contractor clauses*) in cui viene espressamente escluso che tra le parti venga instaurato un rapporto di lavoro subordinato.

Tutti i contratti, infatti, convergono nell'affermare la natura autonoma del rapporto di lavoro, concepito come un contratto di prestazione di servizi ai sensi dell'art. 2222 del codice civile.

Emblematico il contratto Foodora, che prevede che il *rider* «agirà in piena autonomia, senza essere soggetto ad alcun vincolo di subordinazione, potere gerarchico o disciplinare, ovvero a vincoli di presenza o di orario di qualsiasi genere» (art. 1 Contratto Foodora), e quello JustEat, che precisa che il prestatore «resta libero di determinare luoghi e tempi della propria disponibilità» (premessa 3 Contratto JustEat).

Il contratto Deliveroo, poi, presenta anche una *independent contractor clause* «rafforzata», in quanto eleva la volontà di costituire un rapporto di natura autonoma a «elemento determinante del consenso» (art. 8 Contratto Deliveroo).

In questo modo le piattaforme, pur potendo mantenere un elevato livello di controllo sulla prestazione – costantemente monitorata tramite la *app* – si ritengono libere di non applicare la disciplina del rapporto di lavoro subordinato prevista dalla legge (e dai contratti collettivi) e, in particolare, di determinare il compenso in misura inferiore, facendo inoltre spesso ricorso allo schema del cottimo, per cui il compenso, o buona parte di esso, dipende dal numero di consegne effettuate.

19 L. ZORLONI, *Ma quale lavoretto: ecco l'identikit dei fattorini delle app di Milano*, in *linkiesta.it*, 7 febbraio 2019, ove si legge che i *rider* «sono in maggioranza giovani tra i 22 e i 30 anni, maschi, di origine straniera e le consegne a domicilio sono la loro prima, e spesso unica, fonte di reddito».

20 *Infra*, par. 6.

La dottrina, tuttavia, ha da subito evidenziato il carattere spesso inconsistente di tali *independent contractor clauses*, ricordando che, nella gran parte degli ordinamenti, vige il principio della prevalenza della realtà sulla forma e che, pertanto, tali clausole non possono impedire la proposizione di domande giudiziali aventi ad oggetto il riconoscimento delle tutele del lavoro subordinato, laddove le effettive modalità di esecuzione ne disvelino l'esistenza²¹.

In effetti, anche in Italia, diversi lavoratori *via app* si sono rivolti al giudice del lavoro per vedere riconosciuta l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato intercorrente con la piattaforma, per ottenere il rispetto tutti i diritti (economici e normativi) che ne derivano.

Ma, prima di esaminare le risposte offerte dalla giurisprudenza in materia di qualificazione del rapporto dei lavoratori della *gig economy*, occorre soffermarsi su quella che è la disciplina italiana in materia di distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, per apprezzare come fornire una risposta appagante alla domanda su quale sia lo *status* dei lavoratori digitali italiani – se autonomi o subordinati – non fosse affatto facile.

3. Subordinazione e autonomia nell'ordinamento italiano

Nell'ordinamento italiano, come in molti altri ordinamenti europei ed extraeuropei, la qualificazione del rapporto di lavoro rappresenta un passaggio cruciale e ineludibile ai fini dell'individuazione della disciplina protettiva ad esso applicabile.

La subordinazione rappresenta infatti la “porta d'accesso” ad una serie di tutele che al lavoratore autonomo non sono riconosciute, dalla regola della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 della Costituzione, che consente di offrire un ampio margine di applicazione alla parte economica del contratto collettivo, alle tutele contro il licenziamento illegittimo, solo per menzionarne alcune²².

A distanza di oltre un secolo dall'opera di Ludovico Barassi, considerato il padre del diritto del lavoro italiano, resta ancora del tutto valida la sua affermazione secondo cui la distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato rappresenta «la grande, la più importante distinzione che si fa in materia di contratto di lavoro»²³.

21 V. DE STEFANO, *op. cit.*, p. 485.

22 M. PEDRAZZOLI, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. L. Barassi e il suo dopo*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Ludovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita e pensiero, Milano, 2003, p. 349 ss.; M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 43.

23 L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* (1901), a cura di Mario Napoli, Vita e pensiero, Milano, 2003, p. 22.

Il codice civile italiano del 1942 disciplina in due diversi articoli la fattispecie del lavoro subordinato da quella del lavoro autonomo, prevedendo, da un lato, che «È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore» (art. 2094 cod.civ.), e, dall'altro, che è considerato lavoratore autonomo chi «si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente» (art. 2222 cod.civ.).

Con la riforma del processo del lavoro del 1973, poi, il Legislatore ha individuato una sottospecie del lavoro autonomo, spesso definita lavoro “parasubordinato”²⁴, rappresentata dai «rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato» (art. 409, n. 3, cod.proc.civ.). In presenza dei requisiti della continuità, del coordinamento e della prevalente personalità della prestazione, la legge prevede che trovino applicazione alcune delle tutele del lavoro subordinato – *in primis*, la disciplina processuale – anche se i suddetti rapporti rimangono di lavoro autonomo ad altri fini, ad esempio, per quanto concerne la non applicazione delle garanzie in materia di retribuzione²⁵.

Sui caratteri distintivi delle due fattispecie – lavoro autonomo e subordinato – la dottrina e la giurisprudenza si sono affaticate per oltre un secolo.

La dottrina, in particolare, si è a lungo interrogata sul problema del metodo di accertamento della natura del rapporto, spaccandosi tra chi ha sostenuto la necessità di poter operare una perfetta sussunzione della fattispecie concreta nello schema giuridico astratto dell'art. 2094 cod.civ. (c.d. metodo sussuntivo), attribuendo così rilievo dirimente all'elemento della etero-direzione della prestazione da parte del datore di lavoro (“alle dipendenze e sotto la direzione”), e chi invece ha ritenuto che, per rientrare nella fattispecie astratta del 2094 cod.civ., è sufficiente che la fattispecie concreta contempli anche solo alcuni degli elementi previsti dalla norma, dovendosi operare un giudizio di approssimazione (c.d. metodo tipologico)²⁶.

La giurisprudenza, poco incline a spingersi troppo nei problemi di natura metodologica, è solita affermare che l'elemento che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato rispetto a quello di lavoro autonomo è l'etero-direzione, da intendersi come «assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e

24 G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro «parasubordinato»*, Franco Angeli, Milano, 1979.

25 Nel senso che l'art. 36 della Costituzione non si applica al lavoro parasubordinato v. Cass., sez. II, 4 giugno 2018, n. 14292; Cass., sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 29925; Cass., sez. II, 6 novembre 2015, n. 22701; Cass., sez. I, 13 dicembre 2013, n. 27919.

26 Sul tema del metodo v. soprattutto L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1990, I, p. 182 ss.

disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia ed inserimento nell'organizzazione aziendale»²⁷.

Nei giudizi di accertamento della natura subordinata del rapporto, la giurisprudenza fa solitamente ricorso anche a una serie di indici c.d. sussidiari, quando risulti incerto l'elemento dell'eterodirezione della prestazione, attribuendo rilievo alla continuità e alla durata del rapporto, alle modalità di erogazione del compenso, alla regolamentazione dell'orario, alla presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale e alla sussistenza di un reale potere di autorganizzazione in capo al prestatore²⁸.

Un indice è anche la qualificazione operata dalle parti (il c.d. *nomen iuris*), la quale però, pur assumendo un certo rilievo, non può invece precludere la possibilità per il giudice di accertare l'effettiva sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Secondo l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale, infatti, non è consentito alle parti di negare la qualificazione di rapporti di lavoro subordinato a relazioni lavorative che, nei fatti, abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato²⁹.

Il ricorso agli indici sussidiari, tuttavia, viene di solito ammesso, in mancanza della prova dell'eterodirezione (a carico del lavoratore), solo nei casi in cui le mansioni siano elementari, monotone, ripetitive e predeterminate nelle modalità di esecuzione³⁰, ovvero nei casi, diametralmente opposti, in cui le mansioni, si caratterizzino per un elevato grado di professionalità e creatività, come ad esempio avviene nei casi, da sempre emblematici, del lavoro dirigenziale³¹ e del lavoro giornalistico³², per i quali spesso si parla di una subordinazione "attenuata", incentrata, non tanto sull'eterodirezione della prestazione lavorativa, quanto

27 Cass. 2 gennaio 2018, n. 1; Cass. 2 ottobre 2017, n. 22984; Cass. 16 maggio 2016, n. 10004, in *Il Foro italiano*, 2016, n. 7-8, I, c. 2416; Cass. 11 maggio 2016, n. 9681.

28 Cass. 11 ottobre 2017, n. 23846; Cass. 26 settembre 2014, n. 20367; Cass. 15 giugno 2016, n. 12330; Cass. 27 dicembre 2011, n. 28982. Sul punto A. LEPORE, *Gli indici giurisprudenziali di identificazione della fattispecie lavoro subordinato*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, 7° ed., Utet, Milano, 2017, p. 62 ss.

29 Corte cost. 29 marzo 1993, n. 121; Corte cost. 31 marzo 1994, n. 115.

30 Cass. 4 luglio 2017, n. 16377, relativa a un caso di fattorini addetti alla consegna a domicilio di pizze; Cass. 10 aprile 2017, n. 9157, relativa al caso di addetti alla consegna di quotidiani; Cass. 19 luglio 2013, n. 17718, relativa al caso di un addetto ad un'agenzia di scommesse ippiche; Trib. Bari 20 aprile 2018, in riferimento al caso di una barista; Trib. Milano 8 settembre 2017, n. 20146, per il caso di un imbianchino; Trib. S. Maria Capua Vetere, 13 luglio 2017, n. 2029, per il caso di una commessa di negozio.

31 Cass., Sez. I, 10 maggio 2016, n. 9463, in *GDir.*, 2016, n. 36, p. 78, secondo cui nel rapporto di lavoro dirigenziale «il lavoratore gode di ampi margini di autonomia ed il potere di direzione del datore di lavoro si manifesta non in ordini e controlli continui e pervasivi, ma, essenzialmente, nell'emanazione di indicazioni generali».

32 Nel senso che la subordinazione in campo giornalistico si attegga come costante disponibilità del lavoratore, piuttosto che come rigida eterodirezione, da ultimo, Cass. 3 maggio 2017, n. 10685, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2017, n. 6, p. 1568.

sull'elemento della continua disponibilità del lavoratore a svolgere la prestazione e sul suo inserimento nell'organizzazione d'impresa.

Anche la giurisprudenza di merito, tradizionalmente più propensa a fare riferimento all'utilizzo combinato di una serie di indici³³, sembrerebbe da ultimo essersi assestata su un indirizzo più rigoroso e incentrato sul dato della etero-direzione. Pare infatti doversi rilevare, nella giurisprudenza più recente, un approccio che è stato definito «metodologicamente conservatore»³⁴, tale da determinare, di fatto, una restrizione dell'area della subordinazione e – parallelamente – l'avallo di schemi giuridici volti a ricondurre (anche) il lavoro su piattaforma digitale nell'ambito del mondo del lavoro autonomo.

4. La novità del lavoro “etero-organizzato” (art. 2, d.lgs. 81/2015)

A complicare il quadro è intervenuto il legislatore, il quale, nell'ambito della riforma nota come Jobs Act del 2015, ha introdotto una nuova specifica disposizione in materia di lavoro “etero-organizzato”, prevedendo che «a far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro» (art. 2, d.lgs. 81/2015).

Il secondo comma, tuttavia, prevede che la disposizione del primo comma appena citata non trova applicazione in una serie di casi di deroga, ivi compreso il caso in cui al rapporto di lavoro etero-organizzato trovino applicazione specifici contratti collettivi.

La norma, poi riscritta nel 2019³⁵, ha creato un vivace dibattito in dottrina, la quale si è divisa sostanzialmente su tre posizioni interpretative.

Un primo indirizzo dottrinale ha ravvisato nella disposizione una “norma di disciplina”³⁶, non incidente sulle nozioni codicistiche contenute nell'art. 2094 e nell'art. 2222 cod.civ., volta semplicemente a estendere la disciplina del lavoro subordinato a rapporti giuridici che rimangono di lavoro autonomo, ma che

33 F. MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione*, Bologna University Press, Bologna, p. 37 s.

34 S. D'ASCOLA, *Non solo autonomia e subordinazione: uno sguardo alla giurisprudenza sulla qualificazione del contratto di lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2017, n. 1, p. 296.

35 Il d.l. 101/2019, in particolare, ha sostituito la locuzione «esclusivamente personali» con la locuzione «prevalentemente personali» e soppresso il riferimento ai «tempi e luoghi di lavoro».

36 In tal senso, sia pure con diverse sfumature, R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 371; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 272/2015, spec. p. 11 ss.

sarebbero stati ritenuti dal legislatore meritevoli di un eguale livello di tutela in ragione della condizione di debolezza del prestatore³⁷.

In questa prospettiva, come è stato sostenuto, la disposizione in esame non interverrebbe sull'art. 2094 cod.civ., né identificherebbe una nuova fattispecie di lavoro subordinato, «perché la collaborazione etero-organizzata non rientra nello schema legale-tipico della subordinazione ex art. 2094 cod.civ. (neppure in una sua versione evolutiva), ma costituisce una diversa figura, gravitante nella soglia tra subordinazione e autonomia, che viene ricondotta per l'effetto nell'area della subordinazione, senza che essa sia tipologicamente qualificabile come tale»³⁸.

Un diverso orientamento, al contrario, aveva valorizzato gli effetti della novella sul piano della nozione di subordinazione, di cui avrebbe determinato un allargamento, vuoi introducendo una presunzione assoluta di subordinazione³⁹, vuoi recependo orientamenti estensivi della subordinazione già emersi in parte della giurisprudenza⁴⁰. In questa prospettiva, si è detto che la riforma del 2015 è arrivata a incidere – quantomeno “di fatto” – sulla nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 cod.civ., che si estenderebbe fino a ricomprendere in un unico contenitore, sia il lavoro etero-organizzato, sia il lavoro etero-diretto⁴¹.

Non è poi mancato chi, provocatoriamente, ha ritenuto il nuovo art. 2, d.l.gs. 81/2015 «privo di efficacia propriamente normativa», bollandolo come una «norma apparente» che si limiterebbe a codificare indici sussidiari (tempo e luogo della prestazione, e cioè: osservanza di un orario di lavoro e inserimento della prestazione nell'organizzazione d'impresa) già ampiamente utilizzati dalla giurisprudenza ai fini della qualificazione dei rapporti di lavoro⁴².

Tale diversità di vedute, come si avrà modo di vedere, avrebbe avuto poi un impatto estremamente significativo sulla giurisprudenza chiamata a risolvere la

37 M. DEL CONTE, *Premesse e prospettive del Jobs Act*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, n. 4, p. 955, secondo cui l'estensione della disciplina del lavoro subordinato «è la risposta del legislatore italiano del 2015 al problema della debolezza contrattuale dei collaboratori privi di una reale autonomia organizzativa della propria attività».

38 A. PERULLI, *op. cit.*, p. 11 ss.

39 L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 267/2015, p. 16 s.

40 G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, *cit.*, p. 62, secondo cui il legislatore avrebbe sposato «una concezione estensiva della subordinazione, imperniata innanzitutto sui requisiti interdipendenti della personalità e della continuità della prestazione».

41 M. PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2016, n. 1, I. p. 65 ss; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 266/2015, spec. p. 4 ss.

42 P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, n. 6, p. 1117 ss., secondo cui anzi la disposizione delinea una fattispecie più ristretta di quella delineata dall'art. 2094 c.c. Nello stesso senso O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle «collaborazioni organizzate dal committente»*, in *Labor*, 2016, n. 1-2, p. 9 e s.

complessa questione della qualificazione del rapporto di lavoro dei lavoratori della *gig economy* italiana.

5. Il nodo della qualificazione dei rider

In questo complesso contesto normativo si è poi inserita di prepotenza la questione relativa alla qualificazione giuridica dei *rider* della *gig economy* italiana.

Si è detto che i contratti predisposti dalle piattaforme stabiliscono espressamente che il rapporto di lavoro è di natura autonoma e che, pertanto, la disciplina del rapporto non prevede nessuna delle garanzie previste dalla legge per i soli lavoratori subordinati.

Dopo che, nell'autunno del 2016, è scoppiato il c.d. «Caso Foodora», con i fattorini della piattaforma tedesca che hanno rivendicato pubblicamente il diritto a essere considerati lavoratori subordinati a tutti gli effetti, la dottrina si è subito interrogata sulla correttezza della qualificazione prevista nei contratti individuali di lavoro, valutando la possibilità di sostenere che essi andassero riqualeficati come rapporti di lavoro subordinato, allo scopo principale di garantire un minimo di tutela a lavoratori che ne erano quasi del tutto privi.

I rapporti di lavoro dei fattorini di Foodora – ma un discorso in gran parte analogo vale per le altre piattaforme del settore – presentano alcuni elementi che depongono nel senso della subordinazione e altri che militano nel senso dell'autonomia del rapporto.

Da un lato, i *rider* spesso indossano una divisa, sono funzionalmente integrati nel ciclo produttivo di un committente principale, che fissa unilateralmente la misura del compenso e le altre condizioni contrattuali; predispone meccanismi per l'elaborazione della turnistica; monitora la prestazione controllandone l'adempimento tramite la *app* e valuta la qualità della performance mediante meccanismi reputazionali in gran parte demandati alla clientela⁴³, giungendo a penalizzare, in vario modo, i *rider* meno attivi e arrivando persino a disattivare gli account dei lavoratori, ultima frontiera del licenziamento.

Dall'altro lato, però, i modelli organizzativi delle piattaforme lasciano quasi sempre liberi i lavoratori di proporsi per i vari turni e di candidarsi o meno per una singola corsa, non sussistendo un vero e proprio obbligo giuridico di svolgere la prestazione; possiedono il mezzo (bicicletta, motorino, macchina) che utilizzano per effettuare le consegne; non sono soggetti ad obblighi di esclusiva e possono prestare la propria attività anche in modo estremamente saltuario, arrivando così a godere, in alcuni casi, di una libertà assoluta di determinare il *quando* e il *quantum* della prestazione.

43 A. INGRAO, *Assessment by Feedback in the On-Demand Era*, in E. ALES *et Al.* (Eds.), *op. cit.*, p. 93 ss.

Non a caso, nel pieno del caso Foodora, vi era stato sia chi aveva osservato che «l'azienda «impartisce ordini, impone una divisa, monitora la prestazione, valuta la performance, premia i migliori, rimprovera gli inefficienti, chiude gli account»⁴⁴, sia chi aveva replicato che, in fondo, «se un fattorino vuole, spegne tutto e arrivederci»⁴⁵.

L'animato dibattito che ha accompagnato gli sviluppi della vicenda Foodora ha poi visto la presenza di un gran numero di voci a sostegno della tesi della subordinazione, sostenuta, vuoi valorizzando il profilo del potere di controllo in capo alla piattaforma⁴⁶, vuoi il dato dell'integrazione del lavoratore nell'ordinario ciclo produttivo della piattaforma⁴⁷, vuoi, ancora, sulla condizione di alienità ravvisabile nei lavoratori nei confronti dell'algoritmo che regge il funzionamento della piattaforma⁴⁸, sulla scorta degli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza spagnola⁴⁹.

Altra parte della dottrina, pur senza negare la necessità di un'attenta valutazione delle circostanze del caso concreto, aveva ritenuto di poter ricondurre la gran parte delle fattispecie della *gig economy* al mondo del coordinamento di cui all'art. 409, n. 3, cod.proc.civ.⁵⁰ – pur riconoscendo l'esistenza di un *deficit* di tutela da colmare, anche attraverso interventi normativi in materia di salario minimo legale⁵¹ – se non a escludere in modo assoluto la sussistenza dei caratteri della subordinazione nell'ambito dei rapporti di lavoro nella *gig economy*⁵².

Un autore, in particolare, per sostenere la natura autonoma del rapporto di lavoro, aveva svolto un paragone tra i *rider* delle piattaforme di oggi e i *pony express*

44 V. DE STEFANO, A. ALOISI, *Testa bassa e pedalare? No, i lavoratori di Foodora meritano rispetto*, in *linkiesta.it*, 11 ottobre 2016.

45 S. COSIMI, *Se lo chiamate "lavoro" non avete capito cosa è Foodora (né la sharing economy)*, in *startupitalia.eu*, 12 ottobre 2016.

46 M. L. BIRGILLITTO, *Lavoro e nuova economia: un approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, *Labour and Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 2, p. 58 ss.

47 S. AURIEMMA, *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2017, n. 2, p. 281 ss.; E. GRAMANO, *Riflessioni sulla qualificazione del rapporto di lavoro nella gig-economy*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2018, n. 3; A. CONSIGLIO, *Il lavoro nella digital economy: prospettive su una subordinazione inedita?*, in *Labour and Law Issues*, 2018, n. 1, p. R.78.

48 G. PACELLA, *Alienità del risultato, alienità dell'organizzazione*, in *Labour and Law issues*, 2018, n. 1, p. 59 ss., in riferimento alla nozione di subordinazione come doppia alienità enucleata da Corte cost. 5 febbraio 1996, n. 30.

49 Juzgado de lo Social de Valencia 1 giugno 2018, n. 244; Juzgado de lo Social de Madrid 11 febbraio 2019, n. 53.

50 M. BIASI, *Dai pony express ai riders di Foodora*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 67 ss, spec. p. 85 ss.; E. MENEGATTI, *On-Demand Workers by Application, autonomia o subordinazione?*, *ivi*, p. 98 ss.

51 E. MENEGATTI, *A Fair Wage for Workers On-demand via App*, in E. ALES *et al.* (eds.) *op. cit.*, spec. p. 78 ss.

52 Molto netta la posizione di F. LUNARDON, *Le reti d'impresa e le piattaforme digitali della sharing economy*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2018, n. 2, p. 375 ss.

che, negli anni 80 del secolo scorso, avevano formato oggetto delle attenzioni della giurisprudenza⁵³. Allora, nell'ambito di un complesso filone giudiziario, mentre numerosi giudici avevano riconosciuto in prima battuta la sussistenza di rapporti di lavoro subordinato⁵⁴, enfatizzando la condizione di dipendenza economica del lavoratore e il suo stabile inserimento nell'organizzazione d'impresa, i giudici di secondo grado e le corti superiori, hanno invece valorizzato il fatto che il *pony express* avesse il diritto di non rispondere alle chiamate, godendo così di un libertà di determinare il *quando* della prestazione ritenuta incompatibile con la subordinazione⁵⁵.

Dal momento che la giurisprudenza non si era mai più discostata da quell'orientamento, ribadendolo anche in tempi recenti⁵⁶, per molti era impossibile non ravvisarvi il principale ostacolo per la riqualificazione del rapporto di lavoro dei *rider*, anch'essi formalmente liberi di candidarsi o non candidarsi per una specifica corsa.

Non erano comunque mancate voci tese a sottolineare che «la forte somiglianza del caso dei *rider* di Foodora a quello dei *pony express* degli anni Ottanta non deve condurre l'interprete a considerare scontata l'applicazione ai primi delle soluzioni giurisprudenziali che vennero elaborate per i secondi»⁵⁷.

6. Le (prime) risposte della giurisprudenza: i rider come lavoratori autonomi

Mentre la dottrina ha subito discusso dello *status* dei *rider* di Foodora, la giurisprudenza italiana ha tardato a occuparsi dei profili di diritto del lavoro della *platform economy*, oggetto per primo delle attenzioni dei Tribunali civili e commerciali, chiamati a giudicare delle azioni legali intraprese contro Uber dai tassisti, che accusavano Uber di violare le regole della concorrenza⁵⁸.

La questione relativa alla compatibilità del modello Uber con le discipline che sottopongono lo svolgimento di attività di trasporto pubblico a speciali regimi

53 P. ICHINO, *Sulla questione dei fattorini di Foodora*, in *pietroichino.it*, 20 ottobre 2016.

54 Pret. Milano 20 giugno 1986, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1987, II, p. 70; Pret. Milano 7 ottobre 1988, in *Foro it.*, 1989, II, c. 2908; Pret. Torino 12 febbraio 1996, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1997, II, p. 290.

55) Trib. Milano 10 ottobre 1987, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1987, II, p. 688; Cass. 10 luglio 1991, n. 7608; in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 108; Cass. 25 gennaio 1993, n. 811, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1993, II, p. 425.

56 Cass. 20 gennaio 2011, n. 1238.

57 M. DEL CONTE, O. RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2018, n. 3, spec. p. 679.

58 Per una panoramica sul contenzioso in Europa, N. RAMPAZZO, *Rijkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso*, in *Diritto dell'informazione e dell'Informatica*, 2015, p. 957 ss.

di autorizzazione, è stata persino rimessa alla Corte di Giustizia, con varie richieste di decisioni pregiudiziali emesse tra il 2015 e il 2016.

Sin dalla prima decisione⁵⁹, la Corte ha affermato che il servizio di intermediazione di Uber (avente ad oggetto la messa in contatto mediante applicazione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento nell'area urbana), costituisce un vero e proprio servizio di trasporto – e non solo un'attività informatica – e rientra, pertanto, nel potere degli Stati Membri limitare la concorrenza attraverso la previsione di speciali regimi di licenze.

La Corte Europea ha così confermato quanto era stato già evidenziato dalla dottrina lavoristica circa il fatto che Uber non può essere considerato solo un intermediario⁶⁰. Allo stesso tempo, però, sebbene alcuni abbiano voluto ricavare dalla sentenza europea anche conseguenze in ordine alla natura del rapporto di lavoro, la Corte non ha espresso alcuna posizione sul punto. Anzi, l'Avvocato Generale aveva precisato che Uber «può perfettamente erogare le sue prestazioni servendosi di imprenditori indipendenti che agiscono a suo nome come subcontraenti»⁶¹.

E, infatti, quando la giurisprudenza italiana è stata chiamata a decidere dello *status* dei *riders* di Foodora, ha adottato un approccio di sostanziale chiusura rispetto alla possibilità di riqualificare il rapporto di lavoro, sposando appieno le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza degli anni 80 in materia di *pony express*.

Il Tribunale di Torino, nella prima pronuncia italiana in materia di *gig economy*, ha rigettato la domanda di accertamento della natura subordinata del rapporto promossa da alcuni *riders* di Foodora rilevando, in particolare, che «il rapporto di lavoro intercorso tra le parti era caratterizzato dal fatto che i ricorrenti non avevano l'obbligo di effettuare la prestazione lavorativa e il datore di lavoro non aveva l'obbligo di riceverla»⁶².

Il Tribunale ha considerato che il fatto che ciascun *riders* potesse dare la propria disponibilità a essere inserito nei vari turni (*slot*) pubblicati settimanalmente dall'azienda, ma non era obbligato a farlo – così come Foodora poteva accettare o meno la disponibilità dei lavoratori a svolgere il turno – è di per sé sufficiente a escludere la possibilità di configurare un potere direttivo in capo alla

59 CGUE 20 dicembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi vs. Uber Systems Spain, S.L.* tra l'altro in *Revue des affaires européennes*, 2017, p.757 s., con nota di C. CARTA, *Uber face à la compétition économique et au respect des règles de droit*.

60 Da ultimo V. BRINO, *Il caso Uber, tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 135 ss.

61 Conclusioni dell'AG Szpunar nel procedimento C-134/15, 11 maggio 2017, § 54.

62 Trib. Torino 7 maggio 2018, n. 778, integrale in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2018, n. 2, II, p. 283, con nota di P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy* (p. 294 ss.), ma anche in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2018, n. 7, p. 721 ss., con nota di G. RECCHIA, *Gig Economy e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana*.

piattaforma: se il lavoratore è libero di non lavorare, come può la piattaforma esercitare il potere direttivo?

Anche secondo il Tribunale di Milano, chiamato a decidere della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato di un lavoratore della piattaforma Glovo, la libertà del lavoratore di determinare la dimensione temporale della prestazione vale a escludere la sussistenza del vincolo di subordinazione, dovendosi attribuire valore dirimente al fatto che il lavoratore «era libero di decidere se e quando lavorare: in fase di prenotazione degli slot, infatti, egli non aveva vincoli di sorta nella determinazione dell'an, del quando e del quantum della prestazione»⁶³.

Il Tribunale di Torino, poi, ha escluso che si potesse configurare l'esercizio del potere direttivo a partire dal momento in cui i lavoratori cominciano il turno *loggandosi* alla piattaforma: il controllo esercitato dalla piattaforma, comprensivo della possibilità di verificare in tempo reale la posizione del *rider* mediante geolocalizzazione, è stato infatti ricondotto dal Giudice al «coordinamento», di cui all'art. 409, n. 3, cod.proc.civ., come tale compatibile con la natura autonoma del rapporto.

Il Tribunale di Torino ha poi adottato un approccio di netta chiusura rispetto alla possibilità di applicare l'art. 2, d.lgs. 81/2015, in materia di collaborazioni etero-organizzate, aderendo espressamente alla tesi secondo cui si tratterebbe di una norma che non ha un contenuto capace di produrre nuovi effetti giuridici sul piano della disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro⁶⁴.

Anzi, secondo il Tribunale, l'art. 2, d.lgs. 81/2015, presenterebbe un ambito di applicazione persino più ristretto di quello dell'art. 2094 cod.civ., perché richiederebbe che il potere direttivo e organizzativo del datore si estrinsechi *anche* in riferimento ai tempi e al luogo di lavoro, e non *anche soltanto* con riferimento a essi, secondo un'interpretazione restrittiva che ha subito destato critiche in dottrina⁶⁵.

Anche la decisione del Tribunale di Milano sarebbe pervenuta al medesimo esito di negare la natura etero-organizzata del rapporto, sulla base, ancora una volta, della riconosciuta libertà di determinazione del quando e del *quantum* della prestazione. Secondo il Giudice, infatti, le modalità di esecuzione della prestazione non potevano ritenersi organizzate dal committente con riferimento ai tempi di lavoro, «poiché la scelta fondamentale in ordine ai tempi di lavoro e di riposo era rimessa all'autonomia del ricorrente».

63 Trib. Milano 10 settembre 2018, n. 1853, p. 7, su cui, se vuoi, G. CAVALLINI, *Riders: Milano segue Torino ma fuori dalle aule di giustizia qualcosa si muove*, in *Sintesi*, 2018, n. 9, p. 4 ss.

64 *Supra*, par. 4.

65 P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2018, n. 1, p. 7; M. DEL CONTE, O. RAZZOLINI, *op. cit.*, spec. p. 678.

7. I rider come lavoratori etero-organizzati nella decisione della Corte d'Appello di Torino

A conclusioni molto diverse dalle prime decisioni di Torino e Milano è pervenuta poi, proprio in riforma della sentenza del Tribunale di Torino, la Corte d'Appello della stessa città⁶⁶.

Mentre sull'esclusione della natura subordinata del rapporto il giudice d'appello ha sposato appieno la ricostruzione del Tribunale, quanto all'interpretazione dell'art. 2, d.lgs. 81/2015 la soluzione prospettata è opposta.

In uno dei passaggi cruciali della sentenza d'appello, il Collegio interpreta la norma nel senso che essa «Individua un terzo genere, che si viene a porre tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. e la collaborazione come prevista dall'art. 409 n. 3 c.p.c., evidentemente per garantire una maggiore tutela alle nuove fattispecie di lavoro che, a seguito della evoluzione e della relativa introduzione sempre più accelerata delle recenti tecnologie, si vanno sviluppando».

L'etero-organizzazione, come interpretata dal Collegio, rappresenta dunque un “qualcosa di meno” rispetto all'etero-direzione che caratterizza il lavoro subordinato e un “qualcosa di più” rispetto al coordinamento di cui all'art. 409 n. 3 cod.proc.civ., in quanto nella collaborazione etero-organizzata il committente viene ad avere comunque un potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

Poiché, però, la Corte sottolinea che in questo caso non vi è comunque riconoscimento della subordinazione, una parte della dottrina ha subito puntualizzato che il riferimento mosso al *tertium genus* debba intendersi in senso meramente descrittivo, nel senso che le collaborazioni etero-organizzate, in quanto non subordinate, appartengono tipologicamente al mondo del lavoro autonomo⁶⁷.

Sembrirebbe così che la Corte d'Appello, accantonata la lettura dell'art. 2 come norma “apparente” fatta propria dal giudice di prime cure, abbia sposato quell'interpretazione dottrinale secondo cui la collaborazione etero-organizzata non rientra nello schema legale-tipo della subordinazione ex art. 2094 cod. civ., ma costituisce una diversa figura, gravitante nella soglia tra subordinazione e autonomia, che viene ricondotta per l'effetto nell'area della subordinazione, senza che essa sia tipologicamente qualificabile come tale⁶⁸.

Da questa premessa al riconoscimento dell'etero-organizzazione dei rider il passo era breve: la Corte d'Appello riconosce che «indubbiamente le modalità di esecuzione erano organizzate dalla committente quanto ai tempi e ai luoghi di

66 App. Torino 4 febbraio 2019, n. 26, su cui R. DE LUCA TAMAJO, *La Sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2019, n. 1.

67 A. PERULLI, *I rider sono autonomi etero-organizzati*, *Sole24Ore*, 12 febbraio 2019, p. 24.

68 *Supra*, nt. 38.

lavoro», in quanto i lavoratori lavoravano sulla base di una turnistica stabilita da Foodora, che determinava le zone di partenza e comunicava di volta in volta gli indirizzi dei clienti, stabilendo anche tempi di consegna predeterminati.

Da qui la decisione di condannare Foodora ad applicare ai rapporti di lavoro (etero-organizzati) dei *riders* la disciplina del rapporto di lavoro subordinato e, quindi, di pagare ai lavoratori quanto maturato in relazione alla attività lavorativa effettivamente prestata sulla base della retribuzione diretta, indiretta e differita, stabilita per i dipendenti del V livello Ccnl Logistica, che era stato invocato dai lavoratori. Sono state invece rigettate le altre domande dei lavoratori che, secondo la Corte d'Appello, presupponevano il riconoscimento della subordinazione e, in particolare, quelle relative all'illegittimità dei licenziamenti.

L'accoglimento della domanda di applicazione delle tutele previste per le c.d. collaborazioni etero-organizzate ai sensi dell'art. 2, d.lgs. 81/2015, crea un precedente significativo, con cui dovranno confrontarsi le piattaforme operanti sul mercato italiano (paradossalmente non più Foodora che quel mercato lo ha ormai lasciato, con tanto di messa in liquidazione della s.r.l. italiana e rilevamento delle attività da parte del *competitor* Glovo).

8. La conferma della decisione d'appello da parte della Corte di Cassazione

A meno di un anno di distanza dalla decisione d'appello del caso Foodora, la Cassazione ha messo la parola fine alla vicenda, rigettando il ricorso promosso da Foodora (*rectius*, da Foodinho, che ne aveva rilevato le attività) contro la decisione, che, al di là di alcuni distinguo terminologici, è stata così integralmente confermata dalla Suprema Corte⁶⁹.

Nel confermare che i *riders* di Foodora rientrano appieno nella fattispecie del lavoro etero-organizzato, la Corte precisa che, proprio perché l'art. 2, d.lgs. 81/2015, ha il «fine di tutelare prestatori evidentemente ritenuti in condizione di “debolezza” economica, operanti in una “zona grigia” tra autonomia e subordinazione», mediante l'estensione della disciplina del lavoro subordinato è necessario «incoraggiare interpretazioni non restrittive di tale nozione».

Il che non significa, precisa però la Corte (correggendo il tiro rispetto a quanto affermato nella sentenza d'appello), che la collaborazione etero-organizzata rappresenti un vero e proprio *tertium genus* tra autonomia e subordinazione. Semplicemente, si tratta di collaborazioni autonome cui la legge ricollega la disciplina del lavoro subordinato in presenza dei caratteri previsti dalla norma. Anzi, la Corte aggiunge che non avrebbe neppure troppo senso chiedersi se tali forme di collaborazione siano collocabili nel campo della subordinazione

⁶⁹ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663.

ovvero dell'autonomia, perché «ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina».

Significative, poi, le precisazioni – svolte sotto forma di *obiter dicta* – che il giudice può comunque ravvisare anche nel lavoro mediante piattaforma digitale il carattere della subordinazione, ricorrendone i presupposti, e che alla collaborazione *ex art. 2* deve applicarsi la disciplina del lavoro subordinato nel suo complesso, senza che il giudice possa selezionare a piacimento le norme applicabili e non (come aveva invece fatto la Corte d'appello ritenendo inapplicabili le tutele in materia di licenziamenti). Le uniche norme della disciplina del lavoro subordinato che non si applicano al lavoro etero-organizzato sono infatti quelle «ontologicamente incompatibili con la fattispecie» (e dunque, ad avviso di chi scrive, quelle che stabiliscono a carico del collaboratore obblighi, come quello di fedeltà, incompatibili con la natura autonoma del rapporto).

9. Le prospettive dell'intervento legislativo e dell'azione sindacale

Nella pendenza dei procedimenti giudiziari, cui si è fatto riferimento, non sono mancate iniziative volte ad apprestare una serie di tutele a favore dei *rider* applicabili indipendentemente dalla qualificazione del rapporto.

Sull'onda dell'esperienza della *Loi travail* francese del 2015 (che ha attribuito alcuni diritti di natura sindacale ai «travailleurs indépendants recourant, pour l'exercice de leur activité professionnelle, à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique»: artt. L. 7341-1 e ss. del *Code du travail*), nella passata legislatura erano stati presentati alcuni progetti di legge di provenienza parlamentare, intesi a promuovere forme di tutela mutualistica e sindacale a favore dei *rider*⁷⁰.

A livello locale, poi, deve essere menzionato il progetto avviato dall'amministrazione comunale di Bologna, che ha promosso una «Carta dei diritti fondamentali dei lavoratori digitali nel contesto urbano»⁷¹, sottoscritta dalla Riders Union Bologna e da alcune società attive nel settore (ma non dalle piattaforme più importanti). I diritti della Carta, infatti, vengono attribuiti a tutti i *rider* «indipendentemente dalla qualificazione dei rapporti di lavoro» (art. 1).

70 V. la rassegna in E. DAGNINO, *Le proposte legislative in materia di lavoro da piattaforma: lavoro, subordinazione e autonomia*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 207 ss., ove riferimenti alla proposta Ichino di integrazione dello Statuto del lavoro autonomo (progetto di legge n. 2934/2017).

71 Per approfondimenti sulla Carta, F. MARTELLONI, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, in *Labour and Law Issues*, 2018, n. 1, p. 16 ss.

Che la promozione delle forme di tutela collettiva dei *rider* costituisca una linea di intervento particolarmente significativa lo ha dimostrato l'esperienza di *SMart*, piattaforma di auto-organizzazione cooperativa di lavoratori autonomi operativa in nove paesi europei, che in Belgio è arrivata a negoziare un accordo collettivo con Deliveroo⁷².

Sul versante del mondo del lavoro subordinato, va poi fatto riferimento all'iniziativa assunta dalle parti sottoscrittrici del Ccnl Logistica e Trasporti, che, con accordo del 18 luglio 2018, hanno introdotto due nuovi livelli contrattuali destinati a ricomprendere i lavoratori addetti alla «distribuzione di merci con cicli, ciclomotori e motocicli (c.d. riders)», a favore dei quali vengono stabilite alcune misure di tutela, con particolare riferimento all'orario di lavoro. L'iniziativa, per quanto interessante, parrebbe scontare tuttavia l'inesigibilità delle pattuizioni contrattual-collettive nei confronti delle principali piattaforme operative sul mercato italiano, le quali non hanno aderito all'accordo e continuano a inquadrare i *rider* secondo lo schema contrattuale della collaborazione autonoma.

Un discorso diverso deve essere invece svolto per quanto concerne le iniziative messe in campo dal legislatore nazionale.

In particolare, nell'ambito delle vicende che hanno visto l'affermazione di una nuova maggioranza parlamentare, nell'estate del 2018 era circolata tra gli addetti ai lavori una bozza di decreto recante «norme in materia di lavoro subordinato anche tramite piattaforme digitali, applicazioni e algoritmi».

Tali disposizioni, che prevedevano un intervento diretto sull'art. 2094 cod. civ., avrebbero consentito di qualificare agevolmente la gran parte dei lavoratori della *gig economy* (ma non solo) come lavoratori subordinati. In particolare, l'art. 1 della bozza di decreto prevedeva espressamente che «è considerato prestatore di lavoro subordinato, ai sensi dell'art 2094 del codice civile, chiunque si obblighi, mediante retribuzione, a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale, alle dipendenze e secondo le direttive, almeno di massima e anche se fornite a mezzo di applicazioni informatiche, dell'imprenditore, pure nei casi nei quali non vi sia la predeterminazione di un orario di lavoro e il prestatore sia libero di accettare la singola prestazione richiesta».

Il testo, che mirava anche a realizzare l'integrale abrogazione dell'art. 2, d.lgs. 81/2015, non è stato poi trasfuso nel corpo del c.d. decreto dignità (d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito dalla l. 9 agosto 2018, n. 96) e la strada imboccata sul finire del 2018 era sembrata essere quella di promuovere la stesura di un apposito accordo collettivo nazionale in deroga all'art. 2, d.lgs. 81/2015, che disciplinasse compiutamente il trattamento economico e normativo dei *rider* italiani, «disinnescando» così l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato a favore delle sole piattaforme che accettino di trattare. Verso questa prospettiva,

72 L'esperienza viene dettagliata da S. GRACEFFA, *Rifare il mondo... del lavoro. Un'alternativa alla uberizzazione dell'economia*, DeriveApprodi, Roma, 2017.

del resto, aveva poi spinto anche l'esito del caso Foodora, come era stato rilevato dagli stessi osservatori sindacali⁷³.

10. Il d.l. 101/2019 e l'introduzione di una disciplina speciale a tutela dei rider

Alla fine, nell'ambito delle vicende che hanno visto il repentino insediamento di una nuova maggioranza parlamentare e l'insediamento del governo Conte *bis* tra il finire dell'estate e l'inizio dell'autunno del 2019, con la conversione, ad opera della l. 128/2019, del d.l. 101/2019, l'Italia è diventato uno dei primi paesi a disciplinare il fenomeno del lavoro mediante piattaforma digitale, attraverso un'apposita disciplina speciale⁷⁴.

Il decreto 101/2019 introduce una serie di modifiche al testo unico in materia di tipologie contrattuali (d.lgs. 81/2015): da un lato viene profondamente rimaneggiato l'art. 2, in materia di collaborazioni organizzate dal committente, di cui viene realizzata una significativa estensione (che inciderà, e non poco, sulle collaborazioni autonome in generale, al di là del mondo della *gig economy*); dall'altro, viene introdotto un nuovo capo V-*bis*, composto di sette articoli (artt. 47-*bis* – 47-*octies*), espressamente dedicato alla “Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali”.

L'intervento legislativo, come detto lungamente atteso, non ha mancato e non mancherà di suscitare numerose riflessioni nel mondo degli interpreti⁷⁵, subito divisi tra chi ha salutato con favore un'iniziativa che dimostrerebbe che «cambiare si può»⁷⁶, e chi ha invece provocatoriamente evidenziato la «smania protettiva dei consiglieri del ministro del Lavoro nei confronti dei rider»⁷⁷.

Innanzitutto, la riforma interviene sull'art. 2, d.lgs. 81/2015 – sul quale, come si è già avuto modo di rilevare, si era sviluppata una vivacissima *querelle*

73 Di «evidente passaggio smarcante a favore della contrattazione collettiva», in riferimento alla decisione della Corte d'Appello di Torino, parlano T. SACCHETTI, L. FASSINA, *La tutela del lavoro nell'economia delle piattaforme: note di politica del diritto e di politica sindacale a margine della sentenza Foodora*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2019, n. 1, p. 8.

74 Tra i primi commenti al d.l. 101/2019 F. CAPPONI, *Lavoro tramite piattaforma digitale: prima lettura del d.l. n. 101/2019 convertito in l. n. 128/2019*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2019, n. 4, p. 1231 ss.; G. CAVALLINI, *La “carica” del decreto 101: le nuove regole per la gig economy mettono alla prova le piattaforme di food delivery (e non solo)*, in *Sintesi*, 2019, n. 11, p. 8 ss.

75 È in corso di pubblicazione il commentario di M. BARBIERI, M.T. CARINCI, V. PINTO (a cura di), *Non solo rider. Commento alla riforma delle co.co.co. etero-organizzate, alle norme sui rider e alle altre norme lavoristiche del d.l. 101/2019, convertito con la l. 2 novembre 2019, n. 128*, Cacucci, Bari, 2020.

76 R. RIVERSO, *Cambiare si può. Nuovi diritti per i collaboratori*, in *Questione Giustizia*, 15 novembre 2019.

77 P. ICHINO, *Per proteggere i rider via le collaborazioni autonome*, in *LaVoce.info*, 25 ottobre 2019.

dottrinale, che aveva poi accompagnato gli sviluppi del caso Foodora – il quale viene modificato secondo diverse direttrici di intervento⁷⁸.

In primo luogo, viene soppresso l'inciso «anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro» e dunque eliminato il riferimento che aveva spinto alcuni giudici a ritenere che la norma fosse inapplicabile ai *rider*, i quali spesso godono di una discreta libertà nel decidere la dimensione temporale della prestazione.

L'eliminazione del riferimento a spazio e tempo della prestazione rende oggi la previsione di cui all'art. 2 applicabile anche ai lavoratori che possono effettivamente determinare in autonomia il *dove* e il *quando* della prestazione, purché il committente organizzi, sotto altro profilo, l'attività del collaboratore. Viene così avvalorato quell'orientamento secondo cui l'etero-organizzazione non rappresenta un “doppione” dell'etero-direzione, ravvisandosi piuttosto nel fatto che «la prestazione sia retta dalle regole dell'organizzazione del “committente” nel cui contesto produttivo il prestatore sia pienamente inserito, ovvero che il prestatore non abbia apprezzabili margini di autonomia organizzativa»⁷⁹, ricorrendo cioè in presenza di un *adeguamento unilaterale* del collaboratore all'organizzazione del committente⁸⁰.

Il decreto 101 inserisce poi, in calce al primo comma dell'art. 2, un nuovo inciso, che precisa che «Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali». Viene quindi ulteriormente specificato che l'etero-organizzazione può ricorrere anche quando l'azienda organizza l'attività dei lavoratori attraverso piattaforme digitali, come le *app* installate sugli *smartphone* dei *rider*, ma non solo (si pensi ad altri tipi di lavoro su piattaforma, come il *crowdwork* virtuale di Amazon Mechanical Turk). Si tratta di una precisazione probabilmente del tutto superflua dal punto di vista tecnico (nessuno aveva mai dubitato che l'etero-organizzazione potesse realizzarsi anche mediante dispositivi informatici), ma comunque indicativa del favore del legislatore verso la riconduzione del lavoro digitale alla categoria delle collaborazioni etero-organizzate.

La seconda linea d'intervento del decreto 101 è rappresentata dall'introduzione di un nuovo capo *V-bis* all'interno del d.lgs. 81/2015, composto di sette articoli (artt. 47-*bis* – 47-*octies*) volti a stabilire «livelli minimi di tutela 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» (questa la definizione del *rider* offerta dall'art. 47-*bis*).

78 Per un approfondimento sulla nuova formulazione della disposizione, se vuoi, G. CAVALLINI, *Le nuove collaborazioni “etero-organizzate”: cosa cambia dopo la riscrittura dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 (e la Cassazione sul caso Foodora)*, in *GiustiziaCivile.com*, 12 febbraio 2020.

79 Trib. Roma 8 settembre 2016, n. 7323 (e altre successivi conformi: 8 maggio 2017, n. 4219; 5 marzo 2018, n. 1645; 12 marzo 2018, n. 1841).

80 In questo senso M.T. CARINCI, *Il lavoro eteroorganizzato si fa strada... sulle ruote dei riders di Foodora*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2019, 2, II, p. 350.

Si tratta quindi di una disciplina che si applicherebbe solamente ai *rider* e pensata, in particolare, per i *rider* autonomi (al punto che, secondo alcuni, la stessa non si applicherebbe ai *rider* soggetti alla disciplina del lavoro subordinato in forza del rinvio di cui all'art. 2, d.lgs. 81/2015⁸¹, anche se ad avviso di chi scrive, e non solo, tale soluzione desta più di un dubbio).

Venendo ai contenuti della disciplina speciale, una prima tutela (art. 47-*ter*), riguarda la forma contrattuale e gli obblighi di informazione: i contratti devono essere provati per iscritto e i lavoratori devono ricevere «ogni informazione utile per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza», a pena di sanzioni significative.

Una delle novità più attese riguarda la norma in materia di compenso: si prevede (art. 47-*quater*) che i contratti collettivi possano «definire criteri di determinazione del compenso complessivo che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente» (per esempio, stabilendo forme di compensazione fissa e variabile), ma che in mancanza di accordi collettivi, i *rider* «non possono essere retribuiti in base alle consegne effettuate e ai medesimi lavoratori deve essere garantito un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti». In ogni caso, inoltre, dovrà essere garantita un'indennità integrativa non inferiore al 10% per il lavoro notturno, festivo o in condizioni meteorologiche sfavorevoli.

Qualcuno ha già lamentato la rigidità della norma, che impone alle piattaforme di uniformare i propri modelli impedendo ai *rider* più attivi di ottenere compensi maggiori e, non a caso, il legislatore, consapevole dell'opportunità di un intervento della contrattazione collettiva (poi arrivato, come vedremo), ha previsto che la norma entrerà in vigore solo dopo un anno (così dispone l'art. 47-*octies*).

L'art. 47-*quinquies*, poi, prevede che ai *rider* «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» e che «l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate».

L'estensione della disciplina antidiscriminatoria risponde a un'esigenza già avvertita dalla dottrina, anche se, in assenza di un rinvio puntuale a norme specifiche, non è del tutto chiaro quali siano le previsioni applicabili.

L'art. 47-*sexies*, infine, con previsione invero superflua, prevede che i dati dei lavoratori devono essere trattati in conformità alla disciplina in materia di *data protection* (d.lgs. 196/2003 e GDPR).

81 S. D'ASCOLA, *La conversione del decreto che tutela i lavoratori delle piattaforme: non poche le novità*, in *Il quotidiano giuridico*, 12 novembre 2019.; R. RIVERSO, *op. cit.*

Particolarmente significative sono poi le previsioni in materia assicurativa e di salute e sicurezza sul lavoro: l'art. 47-*septies*, rispondendo alle sollecitazioni della società civile, realizza finalmente l'estensione della copertura assicurativa INAIL anche ai *rider*, che vengono a tal fine assimilati a lavoratori dipendenti, prevedendo altresì che le piattaforme siano tenute «a propria cura e spese» al rispetto nei confronti dei lavoratori del T.U. Sicurezza (d.lgs. 81/2008). Al di là di alcuni problemi tecnico-attuativi tutti da studiare, con particolare riferimento alla determinazione del premio assicurativo in relazione ad attività spesso discontinue e/o occasionali⁸², le piattaforme dovranno da subito farsi carico di tutti i costi relativi alla tutela della sicurezza dei *rider*, per esempio fornendo adeguati dispositivi di protezione (caschetto e luci di sicurezza), organizzando la formazione necessaria per svolgere l'attività di trasporto merci nel contesto urbano e curando la manutenzione dei mezzi. Una bella sfida per le piattaforme che vogliono essere *compliant* con la nuova normativa, che dovranno assumere quanto prima degli abili *Health and Safety Manager*.

11. Il “CCNL rider” UGL – Assodelivery del settembre 2020

Da ultimo, dopo il difficile periodo del *lockdown* per la pandemia da Covid-19 – durante il quale i *rider* hanno continuato a lavorare, esponendosi a notevoli rischi spesso senza protezioni⁸³, e subito dopo il quale il Tribunale di Milano ha disposto il commissariamento di Uber Italia per prevenire accertati fenomeni di caporalato⁸⁴ – nel settembre del 2020 è stato sottoscritto un primo “CCNL Rider” da parte di Assodelivery, l'associazione che riunisce le principali piattaforme attive nel settore della *food delivery*, e la sigla sindacale UGL Rider, con l'esclusione quindi delle sigle sindacali confederali e delle rappresentanze autonome dei *rider*.

Alcuni hanno salutato con l'accordo con entusiasmo – il post su *LinkedIn* “Firmato il primo CCNL Rider in Europa” di Matteo Sarzana, General Manager di Deliveroo, ha raccolto in una settimana migliaia di commenti di approvazione – enfatizzando le misure di tutela previste e il superamento del vuoto normativo entro cui si trovavano i *rider*.

Altri, a partire da sindacati confederali, hanno subito protestato contro un'iniziativa considerata discutibile, tanto nel metodo (l'accordo separato con UGL, in pendenza di trattative al tavolo nazionale), quanto nel merito (il *quantum* di

82 Per un primo esame delle criticità poste dalla nuova disciplina v. G. LUDOVICO, *Art. 47-septies, co. 1 e 2. L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in M. BARBIERI, M.T. CARINCI, V. PINTO (a cura di), *op. cit.*

83 Si vedano i decreti cautelari che nel pieno della pandemia hanno ordinato ad alcune piattaforme di mettere a disposizione dei *rider* guanti e mascherine: Trib. Firenze 1° aprile 2020; Trib. Bologna 14 aprile 2020.

84 Trib. Milano, Sezione Autonoma Misure di Prevenzione, 28 maggio 2020, n. 9.

tutela aggiuntiva rispetto alle norme di legge). Con essi si è subito schierato il Ministero del Lavoro, che ha precisato che l'accordo –ovviamente valido ed efficace tra le parti stipulanti – non soddisfa i requisiti di rappresentatività previsti per derogare alle tutele di legge⁸⁵, operazione che invece le parti stipulanti hanno espressamente inteso perseguire, posto che nel CCNL si afferma, all'art. 2, che «Il presente Contratto viene stipulato ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, comma 2, lettera a, nonché dell'art. 47-quater, comma 1, del D.Lgs. 81 del 2015».

Il contratto, redatto in versione bilingue (con prevalenza dell'italiano sull'inglese in caso di difformità), occupa 28 pagine, si compone di 32 articoli e ha una durata prevista di tre anni, decorrenti dal 3 novembre 2020, con previsione di ultrattività alla scadenza.

Senza addentrarsi in un esame analitico di tutte le clausole, vale la pena di evidenziare che molte di esse, a ben vedere, sono meramente ripetitive delle norme di legge: l'art. 5 in materia di forma del contratto individuale, che replica in sostanza l'art. 47-ter; gli artt. 14 e 18 in materia di sicurezza e 16 in materia di assicurazione Inail, che replicano l'art. 47-septies; gli artt. 20 e 22 in materia di divieto di discriminazioni e di privacy, che replicano l'art. 47-quinquies). Così anche l'art. 23 in materia di divieto di caporalato, che nulla aggiunge agli (ovvi) divieti di legge, salvo inserire, a presidio del divieto, la regola del divieto assoluto per il *rider* di farsi sostituire (la quale stride peraltro con la natura autonoma del rapporto).

Altre clausole sembrano avere un contenuto di tipo essenzialmente programmatico, come tali non particolarmente incisive sul piano della tutela, come quella che prevede che «Le Parti ricercheranno la migliore soluzione, su scala Nazionale, per offrire un servizio di assistenza fiscale (dichiarazioni dei redditi/fatturazione mensile/F24)» (art. 24), ovvero quella che prevede l'istituzione di una commissione paritetica per controllare l'esecuzione del CCNL e avviare iniziative in tema di bilateralità (artt. 25 e 26).

Il “cuore” del contratto è però rappresentato da quelle clausole che sanciscono la natura autonoma del rapporto e che stabiliscono la misura del compenso, in deroga alle norme di legge.

Si legge all'art. 3 che «le Parti concordemente riconoscono che i seguenti elementi rappresentano caratteristiche produttive ed organizzative del settore: - gli accordi tra Piattaforme e Rider sono contratti di lavoro autonomo ex art.2222 c.c. o ex art. 409, n. 3 c.p.c., privi di vincoli di esclusiva, ed è ammessa la prestazione di servizi anche per piattaforme in concorrenza diretta; [...] La natura autonoma ex art. 2222 c.c. o ex art. 409 n. 3 c.p.c. del rapporto tra Rider e Piattaforma preclude la maturazione a favore del Rider di compensi straordinari, mensilità aggiuntive, ferie, indennità di fine rapporto o altri istituti riconducibili

85 Reperibile in www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/09/minlab.pdf

al rapporto di lavoro subordinato al di fuori di quanto specificamente previsto dalla normativa vigente, dal presente Contratto o dal contratto *individuale*».

Insomma, un vero e proprio “bollino” che non tiene in minima considerazione gli sviluppi della giurisprudenza, anche di Cassazione, quanto alla possibilità di ricondurre il lavoro dei *rider* alla fattispecie della collaborazione etero-organizzata *ex art. 2, d.lgs. 81/2015* (o meglio, li tiene in considerazione al fine di evitarne l’applicazione), e che dedica un assordante silenzio alla questione delle tutele in caso di cessazione del rapporto.

Gli artt. 10 e 11, poi, per derogare il divieto di cottimo di cui all’art. 47-*quater* d.lgs. 81/2015, individuano i criteri di determinazione del compenso, restando però inteso che «il Rider riceverà compensi in base alle consegne effettuate» (cottimo), con il solo correttivo che spetta in ogni caso «un compenso minimo per una o più consegne, determinato sulla base del tempo stimato per l’effettuazione delle stesse, pari a 10,00 Euro lordi l’ora».

Si noti che il compenso minimo orario di 10,00 euro l’ora spetta solo per le ore di lavoro effettivo di consegna, e non prende in considerazione i tempi di disponibilità tra una consegna e l’altra, derogando così evidentemente alla norma di legge che sarebbe applicabile in assenza di accordi collettivi, per cui i *rider* «non possono essere retribuiti in base alle consegne effettuate».

La domanda che occorre porsi, a questo punto, è se il CCNL Rider possa derogare alle norme di legge e/o per impedire l’applicazione delle norme che devono trovare applicazione in assenza di un CCNL che presenti determinate caratteristiche.

Si è detto che il CCNL UGL-Assodelivery è espressamente «stipulato ai sensi e per gli effetti dell’art. 2, comma 2, lettera a, nonché dell’art. 47-*quater*, comma 1, del D.Lgs. 81 del 2015» (art. 5 del CCNL).

Senonché tali previsioni, pur rinviando alla fonte contrattuale-collettiva il compito di dettare una disciplina di tutela che consenta la disapplicazione delle tutele di legge, precisano che può prevalere sulla norma di legge, ma solo un CCNL stipulato da associazioni o organizzazioni «comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Il Ministero del Lavoro, nella nota indirizzata ad Assodelivery, ha affermato che «da sottoscrizione da parte di una sola sigla sindacale non sembrerebbe *prima facie* idonea a soddisfare il requisito», posto che «è la stessa lettera della previsione normativa, laddove fa riferimento espresso ai contratti sottoscritti “dalle organizzazioni sindacali...” a suggerire la necessità che a stipulare il contratto stesso non possa essere una sola organizzazione, se non nel caso limite in cui detta organizzazione non realizzi – da sola – una rappresentanza largamente maggioritaria a livello nazionale».

Altri hanno criticato l’approccio del Ministero, ricordando che in un regime di libertà sindacale la categoria nasce dalla contrattazione stessa, sicché sarebbe

legittimo enucleare un sotto-settore (il *food delivery*) nell'ambito della macro-categoria di riferimento (la logistica)⁸⁶.

Ad avviso di chi scrive, quand'anche si volesse isolare (ed elevare a perimetro di riferimento per la misurazione della rappresentatività) il sotto-settore del *food delivery*, la maggiore rappresentatività comparativa di UGL Rider rimarrebbe comunque assai dubbia.

Anche se i sindacati storici faticano ad affermarsi nel settore, la loro presenza è comunque apprezzabile, mediante le federazioni dedicate ai “nuovi lavori” (NIDIL-CGIL, FELSA-CISL, UILTEMP-UIL). Ma, soprattutto, è noto che il sindacalismo più diffuso tra i *rider* è quello spontaneo, affermatosi sin dalle proteste torinesi del 2016 e radicato in organizzazioni informali, soprattutto in alcune realtà (si pensi a Riders Union Bologna, che era arrivata a sottoscrivere un accordo a livello comunale nel 2018).

In questo contesto, che la rappresentatività di UGL Rider sia sufficiente per derogare alle tutele di legge pare assai discutibile.

86 P. ICHINO, *Contratto per i rider. È davvero “pirata”?*, in *lavoce.info*, 21 settembre 2020.

Nuove tecnologie e tutela della salute del lavoratore

Giuseppe Ludovico

SOMMARIO: 1. Diritto del lavoro e tecnologia: un nesso indissolubile. – 2. Nuove tecnologie e nuovi rischi per la salute dei lavoratori. – 3. Lo stress lavoro correlato e il *tecnostress*. – 4. La prevenzione del rischio tecnologico. – 4.1. Potere organizzativo e obbligo di sicurezza nella prospettiva dei nuovi rischi. – 4.2. La prevenzione dello stress tra ordinamento europeo ed italiano. – 5. La tutela dei lavoratori dai rischi derivanti dall'esposizione ai campi elettromagnetici. – 6. La tutela dei lavoratori dai rischi derivanti dalle nanotecnologie. – 7. La tutela dei lavoratori dai rischi derivanti dalla presenza di *robot* e *cobot* nell'ambiente di lavoro. – 8. La sicurezza dei *rider* delle piattaforme digitali. – 9. La disciplina del lavoro agile (c.d. *smartworking*). – 9.1. La sicurezza del lavoratore agile. – 9.2. Il diritto di disconnessione come misura di sicurezza del lavoro agile. – 10. Conclusioni.

1. Diritto del lavoro e tecnologia: un nesso indissolubile

I rischi per la salute dei lavoratori sono andati costantemente evolvendosi con il progresso tecnologico dei metodi di produzione, imponendo un continuo miglioramento delle regole di prevenzione rispetto ai fattori di nocività presenti nell'ambiente di lavoro¹.

La disciplina della sicurezza del lavoro si è così evoluta, dalla imposizione al datore di lavoro di generici obblighi di protezione, alla previsione di più articolate regole di prevenzione che tengono conto della maggiore complessità dei rischi moderni nell'ottica di una vera e propria *tecnologia della prevenzione*².

Ogni momento dell'evoluzione tecnologica è stato così accompagnato da un adeguamento legislativo. È sufficiente porre a confronto le prime regole in materia di sicurezza con la disciplina vigente per comprendere come l'evoluzione tecnologica abbia imposto alla legislazione una spinta innovativa di eguale portata.

1 Sul punto v. L. MENGHINI, *L'evoluzione degli strumenti giuridici volti a favorire l'effettività della prevenzione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2017, 2, p. 1 ss.; G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice Civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata?*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, Utet, 2015, p. 5 ss.

2 G. NATULLO, *op. cit.*, p. 7.

Dinanzi alle recenti trasformazioni tecnologiche – generalmente definite “Quarta Rivoluzione Industriale” o “Industria 4.0”³ – è inevitabile allora interrogarsi sull’adeguatezza delle attuali norme rispetto ai rischi delle nuove tecnologie e sulla eventuale necessità di elaborare nuove regole di prevenzione.

La diffusione della robotica, dell’automazione industriale, dell’intelligenza artificiale, delle piattaforme digitali su *web*, delle *app*, delle stampanti 3D, delle nanotecnologie, degli algoritmi, dell’*internet of things* stanno già producendo, infatti, una radicale trasformazione della vita delle persone, delle relazioni tra gli individui, della società e, inevitabilmente, anche del modo di lavorare⁴.

Nelle economie più avanzate, gli effetti di questa trasformazione sul mercato del lavoro sono già evidenti⁵, benché la reale portata di questi cambiamenti sia ancora da decifrare, anche a causa della rapida evoluzione delle stesse tecnologie⁶.

Se l’impatto della quarta rivoluzione industriale sui livelli occupazionali è tuttora oggetto di contrasti tra previsioni pessimistiche⁷ e quanti presumono un aumento dei nuovi posti di lavoro⁸, gli effetti della diffusione delle nuove tecnologie sulla salute dei lavoratori appaiono invece di più facile individuazione, trattandosi di rischi che, seppure in costante aumento, sono già oggi molto diffusi.

3 Sull’origine di tali definizioni v. M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI, *Il Piano nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica*, in *Labour & Law Issues*, 2016, 2, p. 2, e F. SEGHEZZI, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, Adapt University Press, 2017, p. 1 ss.

4 Così K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, WEF, Ginevra, 2016, p. 7-8, per il quale «*We are at the beginning of a revolution that is fundamentally changing the way we live, work, and relate to one another*» «*On the societal front, a paradigm shift is underway in how we work and communicate, as well as how we express, inform and entertain ourselves*».

5 Cfr. E. MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Mondadori, Milano, 2012, p. 78 ss.

6 Ancora K. SCHWAB, *op. cit.*, p. 8, per il quale «*Contrary to the previous industrial revolutions, this one is evolving at an exponential rather than linear pace. This is the result of the multifaceted, deeply interconnected world we live in and the fact that new technology begets newer and ever more capable technology*».

7 C. BENEDIKT FREY, M. A. OSBORNE, *The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?*, Working Papers, Oxford Martin School, 2013, p. 38, per i quali il 47% dell’occupazione statunitense sarebbe ad alto rischio di automazione nei prossimi due decenni. Così anche WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, WEF, Ginevra, 2016, p. 13, che calcola un saldo negativo di 5.1 milioni di posti di lavoro nel 2015–2020; A. KORINEK, J. E. STIGLITZ, *Artificial Intelligence and Its Implications for Income Distribution and Unemployment*, in A. AGRAWAL, J. GANS, A. GOLDFARB (a cura di), *The Economics of Artificial Intelligence: An Agenda*, University of Chicago Press, Chicago, 2019, p. 349 ss..

8 D. ACEMOGLU, P. RESTREPO, *The Race Between Machine and Man: Implications of Technology for Growth, Factor Shares and Employment*, NBER Working Paper No. 22252, 2016. In termini più ottimistici WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Report 2018*, WEF, Ginevra, 2018, p. 7 ss.; E. ERNST, R. MEROLA, D. SAMAN, *The economics of artificial intelligence: Implications for the future of work*, ILO Research paper, n. 5, 2018; D. MÉDA, *The future of work: The meaning and value of work in Europe*, ILO Research paper, n. 18, 2016, p. 17 ss.

2. Nuove tecnologie e nuovi rischi per la salute dei lavoratori

Al pari delle precedenti rivoluzioni industriali, le grandi innovazioni tecnologiche degli ultimi anni non sono prive di effetti positivi per la salute e sicurezza dei lavoratori. La crescente sostituzione del lavoro umano con macchine sempre più intelligenti per lo svolgimento di attività insalubri e pericolose costituisce senza dubbio uno dei risultati più attesi dell'automazione industriale⁹.

I tipici rischi dell'attività industriale, provocati da mansioni faticose e dal contatto diretto con sostanze tossiche o cancerogene, tendono così ad assumere una minore importanza come conseguenza della ridotta pericolosità del lavoro garantita dall'evoluzione dei processi tecnologici¹⁰. Il tendenziale miglioramento della qualità del lavoro dimostra che le nuove tecnologie possono avere effetti positivi per la salute dei lavoratori che si riflettono in una maggiore speranza di vita e in un allungamento della carriera lavorativa¹¹.

Anche l'ampia disponibilità di mezzi di comunicazione *wireless* si presenta come potenziale strumento di miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro nella misura in cui, svincolando i lavoratori dalla presenza in un luogo predeterminato, garantiscono un più armonico equilibrio tra la sfera privata e lavorativa¹².

9 ILO, *Safety and health at the heart of the future of work. Building on 100 years of experience*, ILO, Geneva, 2019, p. 33; EU-OSHA, *Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025*, Luxemburg, 2018, p. 89 ss.; COMMISSIONE EUROPEA, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM(2018) 237 final, p. 12.

10 F. CARNEVALE, *La salute e la sicurezza dei lavoratori in Italia. Continuità e trasformazioni dalla Prima Rivoluzione industriale a quella digitale*, 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, Firenze, 2018, p. 117 ss.

11 Sul punto v. COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Ageing well in the Information Society. Action plan on Information and Communication Technologies and Ageing*, COM(2007)332, 2007, e ISFOL, *Aggrappati alla rete. Una analisi del rapporto tra diffusione delle nuove tecnologie e invecchiamento della popolazione*, settembre 2009, p. 79 ss.

12 ILO, *op. ult. cit.*, p. 30; W. DAUBLER, T. KLEBE, *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2016, n. 15, p. 477; A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCHI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2017, n. 2, p. 311. Così anche la Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 settembre 2016, sulla creazione di condizioni del mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale, la quale sottolinea che il lavoro "agile" (vedi *infra*) implica «un approccio all'organizzazione del lavoro basato su una combinazione di flessibilità, autonomia e collaborazione, che non richiede necessariamente al lavoratore di essere presente sul posto di lavoro o in un altro luogo predeterminato e gli consente di gestire il proprio orario di lavoro», sottolineando « il potenziale offerto dal lavoro agile ai fini di un migliore equilibrio tra vita privata e vita professionale».

Senonché qualunque tecnologia può essere causa di effetti, al contempo, positivi e negativi. L'attenzione della dottrina¹³ e delle istituzioni nazionali¹⁴, europee ed internazionali¹⁵, si è così concentrata sui potenziali rischi per la salute dei lavoratori che derivano dall'uso di queste tecnologie. Si tratta di rischi che, talvolta, non sono direttamente imputabili allo strumento tecnologico, quanto piuttosto alle modalità di svolgimento della prestazione che derivano dal loro utilizzo.

L'impiego dei dispositivi tecnologici sta determinando infatti una radicale trasformazione del lavoro, dei suoi contenuti e del rapporto tra la sfera lavorativa e privata, con inevitabili ripercussioni negative sulla salute dei lavoratori.

Tra i nuovi rischi, una posizione di rilievo assume la crescente diffusione dei sistemi di automazione industriale, i quali, se, da un lato, rappresentano – come già detto – un fattore di riduzione dei pericoli associati ad attività insalubri e pericolose, dall'altro si pongono all'origine di altri rischi ancora in parte sconosciuti. Al di là delle patologie riguardanti l'apparato muscolo-scheletrico derivanti dai rischi ergonomici¹⁶, le principali problematiche legate alla diffusione dei *robot* derivano dalla trasformazione del tradizionale rapporto tra uomo e macchina: se, in passato, quest'ultima si poneva come strumento a disposizione del lavoratore che ne controllava e ne dirigeva il funzionamento, le macchine di ultima generazione sembrano invece aver completamente sovvertito questa relazione, ponendo il lavoratore a disposizione del *robot* che ne dirige e ne controlla i movimenti¹⁷.

Al maggior rischio di patologie fisiche e psichiche provocate da questa diversa interazione tra uomo e macchina si aggiungono le conseguenze derivanti

13 S. CAPONEITI, *L'obbligazione di sicurezza al tempo di Industry 4.0*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2018, n 1, p. 42 ss.; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018, p. 144 ss.; A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 311 ss.; D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in AA.VV., *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Cassino, 18-19 maggio 2017, Giuffrè, Milano, 2018, p. 168 ss.; P. LOI, *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2017, n. 2, p. 259 ss.

14 SENATO DELLA REPUBBLICA ITALIANA, *Impatto sul mercato del lavoro della Quarta Rivoluzione Industriale*, 11ª Commissione Lavoro, previdenza sociale, p. 19 ss.

15 ILO, *op. cit.*; EU-OSHA, *Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025*, *cit.*; EU-OSHA, *Key trends and drivers of change in information and communication technologies and work location. Foresight on new and emerging risks in OSH*, Luxembourg, 2017; COMMISSIONE EUROPEA, *Safer and healthier work for all. Modernisation of the EU occupational safety and health legislation policy*, Brussels, 10.1.2017 COM(2017)12 final; COMMISSIONE EUROPEA, *An EU strategic framework on health and safety at work 2014-2020*, Brussels, 6.6.2014 COM(2014) 332 final; EU-OSHA, *Priorities for occupational safety and health research in Europe for the years 2013–2020*, Luxembourg, 2013, p. 47 ss.

16 ILO, *op. cit.*, p. 33.

17 Un esempio emblematico di questo diverso rapporto tra uomo e macchina è rappresentato dal “braccialeto” elettronico di Amazon. Sul punto v. A. INGRAO, *Il braccialeto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2019, p. 895 ss.

dalla proliferazione di macchine¹⁸ dotate della capacità di muoversi liberamente nell'ambiente di lavoro e, come tali, non più confinate in locali di chiusi¹⁹. Il rischio di incidenti e collisioni è destinato pertanto ad aumentare a causa della presenza, negli ambienti frequentati dai lavoratori, di numerosi *robot* spesso dotati di strumenti – come laser e saldatori – ancora più pericolosi²⁰.

Altri rischi per la salute dei lavoratori derivano dalle nanotecnologie e dalle particelle rilasciate dalle lavorazioni con stampanti 3D, sebbene gli studi sulla pericolosità di questi processi siano tuttora in fase di svolgimento²¹.

Ulteriori rischi connessi alle nuove tecnologie derivano dalla digitalizzazione delle informazioni e dall'uso di *data base* di dimensioni sempre crescenti che impongono ai lavoratori la gestione di una notevole quantità di dati, generando così un pericoloso aumento dei livelli di intensità della prestazione²².

La prolungata tensione provocata dal maggiore impegno richiesto dal lavoro è ulteriormente aggravata dall'uso di dispositivi elettronici che permettono una connessione pressoché continua con l'ambito lavorativo che in questo modo si estende nel tempo e nello spazio, riducendo gli spazi riservati alla vita privata²³. Per descrivere questa pericolosa commistione tra sfera lavorativa e privata sono state utilizzate espressioni diverse, quali «porosità del tempo di lavoro»²⁴ o «sfocatura dei confini tra lavoro e non lavoro»²⁵. Al di là delle definizioni, è di tutta evidenza come la continua disponibilità e l'ininterrotta connessione con il lavoro abbia determinato una strisciante promiscuità tra l'ambito lavorativo e privato, che dovrebbero invece rimanere distinti al fine di garantire al lavoratore il tempo sufficiente al recupero delle energie utilizzate nel corso dell'attività lavorativa.

Questa incontrollata dilatazione delle ore dedicate dall'attività lavorativa si pone dunque in aperta violazione dell'art. 7 della Carta dei Diritti Fondamentali

18 Si stima che entro il 2021 verranno installati oltre 2 milioni di nuovi *robot* industriali nel mondo. Sul punto vedi IFR, *World Robotics 2018 Industrial Robots*, IFR, 2018, p. 21.

19 W. STEIJN, E. LUIJF, D. VAN DER BEEK, *Emergent risk to workplace safety as a result of the use of robots in the work place*, TNO Report, 2016 R11488, Utrecht, 2016, p. 4.

20 Il primo caso di “collisione” tra uomo e *robot* risale al giugno 2015 quando in uno stabilimento Volkswagen un operaio è stato ucciso da un braccio meccanico. Altri casi si sono verificati ad agosto del 2015 in India e nel 2016 in Alabama. Sul punto v. W. STEIJN, E. LUIJF, D. VAN DER BEEK, *op. cit.*, p. 4.

21 Sul punto v. WORLD HEALTH ORGANIZATION, *WHO guidelines on protecting workers from potential risks of manufactured nanomaterials*, WHO, Geneva, 2017.

22 ILO, *op. cit.*, p. 31.

23 ILO, *op. ult. cit.*, p. 30.

24 D. GAROFALO, *op. cit.*, p. 168-169; É. GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2016, n. 32, p. 281 ss..

25 C. DEGRYSE, *Digitalization of the economy and its impact on labour markets*, ETUI Research Paper-Working Paper 2016.02, p. 41-42.

dell'UE che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare²⁶ e dei limiti sanciti dalla disciplina in materia di orario di lavoro²⁷.

Secondo recenti indagini empiriche, infatti, i lavoratori impegnati in attività a distanza tramite strumenti tecnologici registrano, per il 41 %, alti livelli di stress rispetto al 25% dei lavoratori impegnati in attività svolte nei luoghi di lavoro²⁸.

A questi effetti si aggiunge poi l'alienazione provocata da relazioni personali prevalentemente virtuali e dallo svolgimento della prestazione in luoghi sempre diversi e comunque lontano dall'ambiente di lavoro²⁹. L'isolamento indotto dalle nuove tecnologie entra così in conflitto con la natura relazionale del lavoro che può riflettersi negativamente sulla professionalità del lavoratore, che trova un importante strumento di sviluppo proprio nel costante confronto con i colleghi.

L'utilizzo di questi strumenti espone inoltre a più pervasivi controlli del datore di lavoro che inducono ad uno sforzo ancora maggiore senza che ciò si accompagni – come già visto – ad un tempo di riposo sufficiente³⁰.

I rischi per la salute dei lavoratori provocati dall'uso delle tecnologie digitali si sovrappongono inoltre alla diffusa sensazione d'incertezza determinata dalle moderne dinamiche del mercato del lavoro. Numerose indagini hanno dimostrato come i disturbi psicosomatici siano maggiormente diffusi tra i lavoratori occupati con contratti di lavoro flessibili, ravvisando, in questo modo, un importante fattore di stress proprio nella instabilità dell'impiego che si aggiunge alle tensioni dovute ai frequenti cambiamenti dell'ambiente di lavoro e alla necessità di un continuo adattamento a diversi processi tecnologici e produttivi³¹.

Il rapporto tra flessibilità e sicurezza assume così un significato completamente nuovo, dal momento che questa correlazione era stata finora accertata soprattutto per il maggior rischio infortunistico che grava sui lavoratori flessibili a causa della

26 A. SUPPIOT, *Il pensiero giuridico di Simone Weil*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2011, p. 615; L. NOGLER, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2015, p. 339; D. GAROFALO, *op. cit.*, p. 169. Per un'analisi sociologica v. G. GOSETTI, *Lavoro frammentato, rischio diffuso. Lavoratori e prevenzione al tempo della flessibilità*, F. Angeli, Milano, 2012, p. 155.

27 ILO, *op. cit.*, p. 49.

28 EUROFOUND, ILO, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, ILO, Geneva, 2017, p. 38.

29 D. GAROFALO, *op. cit.*, p. 168-169.

30 Su questi aspetti si rinvia al Capitolo di Alessandra Ingraio.

31 ILO, *Safety and health at the heart of the future of work. Building on 100 years of experience*, *cit.*, p. 50; ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, ILO, Geneva, 2016, spec. p. 202 ss.. In questo senso già ILO, *Emerging risks and new patterns of prevention in a changing world of work*, ILO, Ginevra, 2010, p. 11; ILO, *Psychosocial Factors at Work: Recognition and Control. Occupational Safety and Health Series no: 56*, Ginevra, 1986, p. 11, e EU-OSHA, *Work-related Stress*, Luxembourg, 2000, p. 85-86. Per ulteriori rilievi vedi B. SCHREURS, H. VAN EMMERIK, G. NOTELAERS, H. DE WITTE, *Job insecurity and employee health: The buffering potential of job control and job self-efficacy*, in *Work & Stress*, vol. 24, n. 1, 2010, p. 56 ss.

loro minore formazione ed esperienza³². Le più recenti indagini sul tema hanno invece dimostrato che un rischio per la salute dei lavoratori è costituito dalla stessa flessibilità del rapporto contrattuale, la quale, generando una sensazione di insicurezza e precarietà, può essere causa di importanti disturbi psichici che possono sfociare nella depressione fino addirittura al suicidio³³.

3. Lo stress lavoro correlato e il tecnostress

I rischi illustrati nel paragrafo precedente inducono ad alcune più generali riflessioni sugli effetti delle nuove tecnologie in ambito lavorativo. Il progresso tecnologico ha sempre portato con sé l'implicita promessa di un miglioramento delle condizioni di lavoro e non sussistono dubbi sul fatto che, nei paesi economicamente più sviluppati, l'evoluzione tecnologica abbia garantito – come già detto – una maggiore sicurezza dell'ambiente lavorativo.

La costante riduzione del numero degli infortuni può essere raffigurata come la naturale conseguenza della profonda trasformazione che, negli ultimi anni del secolo XX, ha segnato in Europa il definitivo passaggio da un'economia prevalentemente industriale ad un più avanzato sistema economico fondato sulla conoscenza e sulla produzione di servizi e beni immateriali.

La diffusione delle tecnologie digitali è intervenuta dunque su una realtà già in fase di trasformazione, accelerando ulteriormente la transizione verso prestazioni lavorative sempre più intense e dinamiche, che si caratterizzano per una maggiore flessibilità di tempo e di luogo.

La principale conseguenza di questi profondi cambiamenti può essere individuata nel preoccupante aumento delle patologie riconducibili allo stress lavoro correlato (*work related stress*). Si tratta di un rischio sempre più diffuso che si pone, rispetto al lavoro, non in termini di stretta causalità, ma di semplice correlazione, trovando origine nella concorrente azione di fattori di origine sociale e familiare. Per questa ragione viene spesso utilizzata la definizione di “rischi psicosociali” al fine di sottolineare come tali condizioni siano la conseguenza dell'azione combinata di una pluralità di fattori che dipendono dal lavoro, dal contesto sociale e dalla percezione individuale dello stesso lavoratore³⁴.

Alcune analisi hanno dimostrato che questo fattore di rischio colpisce il 20% dei lavoratori europei, ponendosi come causa di oltre la metà delle giornate di

32 ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, cit., p. 200 ss.

33 ILO, *op. ult. cit.*, p. 202.

34 Così ILO, *Psychosocial Factors at Work: Recognition and Control* cit., p. 3, secondo il quale «Psychosocial factors at work refer to interactions between and among work environment, job content, organisational conditions and workers' capacities, needs, culture, personal extra-job considerations that may, through perceptions and experience, influence health, work performance and job satisfaction».

lavoro perse ogni anno³⁵ per un costo complessivo pari a quasi il 3% del PIL europeo³⁶. Nel 2002, la Commissione europea aveva calcolato un costo annuo dello stress lavoro-correlato compreso tra 15 e 20 miliardi di euro, mentre altre ricerche hanno stimato il costo della depressione da attività lavorativa in una somma annuale pari a 617 miliardi di euro³⁷.

Le previsioni per il futuro sono ancora più preoccupanti: l'Organizzazione Mondiale della Sanità, nel 2019, ha incluso la sindrome da *burn-out* derivante da stress lavorativo cronico nell'undicesima revisione della classificazione internazionale delle malattie (ICD-11)³⁸ ed ha chiarito che a partire dal 2020 la depressione costituirà la principale causa di incapacità lavorativa³⁹.

È bene chiarire subito che lo stress lavoro correlato non è una malattia, ma la risposta del soggetto all'ambiente esterno⁴⁰ e può avere effetti positivi (*eustress*) o negativi (*distress*)⁴¹, potendo condurre questi ultimi all'insorgenza di numerose e gravi patologie cardiache, muscoloscheletriche ma soprattutto psichiche, che possono arrivare fino alla depressione e al suicidio⁴². Lo stress rappresenta, quindi, l'effetto della interazione tra l'individuo e il contesto lavorativo e sociale e, come tale, è fortemente condizionato dalla percezione soggettiva dello stesso lavoratore.

Numerosi organismi internazionali hanno definito lo stress da lavoro come uno stato psicologico negativo che si manifesta quando le richieste

35 EU-OSHA, *OSH in figures: stress at work - facts and figures*, Luxemburg, EU, 2009, p. 20 ss; EU-OSHA-EUROFOUND, *Research on work-related stress*, Luxemburg, EU, 2000; EUROFOUND, *Work related stress*, Luxemburg, EU, 2010.

36 EU-OSHA. *Working on stress*, Luxemburg, EU, 2002, p. 13

37 Sul punto v. EU-OSHA. *Calculating the cost of work-related stress and psychosocial risks*, Luxemburg, EU, 2014, p. 7 ss.; CHAFAEA, *Matrix: Insight: Economic analysis of workplace mental health promotion and mental disorder prevention programmes and of their potential contribution to EU health, social and economic policy objectives*, Final Report, 2013, p. 31 ss.

38 https://www.who.int/mental_health/evidence/burn-out/en/

39 Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni - *Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: strategia comunitaria 2007-2012 per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro*, COM/2007/0062 final.

40 Così R. S. LAZARUS, S. FOLKMAN, *Stress, Appraisal and Coping*, Springer, New York, 1984, p. 19, per i quali lo «Psychological stress is a particular relationship between a person and the environment that is appraised by the person as taxing or exceeding his resources and endangering his well-being» (corsivo degli A.).

41 Così H. SELYE, *Stress in health and disease*, Boston, Butterworths, 1976, p. 15, per il quale «in everyday we must distinguish two type of stress effects, namely, *eustress* (from the Greek *eu* or good – as in euphony, euphorya, eulogy) and *distress* (from the Latin *dis* or bad – as in dissonance, disease, dissatisfaction). Depending upon conditions, stress is associated with desirable or undesirable effects».

42 Sul punto, ILO, *Emerging risks and new patterns of prevention in a changing world of work*, ILO, Ginevra, 2010, p. 11 ss.

dell'organizzazione del lavoro non sono commisurate alle capacità del lavoratore⁴³ e quest'ultimo non è in grado di esercitare un adeguato controllo sui risultati della prestazione⁴⁴. È questa interazione tra differenti cause oggettive e soggettive che spiega le ragioni per cui i lavoratori possono reagire in modo diverso alle stesse condizioni di stress.

Tra le principali cause dello stress – come già visto – vi sono proprio la maggiore intensità e flessibilità della prestazione indotta dalle nuove tecnologie, al punto che si preferisce spesso parlare di *tecnostress* come «malattia moderna causata dalla incapacità di far fronte o trattare le informazioni e le nuove tecnologie di comunicazione in modo sano»⁴⁵.

Il *tecnostress* si configura quindi come un fattore di rischio correlato all'organizzazione del lavoro che dipende dalla dimensione quantitativa della prestazione e in particolare dagli eccessivi carichi lavorativi, dalla velocità nell'esecuzione della prestazione (*techno-overload*), dagli intensi ritmi lavorativi, durata e flessibilità di orario e continua tensione verso risultati che per qualità e quantità si rivelano esorbitanti rispetto alle capacità del lavoratore⁴⁶.

La sovrapposizione tra lavoro e vita privata genera inoltre una continua tensione dovuta alla difficoltà – soprattutto per le lavoratrici – di conciliare l'impegno lavorativo con le esigenze familiari⁴⁷.

A questi fattori si aggiungono le cause di *tecnostress* che derivano dalla dimensione qualitativa del lavoro: monotonia e ripetitività della prestazione, perdita di controllo sul contenuto della prestazione, continuo adattamenti ai mutamenti tecnologici, isolamento o scarsa partecipazione ai processi decisionali⁴⁸.

43 Così EU-OSHA-EUROFOUND, *Research on work-related stress*, cit., p. 13; EU-OSHA, *Factsheet 22 - Work-related stress*, Lussemburgo, EU, 2002, p. 3, secondo il quale «work-related stress is experienced when the demands of the work environment exceed the workers' ability to cope with (or control) them». Così anche WHO, *Work organization & stress. Protecting Workers' Health Series*, n. 3, 2004, p. 3; WHO, *Raising Awareness of Stress at Work in Developing Countries. A modern hazard in a traditional working environment. Protecting Workers' Health Series*, n. 6, 2007, p. 13; ILO, *Psychosocial Factors at Work: Recognition and Control. Occupational Safety and Health Series no: 56*, Ginevra, 1986, p. 3.

44 Cfr. R. KARASEK, T. THEORELL, *Healthy Work. Stress productivity, and the reconstruction of working life*, New York, Basic Book, 1990, p. 31 ss.

45 Così per primo C. BROD, *Technostress: the human cost of the computer Revolution*, Addison Wesley, USA, 1984, p. 16. Tra i primi a studiare il fenomeno H. WANG, B. WELLMAN, *Social connectivity in America: Changes in adult friendship network size from 2002 to 2007*, in *American Behavioral Scientist*, 2010, n. 53, p. 1148 ss.; K. WALZ, *Stress Related Issues Due to Too Much Technology: Effects on Working Professionals*, MBA Student Scholarship, 2012. Sul punto in generale v. INAIL, *ICT e lavoro: nuove prospettive di analisi per la salute e la sicurezza sul lavoro*, INAIL, Roma, 2016, p. 49 ss..

46 Così INAIL, *op. cit.*, p. 51-52; ILO, *Psychosocial Factors at Work*, cit., p. 6 ss.; EU-OSHA-EUROFOUND, *Research on work-related stress*, cit., p. 69 ss.

47 E. L. HUGHES, K. R. PARKES *Work hours and well-being: The roles of work-time control and work-family interference* in *Work & Stress* Vol. 21, n. 3, 2007, p. 264 ss.

48 Ancora INAIL, *op. cit.*, p. 52-53; ILO, *loc. ult. cit.*; EU-OSHA-EUROFOUND, *loc. ult. cit.*

Le profonde trasformazioni dell'ambiente lavorativo provocate dalle nuove tecnologie, infine, si riflettono negativamente anche sulle relazioni interpersonali, tanto che numerose indagini individuano alcune gravi cause di stress nella maggiore conflittualità tra colleghi, nelle aggressioni riconducibili al fenomeno del *mobbing* e nella difficoltà di comunicazione con i superiori⁴⁹.

4. La prevenzione del rischio tecnologico

4.1. Potere organizzativo e obbligo di sicurezza nella prospettiva dei nuovi rischi

Dinanzi ai rischi provocati dall'uso delle nuove tecnologie, le risposte dell'ordinamento italiano ed europeo sono state diverse.

Occorre anzitutto sottolineare come il *tecnostress* rappresenti un fattore di pericolosità imputabile all'organizzazione del lavoro che così diventa essa stessa un rischio per la salute dei lavoratori.

La questione non è di poco conto e pone il delicato problema di capire se, e in quale misura, il datore di lavoro sia tenuto a garantire, oltre alla sicurezza del luogo di lavoro, anche un'organizzazione del lavoro priva di stress e *tecnostress*.

Con riguardo all'ordinamento italiano, è opinione diffusa che la libertà di iniziativa economica privata, sancita dall'art. 41, comma 1, Cost., comprenda anche la libertà di organizzare i fattori della produzione⁵⁰, con la conseguenza che anche quest'ultima non può svolgersi in contrasto con l'«utilità sociale» o di «recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Non sussistono dubbi, del resto, che nella gerarchia dei valori costituzionali la salute costituisce un diritto fondamentale che gode di una protezione assoluta⁵¹, sicché, nel confronto con la libertà di organizzazione d'impresa, è la salute a prevalere⁵².

Altrettanto condivisa è la lettura del diritto alla salute dell'art. 32 Cost., tanto come pretesa verso i pubblici poteri, quanto come diritto azionabile nei

49 ILO, *Emerging risks and new patterns of prevention in a changing world of work*, cit., p. 11; EU-OSHA-EUROFOUND, *op. ult. cit.*, p. 72 ss.

50 F. GALGANO, *Commento all'art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1982, p. 4.

51 Cfr. M. LUCIANI, voce *Salute (Diritto alla salute – dir. cost.)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVIII, Roma, 1991, p. 4; L. CARLASSARE, *Libertà di iniziativa economica e tutela della salute nella Costituzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1992, p. 605 ss. L. MONTUSCHI, *La Corte costituzionale e gli standard di sicurezza del lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2006, p. 5 ss..

52 Cfr. R. FERRARA, voce *Salute (diritto alla)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, Torino, Utet, 1997, XIII, p. 525.

confronti dei privati che devono astenersi da qualunque condotta lesiva della salute altrui⁵³.

È opportuno, tuttavia, rilevare come il termine “salute” rappresenti un bene dal significato multiforme che deriva dalla combinazione di diversi aspetti di natura fisica, psichica, sociale e ambientale⁵⁴. L’Organizzazione Mondiale della Sanità ha chiarito da tempo che la salute non può essere intesa in senso negativo come semplice “assenza di malattia”, ma in senso positivo come «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale»⁵⁵.

Diventa allora fondamentale distinguere gli aspetti riguardanti l’*interesse collettivo* alla salute da quelli relativi al *diritto* del lavoratore a non subire lesioni nell’adempimento del rapporto con il datore, onde evitare che quest’ultimo sia chiamato a rispondere di lesioni che superano il piano contrattuale, riguardando semmai il piano sociale e collettivo⁵⁶.

È in questa logica che deve essere letto l’art. 2087 cod.civ., il quale impone al datore di lavoro l’obbligo di «adottare nell’esercizio dell’impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l’integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro». Si tratta di un obbligo fondamentale che, collegandosi all’art. 32 Cost., condiziona direttamente il sinallagma negoziale nel senso che la prestazione può essere soltanto quella svolta in condizioni di sicurezza, posto che un’attività insicura non sarebbe «neppure deducibile nel contratto stante la sicura illiceità dell’oggetto»⁵⁷.

Dottrina e giurisprudenza ritengono da tempo che l’obbligazione sancita dall’art. 2087 cod.civ. debba essere interpretata nell’ottica della «massima sicurezza tecnologicamente possibile»⁵⁸ nel senso che il datore di lavoro è tenuto ad adottare le misure di sicurezza rese disponibili dalla migliore tecnologia, anche se non espressamente previste dal legislatore, operando la norma come regola “di chiusura” del sistema normativo in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro⁵⁹.

È opportuno, sul punto, un chiarimento: il costante adeguamento tecnologico imposto dall’art. 2087 cod.civ. si riferisce ai dispositivi necessari a tutelare il lavoratore dai rischi dell’attività lavorativa, mentre le nuove tecnologie di cui

53 Cfr. L. MONTUSCHI, *Commento all’art. 32, comma 1, Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *op. cit.*, p. 159 ss.; M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 5; C. M. D’ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Agg., Vol. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 1037 ss.

54 B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, p. 23.

55 Questa definizione – come noto – è contenuta nella Carta di Ottawa, approvata il 21 novembre 1986 durante la 1° Conferenza Internazionale sulla Promozione della Salute.

56 C. M. D’ARRIGO, *op. cit.*, p. 1037; M. FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1995, p. 47 ss.

57 L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1989, p. 75-76.

58 Su tale nozione G. G. BALANDI, *Il contenuto dell’obbligo di sicurezza*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 1994, n. 14, p. 79 ss.

59 G. NATULLO, *La tutela dell’ambiente di lavoro*, Utet, Torino, 1995, p. 5.

si discute si riferiscono agli strumenti utilizzati per rendere la prestazione che, come tali, non possono risultare essi stessi lesivi per la salute dei lavoratori.

È stato già sottolineato, tuttavia, come le nuove tecnologie utilizzate nello svolgimento della prestazione non siano di per sé pericolose, ma lo diventano a causa delle modalità di utilizzo richieste dall'organizzazione dell'attività lavorativa.

Ebbene, tra le misure imposte dall'art. 2087 cod.civ., vi sono anche quelle suggerite dalla "esperienza" del datore di lavoro, tra le quali rientrano le scelte relative all'organizzazione del lavoro, che dovrebbero essere orientate alla prevenzione di qualunque rischio per la salute del lavoratore, compreso il *tecnostress*.

Si potrebbe obiettare che il potere organizzativo del datore opera su un piano distinto rispetto all'obbligo di sicurezza, dal momento che il potere costituisce una posizione giuridica attiva, mentre l'obbligo, una passiva. Non sarebbe difficile replicare che qualunque misura di sicurezza implica una limitazione della libertà di organizzare i processi produttivi⁶⁰. E sarebbe facile aggiungere che, tra potere organizzativo e obbligo di sicurezza, sussiste uno stretto collegamento, nel senso che dal primo derivano i rischi che devono essere prevenuti in adempimento del secondo, sicché, pur trattandosi di posizioni distinte, rimangono indissolubilmente legate sul piano funzionale⁶¹.

Ancora più decisiva si rivela l'argomentazione che muove dal fondamento stesso del potere organizzativo del datore di lavoro, il quale, avendo natura contrattuale, non può risultare estraneo all'oggetto dello stesso contratto⁶². In altre parole, «se i poteri nascono dal contratto, essi devono vivere nella dimensione contrattuale»⁶³, sicché, una volta chiarito che l'unica prestazione esigibile è quella sicura, è inevitabile concludere che anche il potere organizzativo, in quanto funzionale ad ottenere la prestazione dovuta, può essere esercitato soltanto entro i confini dell'obbligazione esigibile⁶⁴. Sarebbe contraddittorio, infatti, ritenere che il potere organizzativo possa esercitarsi al di fuori dei limiti della prestazione per la quale quel potere è attribuito.

Si può allora concludere che le scelte del datore di lavoro devono risultare coerenti con «un'organizzazione, le cui scadenze si adeguino alle effettive

60 Sul punto G. LUDOVICO, *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011, p. 412.

61 F. STOLFA, *Obblighi e responsabilità (datore, dirigente, preposto)*, in M. RUSCIANO, G. NATULLO, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Vol. VIII, Utet, Torino, 2007, p. 170.

62 In questi termini L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (coords.), *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro, Vol. II., Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1971, p. 450.

63 Così V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 56.

64 In questo senso V. FERRANTE, *op. cit.*, p. 57.

possibilità di applicazione della forza lavoro, sicché non ne derivi, direttamente o indirettamente, alcun pregiudizio alla persona del prestatore»⁶⁵.

Ciò non significa che il datore sia tenuto a garantire la “felicità” sul luogo di lavoro⁶⁶, ma che deve attivarsi al fine di evitare che l’intensità della prestazione (anche indirettamente definita dagli algoritmi), la monotonia e la ripetitività delle mansioni, e in generale lo stress provocato dall’uso delle tecnologie, possano provocare danni alla salute del lavoratore.

Questa lettura ha trovato piena conferma nelle sentenze della Cassazione che hanno riconosciuto la responsabilità del datore di lavoro per non aver adeguato l’organico aziendale in modo da evitare «un superlavoro eccedente la normale tollerabilità secondo regole di esperienza»⁶⁷, lasciando così intendere che l’organizzazione del lavoro rientra pienamente nell’obbligo di tutelare la salute dei lavoratori, sancita dall’art. 2087 cod.civ.

4.2. La prevenzione dello stress tra ordinamento europeo ed italiano

Se la prevenzione dello stress è inclusa nel generale obbligo di sicurezza dell’art. 2087 cod.civ., occorre riconoscere, al contempo, che questa disposizione presenta un contenuto generico al punto da essere definita come norma “in bianco”.

Alcune regole più precise sono state definite dall’ordinamento europeo. Al riguardo occorre sottolineare la particolare attenzione riservata dal legislatore europeo al concetto di «ambiente di lavoro» che è stato sviluppato nella Direttiva quadro 89/391/CEE del 12 giugno 1989, concernente l’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro. La direttiva si pone l’obiettivo di garantire la sicurezza «in tutti gli aspetti connessi con il lavoro» (art. 5, comma 1), imponendo al datore di lavoro di «adeguare il lavoro all’uomo», di «attenuare il lavoro monotono e il lavoro ripetitivo» (art. 6, lett. d) e di programmare la prevenzione valutando «la tecnica, l’organizzazione del lavoro, le condizioni di lavoro, le relazioni sociali e l’influenza dei fattori dell’ambiente di lavoro» (lett. g)⁶⁸.

65 L’espressione è di L. MONTUSCHI, *op. ult. cit.*, p. 71.

66 Così ancora G. LUDOVICO, *op. cit.*, p. 421.

67 Così Cass. 1° settembre 1997, n. 8267, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1997, p. 818 ss, con nota di E. GRAGNOLI; Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, in *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 2000, n. 2, p. 395, con nota di G. LUDOVICO, “Superlavoro” e demansionamento: due pronunce della Cassazione in tema di danno biologico e rilevanza delle concause naturali. Nello stesso senso: Trib. Bergamo 2 aprile 2009, in *Rivista Critica del Diritto del Lavoro*, 2009, p. 589 ss; Trib. Roma, 21 giugno 2001, in *Danno e Responsabilità*, 2002, p. 1000; App. Milano 16 dicembre 2004, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2005, p. 799.

68 Nello stesso senso la Dir. 93/104/CE in materia di orario di lavoro, per la quale «l’organizzazione del lavoro secondo un certo ritmo deve tener conto del principio generale dell’adeguamento del lavoro all’essere umano» (15° considerando); la Dir. n. 90/270/CE, sulla sicurezza del lavoro ai videoterminali, la quale prevede che «i datori di lavoro sono tenuti a compiere

L'inversione di prospettiva è evidente: non è il lavoratore a doversi adeguare all'organizzazione del lavoro, ma è quest'ultima a doversi adattare alla tutela del lavoratore⁶⁹.

Nella stessa prospettiva si pone anche la Corte di Giustizia, secondo la quale il concetto di «ambiente di lavoro» comprende «tutti i fattori, fisici e di altra natura, in grado di incidere sulla salute e sulla sicurezza del lavoratore nel suo ambiente di lavoro»⁷⁰, sottolineando come i «rischi professionali (...) si evolvono costantemente in funzione, in particolare, del progressivo sviluppo delle condizioni di lavoro e delle ricerche scientifiche»⁷¹.

È facile allora comprendere le ragioni che hanno portato la Commissione europea ad aumentare progressivamente il livello di attenzione sui rischi psicosociali e sullo stress lavoro correlato. Con il *Medium-term Social Action Programme* (1995-1997), del 1995, la Commissione aveva sottolineato la necessità di elaborare una specifica guida per la prevenzione dello stress e della violenza nei luoghi di lavoro, mentre nel *Quarto Programma sulla sicurezza, l'igiene e la salute sul posto di lavoro* (1996-2000) la Commissione segnalò la necessità di migliorare la legislazione europea in materia di sicurezza, dedicando maggiore attenzione ai nuovi rischi dell'ambiente di lavoro.

Nel 1996, la Commissione approvava la *Guida sulla valutazione dei rischi al lavoro*, nella quale si rilevava la necessità di verificare l'eventuale presenza nei luoghi di lavoro di rischi «psicologici, sociali e fisici che possano contribuire allo stress lavorativo». È del 2000, invece, la pubblicazione del documento *Guida sullo stress lavoro-correlato. Sale della vita o bacio della morte?*, nel quale la Commissione, dopo aver ammesso la mancanza nell'ordinamento europeo di apposite norme in materia di stress, confermava l'applicazione a questo fattore di rischio dei principi sanciti dalla Dir. n. 89/391/CEE.

La prevenzione dei rischi psicosociali diventa così uno dei principali obiettivi della *Strategia Comunitaria per la salute e sicurezza sul lavoro* per il periodo 2002-2006⁷², poi confermata anche per il 2007-2012⁷³, la quale sottolineava come «i

un'analisi dei posti di lavoro» per evitare «problemi di affaticamento fisico e mentale» (art.3); la Dir. n. 92/85/CE, sulla sicurezza e salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in allattamento, la quale impone ugualmente una particolare attenzione alla «fatica mentale e fisica e gli altri disagi fisici e mentali connessi con l'attività svolta dalle lavoratrici» (art. 3).

69 Così P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 97.

70 Corte Giust. CE, 12 novembre 1996, in C- 84/94, *Regno Unito c. Consiglio dell'Unione Europea*, in *Racc.*, 1996, I, p. 5755 ss..

71 Corte Giust. CE, 15 novembre 2001, in C-49/00, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Italiana*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, p. 221 ss..

72 Comunicazione della Commissione delle Comunità europee dell'11 marzo 2002, *Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006*, COM(2002) 118.

73 Comunicazione della Commissione delle Comunità europee del 21 febbraio 2007, *Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: strategia comunitaria 2007-2012 per la salute e la sicurezza*

cambiamenti nell'organizzazione del lavoro (obbligo di risultati elevati e maggiore flessibilità) incidono profondamente sulla salute sul luogo di lavoro e, più in generale, sul benessere dei lavoratori», con la conseguenza che «la politica comunitaria per la salute e la sicurezza sul lavoro deve promuovere attivamente un autentico “benessere sul luogo di lavoro”, che sia fisico, morale e sociale».

In questa prospettiva, grazie alle sollecitazioni della Commissione Europea, le parti sociali europee (Ces, Unice, ora BusinessEurope, Ueapme e Ceep) hanno sottoscritto l'8 ottobre 2004 l'*Accordo Quadro Europeo sullo stress lavoro correlato*, con l'obiettivo di «migliorare la consapevolezza e la comprensione» dello stress e di fornire «un modello che consenta di individuare e di prevenire o gestire i problemi di stress da lavoro»⁷⁴.

L'Accordo ribadisce che la prevenzione dello stress rientra negli obblighi previsti dalla Dir. n. 89/391, offrendo, di questo fattore di rischio, una definizione molto ampia e generica: «lo stress è una condizione, accompagnata da sofferenze o disfunzioni fisiche, psichiche, psicologiche o sociali, che scaturisce dalla sensazione individuale di non essere in grado di rispondere alle richieste o di non essere all'altezza delle aspettative»; «lo stress non è una malattia, ma un'esposizione prolungata ad esso può ridurre l'efficienza nel lavoro e può causare malattie».

L'Accordo non ignora che lo stress può essere «indotto da fattori esterni all'ambiente di lavoro», che non «tutte le manifestazioni da stress nel lavoro (...) possono essere ritenute correlate al lavoro stesso» e che «persone diverse possono reagire in modo diverso», ma riconosce che alti livelli di stress possono dipendere da fattori riguardanti l'organizzazione, le condizioni e l'ambiente di lavoro.

Si tratta, in verità, di un'elencazione esemplificativa delle possibili cause di stress, gravando sul datore di lavoro «la responsabilità di definire misure appropriate [...] per prevenirlo, ridurlo o eliminarlo». Distinguendo tra prevenzione individuale e collettiva, l'Accordo individua, infine, alcune misure di prevenzione dello stress nel miglioramento della comunicazione, nella chiarezza degli obiettivi aziendali e del ruolo dei lavoratori, nel sostegno individuale e di gruppo, nella formazione dei dirigenti e lavoratori, e, in generale, nel miglioramento degli aspetti inerenti «l'organizzazione, i processi, le condizioni e l'ambiente di lavoro».

Gli obiettivi dell'Accordo sono stati perseguiti con modalità differenti nei diversi Paesi dell'Unione Europea⁷⁵. In Italia, i suoi contenuti sono stati recepiti a

sul luogo di lavoro, COM(2007) 62 def.

74 www.etuc.org/sites/default/files/Framework_agreement_on_work-related_stress_EN_1.pdf.

75 V. le indagini ESENER I (2009) e II (2014) condotte dall'Agenzia Europea per la salute e sicurezza del lavoro sui rischi nuovi ed emergenti. La terza indagine è in corso di svolgimento nel 2019.

livello sindacale nell'accordo interconfederale del 9 giugno 2008⁷⁶, mentre il legislatore ha stabilito, all'art. 28 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (Testo Unico sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, T.U.) che la valutazione obbligatoria dei rischi dell'ambiente di lavoro deve riguardare anche lo «stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004».

La dottrina italiana ha prestato da subito molta attenzione a questo fattore di rischio⁷⁷ rispetto al quale i maggiori problemi nascono dal fatto che il legislatore italiano non fornisce una definizione di stress lavoro correlato, limitandosi a rinviare all'Accordo Europeo che, allo stesso modo – come già visto –, non contiene una nozione precisa di questo fattore di rischio.

Per queste ragioni, il d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106 ha introdotto, nell'art. 28 del T.U., un nuovo comma 1-*bis*, il quale ha affidato la definizione delle modalità di valutazione e prevenzione dello stress alla Commissione Consultiva Permanente per la salute e sicurezza sul lavoro istituita ai sensi dell'art. 6 del T.U.

Con la circolare del 18 novembre 2010, la Commissione ha fornito le istruzioni necessarie per la «riduzione al minimo di tale fattore di rischio», imponendo una rilevazione dei livelli di stress presenti nell'ambiente di lavoro attraverso l'analisi di alcuni indici rivelatori di questo fattore di rischio (indici infortunistici, assenze per malattie, turn over, procedimenti e sanzioni, segnalazioni del medico competente, lamentele dei lavoratori) che riguardano il contenuto (ambiente, attrezzature, carichi e orari di lavoro, corrispondenza tra mansioni e competenze dei lavoratori) e il contesto dell'attività lavorativa (il ruolo nell'organizzazione, l'autonomia decisionale e di controllo, conflitti personali, progressione di carriere, comunicazione). Ove, all'esito di tale valutazione, emergano elevati livelli di stress, il datore di lavoro è tenuto ad adottare «interventi correttivi» dell'organizzazione del lavoro e, ove questi si rivelino inefficaci, una valutazione «approfondita» dello stress per quei gruppi di lavoratori che hanno manifestato maggiori problemi.

Occorre inoltre considerare che l'art. 28, comma 1, T.U. impone ai datori di lavoro anche la valutazione dei rischi «connessi alla specifica tipologia contrattuale». Sebbene con tale formula il legislatore abbia voluto fare riferimento alla maggiore pericolosità dell'ambiente di lavoro per i lavoratori temporanei,

76 D. GOTTARDI, *Lo stress lavoro-correlato: il recepimento dell'Accordo quadro europeo*, in *Guida al Lavoro*, 2008, n. 26, p. 20 ss.

77 Tra i primi: R. NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Ed. Univ. Trieste, 2012; G. LUDOVICO, *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, cit., p. 401 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Sicurezza sul lavoro e rischi psico-sociali: profili giuridici*, in *Diritti Lavori e Mercati*, 2010, p. 347 ss.; O. BONARDI, *Oltre lo stress: i nuovi rischi e la loro valutazione globale*, in *Lavoro e Diritto*, 2012, p. 291 ss.; L. CALAFÀ, *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, *ibidem*, p. 257 ss.; G. PERONE, *Stress e obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c.*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, p. 27 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Lo stress lavoro-correlato: incertezze di significati e responsabilità del datore di lavoro*, *ibidem*, p. 33 ss.; E. MENEGATTI, *Stress lavoro-correlato e responsabilità risarcitoria del datore di lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2014, p. 972 ss..

l'espressione è sufficientemente ampia da poter ricomprendere anche lo stress causato dalla flessibilità del rapporto. Il vero problema, semmai, è quello di distinguere – come vedremo – le tensioni imputabili alla flessibilità del lavoro, dai disturbi provocati da fattori extraprofessionali, rispetto ai quali l'instabilità dell'impiego costituisce soltanto un motivo di aggravamento.

È necessario chiedersi, a questo punto, se l'osservanza dell'obbligo di valutazione dello stress sia sufficiente all'adempimento dell'obbligo di prevenzione dello stesso. Per rispondere alla domanda occorre chiarire che l'obbligo dell'art. 28 T.U. riguarda la *valutazione* dei rischi presenti nell'ambiente di lavoro, mentre l'obbligo dell'art. 2087 cod.civ. riguarda la *prevenzione* degli stessi rischi.

I due momenti sono ovviamente collegati, posto che non si può avere alcuna prevenzione senza la valutazione del rischio, ma rispondono giuridicamente a distinte obbligazioni⁷⁸: la valutazione dell'art. 28 T.U. non esonera, in teoria, il datore dalla responsabilità, prevista dall'art. 2087 cod.civ., per non aver protetto il lavoratore dal danno provocato dallo stress lavoro correlato.

5. La tutela dei lavoratori dai rischi derivanti dall'esposizione ai campi elettromagnetici

Una questione centrale ai fini della sicurezza dei lavoratori riguarda la loro protezione dai rischi derivanti dall'esposizione alle onde elettromagnetiche emesse dai telefoni cellulari e da qualunque dispositivo dotato di connessione *wireless*.

Sul punto, il legislatore europeo era intervenuto con la Dir. n. 2004/40/Ce, riguardante le prescrizioni di sicurezza e salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dai campi elettromagnetici, il cui recepimento da parte degli ordinamenti nazionali, originariamente fissato al 30 aprile 2008, è stato posticipato, dapprima al 30 aprile 2012 e, successivamente, al 31 ottobre 2013. Prima della scadenza di questo termine, il Parlamento Europeo è nuovamente intervenuto in materia con la Dir. 2013/35/UE del 26 giugno 2013 che ha sostituito la precedente dir. n. 2004/40/Ce, con l'obiettivo di superare le critiche che alcuni settori, soprattutto quello dell'industria militare, automobilistico e delle professioni sanitarie, avevano rivolto alla precedente direttiva, a causa della difficoltà di rispettare le previsioni in materia di valori massimi di esposizione ai capi elettromagnetici⁷⁹.

La Direttiva 2013/35/UE prevede una differenziata regolazione dei diversi settori, permettendo agli Stati di escludere l'applicazione dei valori limite «in settori specifici» e in presenza di «circostanze debitamente giustificate», ed una più

78 G. LUDOVICO, *op. ult. cit.*, p. 420; R. NUNIN, *op. cit.*, p. 69 ss.

79 Sul punto v. D. CASALE, *Campi elettromagnetici e tumori professionali: Unione Europea e Cassazione a confronto*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2013, I, p. 737 ss.

dettagliata disciplina degli obblighi del datore di lavoro di valutazione preventiva ed eliminazione o riduzione dei rischi derivanti dai campi elettromagnetici.

Senonché, la protezione offerta dalla direttiva è limitata agli «effetti biofisici diretti e gli effetti indiretti noti», restando esclusi dal suo campo di applicazione «le ipotesi di effetti a lungo termine derivanti dall'esposizione a campi elettromagnetici, dal momento che non si dispone attualmente di prove scientifiche accertate dell'esistenza di una relazione causale».

Questa direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano con il decreto legislativo 1° agosto 2016, n. 159 che ha modificato gli artt. 206 e ss. del T.U., adeguandone i contenuti alle previsioni europee.

In realtà, l'ordinamento italiano aveva già previsto da tempo apposite regole di tutela della salute dei lavoratori, tenuto conto che l'art. 209 del T.U. già imponeva ai datori di lavoro di valutare, misurare e calcolare «i livelli dei campi elettromagnetici ai quali sono esposti i lavoratori» e di adottare – in attesa delle norme europee – le «specifiche linee guida» definite dalla Commissione consultiva permanente che sono ora previste nell'Allegato XXXVI dello stesso T.U.

L'ordinamento italiano ha avuto infatti il primato di essersi dotato per primo, con il decreto ministeriale 381 del 10 settembre 1998, di una specifica disciplina in materia di radiazioni elettromagnetiche emesse dalle antenne di telefonia mobile, imponendo, nei luoghi in cui si trascorrono in media almeno quattro ore giornaliere (abitazioni, scuole, ospedali, luoghi di lavoro), il rispetto di valori limite di esposizione decisamente più bassi rispetto a qualunque altro Paese europeo⁸⁰.

Analogo primato si registra sul piano giurisprudenziale dopo che la Cassazione, con la sentenza del 12 ottobre 2012, n. 17438⁸¹, ha riconosciuto come malattia professionale ai fini dell'assicurazione sociale una patologia tumorale contratta da un lavoratore a causa dell'utilizzo continuativo del telefono cellulare protratto per svariati anni e per diverse ore al giorno, ritenendo preferibile condividere la letteratura scientifica indipendente e minoritaria rispetto a quella maggioritaria cofinanziata dalle aziende produttrici di telefoni che nega invece qualunque nesso causale.

6. La tutela dei lavoratori dai rischi derivanti dalle nanotecnologie

Le nanotecnologie, i nanomateriali e le nanoparticelle rilasciate dall'uso delle stampanti tridimensionali, rappresentano un rischio per la salute dei lavoratori che è ancora in fase di studio e valutazione da parte della scienza medica.

80 P. CRIVELLARI, *La regolazione del rischio sanitario dovuto alle emissioni elettromagnetiche delle antenne per la telefonia mobile. Genesi di un doppio primato italiano*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2012, p. 451 ss.

81 in *Corriere Giuridico*, 2013, p. 330 ss.

In mancanza di una disciplina specifica, trovano applicazione ai nanomateriali le generali regole previste dal T.U. e, in particolare, gli artt. 221 ss. in materia di agenti chimici, e gli artt. 233 ss. sugli agenti cancerogeni e mutageni con i relativi allegati contenenti i valori massimi di esposizione.

Si tratta di materiali di dimensione compresa tra 1 e 100 nanometri⁸², che hanno dimostrato enormi potenzialità ed una crescente diffusione a livello mondiale, ma, al contempo, effetti potenzialmente nocivi per i lavoratori⁸³.

La comunità scientifica internazionale ha rilevato che la pericolosità dei nanomateriali dipende da numerosi fattori, quali la dimensione delle particelle, la loro concentrazione nell'ambiente di lavoro, l'area di superficie interessata, lo stato di aggregazione delle stesse particelle, ecc.⁸⁴. La soluzione che finora ha incontrato maggiori consensi è quella che impone l'osservanza di valori limite di esposizione dei lavoratori ad alcuni gruppi di nanomateriali⁸⁵. Numerose ricerche in ambito internazionale si stanno muovendo nella direzione di un'armonizzazione delle metodologie relative alla valutazione del rischio e al monitoraggio dell'esposizione dei lavoratori alle nanoparticelle. Basti pensare ai progetti finanziati dalla Commissione Europea (NanoREG e NanoREG-2 nell'ambito del Programma Quadro Horizon 2020), dall'OCSE (*Working Party of Manufactured Nanomaterials (Wpmn)*)⁸⁶, e dall'Organizzazione Internazionale per la Standardizzazione – ISO (Comitato TC229 sulle nanotecnologie)⁸⁷.

Rispetto alle sostanze per le quali non sono ancora disponibili dati scientifici sulla relativa nocività, sono stati elaborati alcuni protocolli di studio, tra i quali quello elaborato dall'INAIL che ha avviato da tempo un'attività di studio e ricerca sulla pericolosità dei nanomateriali, pubblicando, nel 2010, il rapporto dal

82 Così la Raccomandazione della Commissione Europea del 18 ottobre 2011 sulla *definizione di nanomateriale* (2011/696/UE) Sul punto v. anche la comunicazione della Commissione Europea del 7 giugno 2005 dal titolo *Nanoscienze e nanotecnologie: un piano di azione per l'Europa 2005-2009* (COM(2005) 243 def.).

83 Cfr. INAIL, *Esposizione a nanomateriali nei luoghi di lavoro. Gestione e comunicazione del rischio*, INAIL, Roma, 2018, p. 7 ss. Sulle nanoparticelle derivanti dall'uso di stampanti 3D v. A. ROTA, *Stampa 3D: un nuovo rischio da ignoto tecnologico?*, in *Labour&Law Issue*, 2015, Vol. 1, no. 1, p. 108 ss.

84 INAIL, *op. ult. cit.*, p. 7.

85 EU-OSHA, *Literature Review. Workplace exposure to nanoparticles*, 2009; Commissione Europea, *Guidance on the protection of the health and safety of workers from the potential risks related to nanomaterials at work. Guidance for employers and health and safety practitioners*, Brussels, 2013; COMMISSION EUROPEA, *Working Safely with Manufactured Nanomaterials. Guidance for Workers*, Brussels, 2014; WORLD HEALTH ORGANIZATION, *WHO guidelines on protecting workers from potential risks of manufactured nanomaterials*, *cit.*

86 OECD, *Harmonized tiered approach to measure and assess the potential exposure to airborne emissions of engineered nano-objects and their agglomerates and aggregates at workplaces*, Paris, 2015; OECD, *Strategies, techniques and sampling protocols for determining the concentrations of manufactured nanomaterials in air at the workplace*, Paris, 2017.

87 ISO, *Nanotechnologies. Occupational risk management applied to engineered nanomaterials. part 2: Use of the control banding approach*, ISO, Geneva, 2014.

titolo *Libro bianco. Esposizione a nanomateriali ingegnerizzati ed effetti sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*⁸⁸. Al fine di incrementare ulteriormente le informazioni e le metodologie per l'analisi dei rischi derivanti dall'uso delle nanotecnologie, lo stesso INAIL ha finanziato un progetto di ricerca dal titolo *Metodologia di analisi dell'esposizione ai nanomateriali ingegnerizzati integrata alle tecniche di control banding per la gestione del rischio nei luoghi di lavoro* (Nanolab)⁸⁹.

L'importanza di questa ricerca sta nella elaborazione di una vera e propria metodologia che, partendo dai protocolli OECD e ISO, ha definito le misure di controllo e gestione del rischio nelle diverse fasi di lavorazione con impiego di grafene, nanofili e nanoparticelle, assicurando un'adeguata informazione sul rischio ai diversi lavoratori soggetti all'esposizione dei nanomateriali. Il risultato finale consiste in un «approccio innovativo»⁹⁰ nella gestione della sicurezza, che potrà migliorare le condizioni di sicurezza nell'utilizzo dei nanomateriali, fornendo i dati tecnici necessari per un futuro eventuale intervento legislativo.

Infine, l'INAIL ha previsto, a partire dal 2019, una specifica aliquota contributiva per la «produzione di nanomateriali, ad es. grafeni e nanotubi di carbonio» ai fini dell'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali⁹¹.

7. La tutela dei lavoratori dai rischi derivanti dalla presenza di robot e cobot nell'ambiente di lavoro

La diffusione di macchine sempre più intelligenti ed autonome si pone – come già visto – all'origine di nuovi rischi per la salute dei lavoratori che derivano dalla maggiore probabilità di collisione, dovuta alla presenza nell'ambiente di lavoro di *robot* in grado di muoversi con sempre maggiore libertà.

88 Dal Libro Bianco del 2010 è stata avviata un'intensa attività di ricerca i cui risultati sono stati pubblicati nel volume INAIL, *Libro bianco. Esposizione a nanomateriali ingegnerizzati ed effetti sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Volume di approfondimento tematico. Dal Libro bianco alle Policies: la consultazione degli stakeholders*, INAIL, Roma, 2013.

89 I risultati del progetto sono stati pubblicati nel volume INAIL, *Esposizione a nanomateriali nei luoghi di lavoro. Gestione e comunicazione del rischio*, cit. Il progetto è stato affidato al coordinamento del Laboratorio National Enterprise for nanoScience and nanoTechnology (NEST) della Scuola Normale Superiore di Pisa, in collaborazione con il Center for Nanotechnology Innovation dell'Istituto italiano di tecnologia (Iit), l'Istituto nanoscienze del consiglio nazionale delle ricerche (Cnr), l'Associazione italiana per la ricerca industriale (Airi-Nanotec) e sotto la supervisione del Dipartimento di medicina epidemiologia igiene del lavoro e ambientale (Dimeila) dello stesso INAIL.

90 Così INAIL, *Esposizione a nanomateriali nei luoghi di lavoro. Gestione e comunicazione del rischio*, cit., p. 92.

91 Decreto interministeriale 27 febbraio 2019, contenente le Nuove tariffe dei premi per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali delle gestioni "Industria, Artigianato, Terziario e Altre attività" e relative modalità di applicazione, ai sensi dell'articolo 1, comma 1121, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

I *cobot* (*collaborative robot*) sono macchine complesse, immaginate e progettate per lavorare a stretto contatto con l'uomo, superando in questo modo le barriere che, in passato, dividevano per ragioni di sicurezza i rispettivi spazi.

L'Unione Europea ha dedicato di recente ampia attenzione agli effetti economici e sociali derivanti dalla diffusione dei sistemi di intelligenza artificiale⁹², mentre non altrettanto può dirsi per la disciplina in materia di sicurezza dei *cobot* che soffre di evidenti ritardi rispetto ad una tecnologia in continua evoluzione.

Se i rischi provocati dalla ripetitività del lavoro a contatto con le macchine rientrano nelle regole di prevenzione dello stress e *tecnostress*, non altrettanto può dirsi, infatti, per il rischio di collisione tra uomo e macchina che richiederebbe più specifiche regole di prevenzione. La disciplina in materia invece è ancora quella dettata dalla Dir. 2006/42/CE riguardante le macchine, che è stata recepita in Italia con il Decreto Legislativo 27 gennaio 2010, n. 17.

La direttiva impone ai fabbricanti di macchine l'osservanza di una serie di regole definite nei relativi allegati che permettono la marcatura CE e la conseguente commercializzazione nel mercato unico europeo, garantendo, in questo modo, la conformità ai requisiti di sicurezza e di tutela della salute previsti dalla stessa direttiva. Sennonché, queste regole sono solo in parte applicabili alle c.d. "quasi-macchine" che sono definite, dall'art. 2, lett. g) della direttiva, come «insiemi che costituiscono quasi una macchina, ma che non sono idonei da soli ad eseguire una specifica applicazione»⁹³. Si tratta quindi di apparecchiature che sono destinate ad essere «incorporate» o «assemblate» ad altre macchine, o quasi-macchine, per le quali la direttiva non prevede la dichiarazione di conformità del fabbricante, trattandosi di apparecchiature che possono essere fornite prive dei requisiti di sicurezza in quanto destinate ad ulteriori fasi di costruzione per essere successivamente incorporate nella macchina finale, soggetta alle regole della direttiva.

I *robot* o *cobot* rientrano pertanto tra le "quasi-macchine" dal momento che non sono progettati e venduti per una specifica funzione, che assumono soltanto una volta programmati e incorporati all'interno dell'unità produttiva, con la conseguenza che gli stessi possono essere forniti dal fabbricante privi di protezioni, che saranno invece installate da colui che, completando l'assemblaggio, fornirà la dichiarazione di conformità CE⁹⁴.

92 Da ultimo, v. COMMISSIONE EUROPEA, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, cit.; COMMISSIONE EUROPEA, *Sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale. Un mercato unico digitale connesso per tutti*, COM(2017) 228 final; COMMISSIONE EUROPEA, *Digitalizzazione dell'industria europea Cogliere appieno i vantaggi di un mercato unico digitale*, 19.4.2016 COM(2016) 180 final; PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale* (2018/2088(INI)).

93 COMMISSIONE EUROPEA, *Guide to application of the Machinery Directive 2006/42/EC*, Edition 2.1, July 2017 (Update of 2nd Edition)

94 Così esplicitamente COMMISSIONE EUROPEA, *Guide to application of the Machinery Directive 2006/42/EC*, p. 48: «industrial robots are usually designed without a specific application until incorporated into the final machinery (...) The manufacturer of the final machinery takes

Per l'individuazione degli standards tecnici di sicurezza, l'art. 4 della Direttiva rinvia, inoltre, alle «norme armonizzate» che, per i *robot* industriali, sono rappresentate dalle norme EN ISO 10218-1/2⁹⁵, che sono state riviste nel 2016 con l'inserimento di apposite regole di sicurezza per i *cobot* al fine di garantire un ambiente di lavoro sicuro. Sennonché, la definizione di regole di sicurezza specifiche e dettagliate si concilia poco con l'estrema duttilità dei moderni *robot* industriali, le cui funzioni non sono predeterminate ma riprogrammabili in ragione delle diverse esigenze dell'impresa. Il principale limite di quelle norme è rappresentato, infatti, da una prospettiva della sicurezza ancora legata alla separazione fisica tra uomo e *robot*, mentre i moderni *cobot* sono destinati, per loro stessa natura, ad interagire con il lavoratore, condividendone lo spazio fisico.

Le uniche regole di sicurezza specificamente pensate per i *cobot* sono, al momento, quelle contenute nella norma tecnica ISO/TS 15066⁹⁶, non ancora armonizzata con le norme europee EN ISO 10218-1/2⁹⁷. Non resta dunque, anche in Italia, che attendere gli sviluppi dell'elaborazione a livello europeo e internazionale di apposite regole tecniche di prevenzione dei rischi derivanti dall'uso dei *cobot*.

8. La sicurezza dei rider delle piattaforme digitali

Lo sviluppo delle reti commerciali e dei servizi attraverso il *web* ha imposto all'attenzione del dibattito il problema della qualificazione e della tutela, anche sul piano della sicurezza, dei c.d. *rider*. Rinviando all'apposito capitolo per gli ulteriori approfondimenti sulla qualificazione di tali rapporti⁹⁸, interessa qui soffermare l'attenzione sulle regole di sicurezza applicabili alla categoria più diffusa di lavoratori che svolgono tramite “*app*”, soprattutto servizi di consegna di cibi e altri beni. Si tratta dei c.d. *rider* delle piattaforme digitali, le cui prestazioni assumono, in verità, un contenuto tradizionale con l'unica novità di essere svolte attraverso l'intermediazione o la gestione della piattaforma digitale⁹⁹.

the necessary measures so that the robot can perform its specific application safely within the assembly. In practice, only an industrial “stand and function alone-robot” provided with both an end-effector and control system so that it can itself perform a specific application, is a complete machinery under the Machinery Directive».

95 UNI EN ISO 10218-1:2012, *Robot e attrezzature per robot - Requisiti di sicurezza per robot industriali - Parte 1: Robot*, e UNI EN ISO 10218-2:2011, *Robot e attrezzature per robot - Requisiti di sicurezza per robot industriali - Parte 2: Sistemi ed integrazione di robot*.

96 ISO/TS 15066:2016, *Robots and robotic devices - Collaborative robots*.

97 Un invito all'armonizzazione delle regole tecniche in materia di robotica è stato espresso dal Parlamento Europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica* (2015/2103(INL)).

98 V. il capitolo di Gionata Golo Cavallini.

99 Non è qui possibile per ragioni di spazio riportare l'ampia letteratura giuridica italiana sul punto. Per maggiori approfondimenti si rinvia al capitolo di Gionata Golo Cavallini.

Questi lavoratori sono sottoposti ai tradizionali rischi dell'attività lavorativa e della circolazione stradale, ai quali si aggiungono gli ulteriori rischi provocati dallo stress causato dalla continua tensione dovuta al rispetto delle tempistiche di consegna¹⁰⁰.

Per comprendere le regole di sicurezza applicabili a questi rapporti, occorre ricordare che le piattaforme digitali sono solite ricorrere ai rapporti di lavoro autonomo c.d. parasubordinato e, precisamente, ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, per i quali l'art. 3, comma 7, T.U. ammette l'applicazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro «soltanto ove la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente». Questa condizione comportava di conseguenza l'esclusione dell'applicazione di quelle norme nei confronti dei *rider*, tenuto conto che la loro attività è destinata a svolgersi in luoghi esterni ai locali della piattaforma digitale.

Questa conclusione, apparentemente insuperabile, era stata invero riconsiderata dalla dottrina già all'indomani dell'entrata in vigore dall'art. 2, del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, il quale aveva espressamente stabilito che, a partire dal 1° gennaio 2006, si applicasse «la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

Questa disposizione è stata interpretata dalla dottrina maggioritaria come una “norma di disciplina”, anziché come “norma di fattispecie”, nel senso che, pur conservando natura autonoma, questi rapporti rimanevano assoggettati alla disciplina della subordinazione ove la prestazione fosse etero-organizzata dal committente¹⁰¹.

Era così lecito supporre – come ritenuto dalla giurisprudenza¹⁰² – che i rapporti di collaborazione dei *rider*, pur rimanendo tecnicamente “autonomi”, fossero regolati dalle norme dei rapporti di lavoro subordinato, dal momento che la loro

100 Sul punto v. C. LAZZARI, *Gig economy e tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Prime considerazioni a partire dal «caso Foodora»*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2018, n. 3, p. 455 ss.; A. DELOGU, *Salute, sicurezza e nuovi lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell'industria 4.0*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 2018, 2, p. 37 ss.; A. PIOVESANA, *La tutela della salute e sicurezza dei gig workers, dopo la sentenza d'appello Foodora*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2019, n. 7, p. 664 ss..

101 In questo senso A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *W.P. CSDLE Papers Massimo D'Antona.IT*, 2015, n. 272; M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *W.P. CSDLE Papers Massimo D'Antona.IT*, 2016, n. 294, p. 11-12; M. MARAZZA, *Jobs act e prestazioni d'opera organizzate*, in *Giustizia Civile*, 2016, p. 219 ss.; A. ZOPPOLI, *La collaborazione organizzata: fattispecie e disciplina*, in *W.P. CSDLE Papers Massimo D'Antona.IT*, 2016, p. 296. In giurisprudenza App. Torino 4 gennaio 2019, n. 26, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2019, p. 403 ss., con nota di G. A. RECCHIA. Non si sofferma invece specificamente sul punto Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2020, II, p. 76, con nota di P. ICHINO.

102 È quanto deciso da App. Torino 4 gennaio 2019, n. 26, *cit.*

attività è organizzata dalla piattaforma digitale attraverso l'*app* che ne determina i tempi e i luoghi di svolgimento. Da qui la possibile applicazione a questi rapporti anche della disciplina in materia di salute e sicurezza dei lavoratori subordinati, indipendentemente dal fatto che la loro attività è destinata a svolgersi in luoghi di lavoro diversi da quelli del committente¹⁰³.

Senonché, la questione ha assunto nuovi significati a seguito del d.l. 3 settembre 2019, n. 101, convertito con modificazioni nella legge 2 novembre 2019, n. 128, il quale, da un lato, ha modificato l'art. 2 del d. lgs. n. 81 del 2015, eliminando il riferimento ai «tempi e al luogo di lavoro» determinati dal committente, mentre, dall'altro, ha introdotto nello stesso decreto un nuovo Capo *V-bis* volto a garantire «livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi» delle piattaforme.

Rinviando all'apposito capitolo per l'approfondimento de molteplici effetti sul piano qualificatorio della modifica legislativa, preme qui soffermarsi sulle novità introdotte dal d.l. n. 101 del 2019 in materia di salute e sicurezza dei *riders*. Eliminando il riferimento dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 «ai tempi e al luogo di lavoro», la formulazione vigente di tale norma dispone l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione «le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente», sicché è ragionevole concludere che i rapporti di collaborazione eterorganizzati siano assoggettati alle regole del lavoro subordinato anche per quanto riguarda la salute e la sicurezza, superando in questo modo la previsione di cui all'art. 3, comma 7, del T.U. che – come già detto – condiziona l'applicazione di tale disciplina allo svolgimento della prestazione «nei luoghi di lavoro del committente».

Il legislatore del 2019 è stato altresì ispirato dall'intento – come anticipato – di garantire livelli minimi di tutela ai lavoratori autonomi delle piattaforme ovvero ai collaboratori non eterorganizzati che, come tali, non rientrano nella previsione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015. In questa prospettiva, l'art. 47-*bis* del Capo *V-bis* del d.lgs. n. 81 del 2015, introdotto dal d.l. n. 101 del 2019, dispone l'estensione di alcune tutele in favore dei «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». Più in particolare, l'art. 47-*septies* del Capo *V-bis* estende l'applicazione a questa categoria di lavoratori, tanto della garanzia previdenziale antinfortunistica (co. 1-2), quanto della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, di cui al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (co. 3).

Per quanto riguarda l'assicurazione obbligatoria, l'art. 47-*septies* prevede che «tutti gli adempimenti del datore di lavoro» in materia assicurativa incombono sul «committente che utilizza la piattaforma anche digitale» e che il premio assicurativo deve essere calcolato «in base al tasso di rischio corrispondente all'attività svolta». Ciò significa, evidentemente, che gli obblighi derivanti dal rapporto

103 Sul punto v. A. PIOVESANA, *op. cit.*, p. 671.

assicurativo gravano sull'impresa che detiene il controllo della piattaforma e che ne gestisce il funzionamento, posto che dalle sue scelte organizzative dipende l'intensità del rischio al quale è parametrato il premio assicurativo.

Lo stesso art. 47-*septies* prevede inoltre che l'impresa che utilizza la piattaforma è tenuta «nei confronti dei lavoratori» autonomi «a propria cura e spese, al rispetto» delle disposizioni di cui al T.U. in materia di salute e sicurezza. Il legislatore utilizza una formulazione piuttosto generica che è stata oggetto di diverse letture nella parte in cui non specifica quali norme del T.U. debbano essere applicate ai lavoratori autonomi, non trovando applicazione, in tale ambito, l'estensione della disciplina del lavoro subordinato, di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015.

Senza poter entrare, per ragioni di spazio, nel dettaglio di questo dibattito, basti rilevare come ai lavoratori autonomi, di cui all'art. 47-*bis*, non possa estendersi la disciplina del lavoro subordinato, dovendo di conseguenza continuare a farsi riferimento all'art. 3, comma 7, del T.U. che, come già detto, esclude l'applicazione delle norme in materia di sicurezza ove la prestazione sia svolta «nei luoghi di lavoro del committente». In questa logica, l'espressione «a propria cura e spese» dovrebbe essere allora interpretata come l'imposizione, a carico dell'impresa che utilizza la piattaforma, dei costi delle misure di sicurezza che ricadrebbero altrimenti sul lavoratore autonomo, ai sensi dell'art. 21, commi 1 e 2, del T.U., il quale dispone che tali soggetti «relativamente ai rischi propri delle attività svolte e con oneri a proprio carico» hanno la facoltà di beneficiare della sorveglianza sanitaria e di partecipare a corsi di formazione specifici in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

9. La disciplina del lavoro agile (c.d. *smartworking*)

Come già accennato nel paragrafo precedente, l'impatto delle nuove tecnologie è tale da mettere in discussione anche il tradizionale significato attribuito alla subordinazione, intesa come eterodirezione della prestazione, con conseguente soggezione del lavoratore al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro.

La diffusione delle connessioni *wireless* ha reso, infatti, meno importante la presenza fisica del lavoratore nel luogo stabilito dal datore di lavoro, con il risultato che la prestazione può essere svolta indifferentemente in qualunque luogo e momento¹⁰⁴, aumentando i margini di autonomia del lavoratore subordinato nello svolgimento della prestazione.

La notevole diffusione del c.d. *ICT-mobile work*¹⁰⁵ dipende, non soltanto dalla disponibilità delle tecnologie digitali, ma soprattutto dalla loro particolare

104 Cfr. EUROFOUND, ILO, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, cit.

105 EUROFOUND, *New forms of Employment*, Luxemburg, 2015, p. 72 ss.

convenienza per le imprese che possono così ridurre i costi di gestione dei luoghi di lavoro, aumentando i livelli di flessibilità e produttività dell'attività lavorativa¹⁰⁶.

Con la legge 22 maggio 2017, n. 81, il legislatore italiano ha adottato una specifica disciplina per questa modalità di svolgimento della prestazione che è stata denominata *lavoro agile*. L'art. 18 della legge definisce il lavoro agile come «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva».

Si tratta, in verità, di una definizione che ha suscitato un ampio dibattito in merito al significato del concetto di subordinazione¹⁰⁷, tenuto conto che i successivi artt. 19 e 21 affidano all'accordo tra lavoratore e datore di lavoro la disciplina dell'esecuzione della prestazione 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»), dei «tempi di riposo del lavoratore», delle modalità di «esercizio del potere di controllo del datore di lavoro», nonché l'individuazione delle condotte disciplinarmente rilevanti connesse alla prestazione svolta al di fuori dei locali aziendali.

All'opinione che qualifica il lavoro agile come una «forma speciale di subordinazione»¹⁰⁸ si è così contrapposta la tesi secondo cui non si tratterebbe di

106 C. SPINELLI, *op. cit.*, p. 68.

107 C. SPINELLI, *op. cit.*, p. 89 ss.; A. LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2019, I, p. 25 ss.; A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 341/2017*, p. 14-15; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, 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*, p. 7 ss.; 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, Torino, 2017, p. 77 ss.; L. FIORILLO, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del Diritto del Lavoro* e 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, Torino, 2018, p. 165 ss. e p. 177 ss.; M. MARTONE, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in M. BIASI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Cedam, Padova, 2018, p. 461 ss.; V. PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del jobs act e sul lavoro agile*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2016, 2, p. 367 ss.; M. CUTTONE, *Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile*, F. FERRARO, *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile* in M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, Jovene, Napoli, 2018, p. 3 ss., 55 ss. e 169 ss.

108 A. PERULLI, *op. cit.*, p. 13-14.

una distinta tipologia contrattuale, sebbene risulti fortemente limitato l'esercizio unilaterale del potere disciplinare¹⁰⁹, mentre, secondo altri, l'accordo tra le parti non potrebbe escludere il potere direttivo del datore, ma soltanto regolarne l'esercizio¹¹⁰.

Altra questione, particolarmente dibattuta, riguarda i rapporti tra questa modalità di svolgimento del lavoro subordinato e il telelavoro che era stato disciplinato nel settore pubblico con il d.p.r. 8 marzo 1999, n. 70 e, nel settore privato, con l'Accordo Interconfederale del 9 giugno 2004 che ha recepito l'Accordo Quadro Europeo del 16 luglio 2002¹¹¹. In concreto, la principale differenza tra le due figure è data dal fatto che il telelavoro si era diffuso grazie alla tecnologia degli anni 90 del secolo scorso ed era stato disciplinato come prestazione da svolgersi in un luogo diverso dall'impresa ma comunque fisso e predeterminato, mentre il lavoro agile si caratterizza per la sua mobilità e assenza di «postazione fissa», grazie ad una tecnologia *wireless* che permette di lavorare in un luogo sempre diverso.

Proprio dalla mancanza di un luogo di lavoro predeterminato derivano numerose questioni riguardanti la tutela della salute e della sicurezza del lavoratore.

9.1. La sicurezza del lavoratore agile

La mancanza di una postazione fissa e la possibilità, per il lavoratore, di determinare di volta in volta il tempo e il luogo della prestazione, mettono in discussione i contenuti fondamentali dell'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro¹¹².

Occorre partire dall'art. 22 della legge n. 81/2017, il quale stabilisce che il datore di lavoro è tenuto a «garanti[re] la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile», dovendo «a tal fine consegna[re] al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro».

109 G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 7 ss.

110 G. PROIA, *op. cit.*, p. 192; F. FERRARO, *op. cit.*, p. 169 ss.

111 Sul punto v. C. SPINELLI, *op. cit.*, p. 90 ss.; M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2017, p. 2 ss.

112 R. PESSI, R. FABOZZI, *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 227; G. LEONE, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori agili*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2017, p. 844 ss.; M. PERUZZI, *op. cit.*, p. 2 ss.; R. GUARINIELLO, *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2017, p. 2007; A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 307; A. DELOGU, *Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in M. VERZARO (a cura di), *op. cit.*, p. 133 ss.; L. M. PELUSI, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2017, p. 1041 ss.; F. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2018, p. 17 ss.

La questione di maggiore complessità, sollevata dalla norma, è se la consegna dell'informativa esaurisca gli obblighi di sicurezza del datore del lavoro. In senso contrario depongono alcune fondate argomentazioni di ordine sistematico. Se la consegna dell'informativa fosse l'unica misura di tutela del lavoratore agile, si dovrebbe desumere un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto ad altri lavoratori subordinati, in palese contrarietà con la Dir. n. 391/89, ma anche con l'art. 32 Cost. e con l'art. 2087 cod.civ. che, come già detto, condiziona la causa stessa del contratto di lavoro subordinato¹¹³.

La questione potrebbe essere risolta ritenendo che il lavoro agile rappresenti una *species* del *genus* telelavoro, con conseguente applicazione dell'art. 3, comma 10, del T.U., il quale prevede per i lavoratori «che effettuano una prestazione continuativa di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico», l'applicazione delle specifiche disposizioni in materia di videoterminali e di sicurezza delle attrezzature fornite dal datore di lavoro¹¹⁴.

È stato inoltre sottolineato come le attività svolte all'esterno dell'azienda non pongano alcun problema in materia di sicurezza ove il luogo della prestazione sia stato preventivamente concordato con il datore di lavoro e da questi autorizzato, assumendosi in questo modo la responsabilità in merito alla sicurezza di tali luoghi. In questi casi, infatti, la situazione non sarebbe molto diversa da quella del telelavoro o del lavoro a domicilio, potendosi ritenere applicabile la stessa disciplina in materia di sicurezza, con conseguente obbligo del datore di lavoro di verificare e garantire la sicurezza dei luoghi in cui si svolge la prestazione¹¹⁵. Non a caso, l'art. 3, comma 10, del T.U. riconosce, in questi casi, al datore di lavoro, alle rappresentanze sindacali e alle autorità competenti, il potere di accedere ai luoghi di esecuzione della prestazione di lavoro a distanza al fine di controllare la conformità degli stessi alle regole in materia di salute e sicurezza del lavoro.

I maggiori problemi riguardano dunque le ipotesi in cui la prestazione di lavoro agile sia svolta al di fuori dei luoghi dell'azienda senza che gli stessi siano stati concordati con il datore di lavoro.

È di tutta evidenza, infatti, che tali luoghi superano dell'obbligo del datore di lavoro di garantire la sicurezza della prestazione lavorativa, per almeno due ragioni strettamente collegate: da un lato, in mancanza di conoscenza dell'ubicazione e dello stato di tali luoghi, il datore di lavoro non potrebbe intervenire sugli stessi al fine di garantirne la sicurezza; dall'altro, l'impossibilità di adempiere all'obbligo di sicurezza escluderebbe qualunque responsabilità per eventuali

113 C. SPINELLI, *op. cit.*, p. 146; A. DELOGU, *op. cit.*, p. 143; A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 320; F. MALZANI, *op. cit.*, p. 24-25; L. M. PELUSI, *op. cit.*, p. 1045; R. GUARINIELLO, *op. cit.*, p. 2009 ss.

114 In questo senso M. PERUZZI, *op. cit.*, p. 2 ss.; C. SPINELLI, *op. cit.*, p. 148.

115 Così R. PESSI, R. FABOZZI, *op. cit.*, 234-235.

infortuni o malattie professionali provocati dai rischi di tali luoghi¹¹⁶, posto che anche la responsabilità oggettiva per rischio presuppone, quantomeno, la conoscibilità del rischio stesso, mentre in questo caso si tratterebbe di una vera e propria responsabilità “assoluta” che, come tale, non può essere dedotta per via interpretativa¹¹⁷.

Ciò non significa che gli obblighi di sicurezza del datore di lavoro siano limitati alle attività all'interno dell'impresa¹¹⁸, posto che i giudici italiani non hanno avuto difficoltà a riconoscere la violazione dell'art. 2087 cod.civ. in caso di infortuni o malattie provocate da infezioni¹¹⁹ o attentati terroristici¹²⁰ all'estero, ma sempre sul presupposto che i rischi di tali luoghi erano conosciuti o facilmente conoscibili dal datore di lavoro in base alla diligenza qualificata di qualunque imprenditore.

È inevitabile allora concludere che il rischio della prestazione in luoghi sconosciuti al datore di lavoro gravi sullo stesso lavoratore, il quale, non a caso è tenuto, ai sensi del co. 2 dell'art. 22 della l. n. 81/2017, «a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali». Questa norma ribadisce pertanto quanto già previsto dall'art. 20 del T.U.¹²¹, dovendo il lavoratore «prendersi cura della propria salute e sicurezza», evitando di svolgere la prestazione in luoghi che possono esporlo a rischi ulteriori.

Restano fermi, ovviamente, gli obblighi generali di impartire al lavoratore una «formazione sufficiente ed adeguata in materia di salute e sicurezza» (art. 37 T.U.) e di garantire la sicurezza degli strumenti tecnologici di lavoro.

L'art. 23, comma 3, della legge n. 81 del 2017, infine, ha espressamente stabilito che i lavoratori agili hanno diritto alla tutela assicurativa anche contro gli infortuni e le malattie professionali provocati da «rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali», compresi gli infortuni verificatisi «durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali».

116 R. PESSI, R. FABOZZI, *op. cit.*, p. 235.

117 Sulla distinzione tra responsabilità oggettiva relativa e assoluta v. M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive. Artt. 2049-2053*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 38 ss.

118 A. DELOGU, *op. cit.*, p. 137 ss.

119 Cass. 29 maggio 1990, n. 5002, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1991, II, p. 328 ss.; Cass. 6 settembre 1995, n. 9401, in *Giustizia Civile Massimario*, 1995, p. 1617; Cass. 5 gennaio 2005, n. 180, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2005, p. 1512 ss..

120 Pret. Parma, 28 febbraio 1996, in *Giustizia Civile*, 1996, I, p. 2121 ss., con nota di M. FRANCO; Trib. Parma, 22 dicembre 1988, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 1999, p. 547 ss..

121 L'art. 20 T.U. prevede che «Ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro».

La tutela contro gli infortuni *in itinere*, già prevista in generale dall'art. 2 del d.p.r. n. 1124 del 1965¹²², è stata tuttavia ragionevolmente limitata ai soli casi in cui la scelta del luogo della prestazione sia dettata da «esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza»¹²³.

9.2. Il diritto di disconnessione come misura di sicurezza del lavoro agile

La prestazione mediante strumenti informatici mobili espone il lavoratore al rischio di un costante impegno lavorativo che si traduce nella completa sovrapposizione tra tempi di vita e di lavoro (c.d. *time porosity*).

L'uso di queste tecnologie può condurre, quindi, ad una sostanziale elusione dei limiti di durata della prestazione lavorativa, previsti dalla Dir. 2003/88/CE, recepita in Italia con il d.lgs. 8 aprile 2003, n. 61, tenuto conto che, secondo la Corte di Giustizia, la nozione di orario di lavoro deve essere «intesa in opposizione al periodo di riposo»¹²⁴.

Il problema dei limiti di durata del lavoro agile è reso evidente dallo stesso art. 18, comma 1, della l. n. 81/2017, il quale, dopo aver chiarito che questo tipo di prestazione è priva di «precisi vincoli di orario», afferma che la stessa deve essere svolta «entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva».

La dottrina si è interrogata sul significato di tale norma e sul suo coordinamento con l'art. 17, comma 5, d.lgs. n. 66 del 2003¹²⁵, il quale esclude l'applicazione delle norme in materia di orario normale, massimo settimanale, straordinario e riposo giornaliero, nei confronti dei lavoratori – tra i quali i telelavoratori – «la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi»¹²⁶.

È ragionevole allora pensare che l'art. 18 della l. n. 81/2017 abbia voluto confermare l'applicazione di questi limiti nei confronti dei lavoratori agili, i quali, pertanto, possono concordare con il datore di lavoro la fascia oraria in cui

122 In generale v. S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, 2020, p. 161 ss.

123 Sul punto v. M. GAMBACCIANI, *L'infortunio in itinere del lavoratore "agile"*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 247 ss.

124 Corte Giust. Ue 3 ottobre 2000, C-303/98, *Simap*, in *Racc.*, 2000, p. 7963; Corte Giust. Ue 9 settembre 2003, C-151/02, *Jager*, in *Racc.*, 2003, p. 8389.

125 Sul punto v. A. FENOGLIO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in M. BIASI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.*, p. 547 ss.; C. SPINELLI, *op. cit.*, p. 152 ss.; A. DONINI, *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato*, in M. VERZARO (a cura di), *op. cit.*, p. 111 ss.; M. LAMBERTI, *L'accordo individuale e di diritti del lavoratore agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 205 ss.; M. PERUZZI, *op. cit.*, p. 15 ss.

126 In questo senso anche l'art. 9 della Proposta di Direttiva Europea su condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea (COM/2017/0797 final - 2017/0355), il quale limita l'applicazione delle norme sulla «Prevedibilità minima del lavoro» ai soli casi in cui «la tempistica degli incarichi di lavoro è determinata dal datore di lavoro».

rendere la prestazione oppure rimanere liberi di scegliere quando lavorare, sempre entro i limiti di durata massima giornaliera e settimanale¹²⁷.

In questa logica diventa allora imprescindibile uno strumento tecnico idoneo ad evitare il superamento di quei limiti che il legislatore, sull'esempio di altri paesi europei¹²⁸, ha affidato all'accordo tra le parti, il quale, ai sensi dell'art. 19 della l. n. 81/2017, è tenuto a individuare i «tempi di riposo» e le «misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro»¹²⁹.

Il diritto alla c.d. disconnessione assume dunque una importanza cruciale per assicurare ai lavoratori digitali il rispetto dei limiti di durata della prestazione, assumendo, in questo modo, la duplice funzione di garanzia dei tempi di vita privata e di misura di prevenzione dello stress provocato dalla maggiore durata e intensità della prestazione lavorativa.

L'importanza di questo strumento deve però fare i conti con la discutibile scelta del legislatore di limitarne l'applicazione al lavoro agile, mentre sarebbe stato più opportuno, in ragione della identità dei rischi, estenderne l'applicazione a qualunque lavoratore che faccia uso nell'attività lavorativa di strumenti digitali¹³⁰.

Altrettanto discutibile è la scelta di affidare la regolazione del diritto alla disconnessione all'accordo individuale tra lavoratore e datore di lavoro, tenuto conto della maggiore debolezza contrattuale del primo rispetto al secondo¹³¹.

Occorre tuttavia riconoscere che queste criticità pongono problemi non insuperabili, posto che la contrattazione collettiva potrebbe facilmente estendere il diritto alla disconnessione al di fuori dei confini del lavoro agile e che l'accordo individuale tra le parti non può comunque superare i limiti inderogabili di durata massima giornaliera e settimanale previsti dal d.lgs. n. 66/2003, restando così garantita l'intangibilità della sfera privata del lavoratore.

10. Conclusioni

È possibile, in conclusione, svolgere alcune considerazioni sulle conseguenze del progresso tecnologico per la salute e sicurezza dei lavoratori. Fermi restando

127 A. FENOGLIO, *op. cit.*, p. 557; C. SPINELLI, *op. cit.*, p. 152; M. PERUZZI, *op. cit.*, p. 17.

128 A. FENOGLIO, *op. cit.*, p. 549 ss.; R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *Labour&Law Issue*, 2017, Vol. 3, no. 2, p. 19 ss.

129 A. FENOGLIO, *op. cit.*, p. 557; A. DONINI, *op. cit.*, p. 126; M. LAMBERTI, *op. cit.*, p. 205

130 Così A. DONINI, *op. cit.*, p. 126-127. Sulla generale applicazione del diritto alla disconnessione nell'ordinamento francese v. M. AVOGARO, *Lavoro agile: un diritto di disconnessione per tutelare salute e produttività?*, Paper presentato al Convegno *Il futuro del lavoro: una questione di sostenibilità*, Bergamo 11-12 novembre 2016.

131 Cfr. A. FENOGLIO, *op. cit.*, p. 561; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 335/2017*, p. 33; E. DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2017, p. 1035 ss.

gli effetti indubbiamente positivi che le tecnologie hanno prodotto, quanto meno nei paesi economicamente avanzati, in termini di minori rischi e gravosità delle attività lavorative, è altrettanto evidente come, ai tradizionali rischi del lavoro industriale, si sono affiancati nuovi rischi che per molti versi appaiono più pericolosi per la salute del lavoratore nella misura in cui implicano una profonda commistione tra sfera privata e lavorativa ed una continua pervasività dell'attività lavorativa al di fuori dell'orario di lavoro.

È ancora prematuro, ovviamente, anche solo per tentare di formulare un possibile bilancio tra i vantaggi e gli svantaggi determinati dalla diffusione delle nuove tecnologie.

È possibile nondimeno rilevare come la costante connessione con l'ambiente di lavoro abbia prodotto una pericolosa intensificazione dei ritmi lavorativi che comportano una continua erosione del tempo necessario al recupero delle energie psicofisiche necessarie alla continuazione dell'attività lavorativa.

Questa tendenza non può evidentemente non avere effetti dannosi sugli individui che sono concretamente chiamati a sopportare questi livelli di costante disponibilità rispetto all'ambiente di lavoro, che di fatto comportano un impegno lavorativo pressoché illimitato in termini di tempo e di spazio.

È questa, in definitiva, la più grande contraddizione finora emersa dalla diffusione delle nuove tecnologie che sembrano di fatto aver invertito il rapporto tra uomo e macchina, riducendo il primo ad una mera appendice quasi completamente asservita ai ritmi dettati dalla seconda.

Il potere di controllo a distanza sull'attività lavorativa e la nuova disciplina della *privacy* nella sfida delle nuove tecnologie

Alessandra Ingraio

SOMMARIO: 1. Il potere di controllo a distanza, nuove tecnologie e tendenza alla tracciabilità informatica della prestazione lavorativa. – 2. La tutela della libertà e dignità del lavoratore sottoposto alla sorveglianza nell'impianto originario dello Statuto dei Lavoratori. Il vecchio art. 4 l. 300/1970. – 3. Le ragioni che hanno portato alla riforma dell'art. 4 St. Lav. – 4. La nuova disciplina del potere di controllo a distanza. – 5. Le principali questioni sollevate dalla nuova disciplina. L'individuazione degli strumenti (di lavoro e di registrazione degli accessi e delle presenze) sottratti alla procedura codeterminativa. – 6. (segue) Le principali questioni sollevate dalla nuova disciplina. I controlli a distanza sui comportamenti illeciti dei lavoratori: quale spazio per il controllo occulto? – 7. Il potere di controllo come trattamento di dati personali dei lavoratori. – 8. Il regolamento 2016/679/UE e il principio di *accountability*. – 9. Le implicazioni del regolamento 2016/679/UE sul potere di controllo a distanza. La base giuridica del trattamento. – 10. (segue) le implicazioni del regolamento 2016/679/UE sul potere di controllo a distanza. I principi del trattamento dei dati personali.

1. Il potere di controllo a distanza, nuove tecnologie e tendenza alla tracciabilità informatica della prestazione lavorativa

Il potere di controllo “a distanza” (*alias* tecnologico)¹ del datore di lavoro sull'attività dei lavoratori è tradizionalmente considerata una delle forme di sorveglianza più subdola e pericolosa per la dignità e la libertà dei lavoratori. La sua particolare insidiosità ben si comprende se si considera il carattere anonimo del monitoraggio, idoneo, da un lato, a privare il lavoratore del beneficio della contestazione diretta e del contraddittorio e, dall'altro lato, capace di fornire al datore di lavoro, sorvegliante onniveggente ed invisibile e *dominus* esclusivo

1 L'espressione si riferisce alla possibilità che la tecnologia conferisce al datore di lavoro di acquisire e memorizzare dati sui lavoratori da uno spazio e/o da un tempo diversi da quello in cui il sorvegliato si trova durante il controllo, v. A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 13 ss.

dello strumento di controllo, numerose informazioni sul lavoratore, da cui possono trapelare *prove precostituite* di eventuali infrazioni disciplinari.

Per tali ragioni, l'evoluzione della disciplina del potere di controllo a distanza sull'attività lavorativa ha costituito il paradigma della ricerca di un punto di equilibrio tra i contrapposti interessi: da un lato, vi è quello del datore di lavoro – creditore della prestazione – a riscontrare, grazie alla tecnologia, l'esattezza dell'adempimento del lavoratore nonché ad organizzare i fattori produttivi, scegliendo lo strumentario informatico da introdurre in azienda; dall'altro lato, quello del lavoratore – debitore della prestazione e inserito nell'organizzazione strutturata dal datore di lavoro – a preservare integro il nucleo fondamentale della propria libertà e dignità durante l'esecuzione della prestazione lavorativa e, di conseguenza, a non subire controlli tecnologici onnipervasivi e anonimi.

Il *trade off* tra queste posizioni ha trovato un primo punto di equilibrio con l'emanazione dell'art. 4 della legge 300 del 1970, cd. Statuto dei lavoratori (*infra* § II). Tale equilibrio, come sarà detto (*infra* § III), è stato messo a dura prova da parte del processo, tutt'ora in corso, di evoluzione tecnologica che ha interessato gli ambienti produttivi. Già a partire dagli anni 90, infatti, l'uso sempre più diffuso di *computer* e strumenti informatici, ha messo in luce la potenzialità di queste apparecchiature di tracciare costantemente la prestazione lavorativa e di travalicare la sottile cortina che separa la vita lavorativa e la vita personale del lavoratore.

Con uno sguardo proiettato al futuro prossimo della complessa materia che si tratterà in questo capitolo, non è possibile esimersi dall'osservare che il processo di evoluzione tecnologica non è destinato ad arrestarsi, quanto piuttosto a perfezionarsi ulteriormente, rendendo la sorveglianza digitale sempre più insidiosa e raffinata.

La tendenza alla tracciabilità informatica della prestazione lavorativa potrebbe essere enfatizzata nei prossimi anni dall'implementazione del modello "Industria 4.0.", etichetta coniata dal Governo tedesco², che in letteratura è utilizzata per indicare l'interconnessione dei processi industriali attraverso il collegamento di macchinari che sono in grado di "parlarsi" tra loro. L'interazione costante, circolare, interconnessa e autogovernata dei sensori dell'*internet of things*, di algoritmi e macchinari, conduce alla creazione di processi produttivi e soluzioni organizzative rispetto ai quali il lavoratore è tenuto a trasformarsi in un *blue collar* aumentato, ossia in un super-operaio istruito, specializzato e responsabilizzato a governare ogni eventuale necessità del sistema automatizzato e dei macchinari. Il lavoratore, dunque, può impiegare svariati dispositivi elettronici per collegarsi e intervenire sul processo produttivo, lasciando costantemente

2 M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI, *Il Piano nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica*, in *Labour&Law Issues*, vol. 2, n. 2, 2016, p. 13 ss.

“tracce digitali” del proprio lavoro, che restano impresse nella memoria del processo produttivo.

Al di fuori del cambio di paradigma appena descritto, che interessa il settore industriale, è inoltre doveroso richiamare l'attenzione del lettore sulla diffusione di nuove generazioni di dispositivi che non si limitano più soltanto a disvelare dati quantitativi o qualitativi sulla prestazione lavorativa, ma ambiscono a predire che cosa potrebbe accadere nel futuro alla persona del lavoratore. Il riferimento è alla diffusione dei cd. «*people o HR analytics*», «*workforce analytics*», «*talent analytics*»³ e alla “*Productivity app*”⁴, che stanno diventando progressivamente oggetto di studio da parte della dottrina italiana e d'oltreoceano⁵, poiché attraverso una gamma infinita di combinazioni e correlazioni di dati, sono capaci di originare nuove informazioni predittive che possono rivelare per il futuro, ad esempio, quali soggetti potrebbero soffrire di disturbi alla salute o di forme di stress.

Di fronte a questi scenari, che per il momento costituiscono soltanto la punta di un *iceberg* che è destinato sempre di più ad emergere, si analizzerà la nuova disciplina italiana del controllo a distanza. Il processo d'innovazione tecnologica ha, infatti, recentemente spinto il legislatore, nazionale ed europeo, a riformare questa materia. Da un lato, infatti, il *Jobs act* (art. 1, c. 7, lett. f, l. d. 10 dicembre 2014, n. 183 e art. 23 d.lgs. 151/2015), è intervenuto a rimodellare l'art. 4 St. lav. al fine d'introdurre nel rapporto di lavoro flessibilità funzionale e così diluire le rigidità che avevano caratterizzato il previgente regime. Dall'altro lato, il Regolamento 2016/679/UE sulla protezione dei dati personali delle persone fisiche ha sostituito la Direttiva n. 95/46/CE e, in larga parte, è stata modificata la normativa interna di attuazione, ossia il d.lgs. 196/2003.

Entrambe le regolamentazioni appaiono rivoluzionarie, poiché, da un lato, il Regolamento europeo responsabilizza, per la prima volta, il titolare del

3 Vedi l'interessante rapporto di SHRM *Foundation-Shaping the future of HR*, sponsorizzato da IBM, dal titolo *Use of Workforce Analytics for Competitive Advantage* in cui si evidenzia che le informazioni sulla «*Staff productivity*» costituiscono uno dei beni di cui l'azienda non può privarsi.

4 I. AJUNWA, *Written testimony of Ifeoma Ajunwa*, resa al *Meeting of Public Meeting on Big Data in the Workplace*, 13 novembre 2016, organizzato da EEOC, disponibile sul sito <https://www.eeoc.gov/eeoc/meetings/10-13-16/ajunwa.cfm>. Nell'intervento si sottolinea che «A recent trend in worker monitoring is the use of productivity apps. These computer programs, which now represent an \$ 11 billion industry, have been touted as technology that will revolutionize management and that will lead to greater efficiency in the workplace. Even with all the convenience and perceived accuracy that productivity apps could afford human managers, there remains the issue of whether there is an information asymmetry about such apps that negate consent, and whether the invasive nature of such apps could permanently erode worker privacy and provide opportunities for employment discrimination».

5 E. DAGNINO, *People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *Labour&law Issues*, vol. 3, n. 1, 2017, 4 ss. Si rinvia inoltre per una trattazione più approfondita di questi strumenti a A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari, p. 86 ss.

trattamento, inducendolo a strutturare un'organizzazione tecnologica che sia rispettosa dei diritti fondamentali della persona (obbligandolo in particolare a porre in essere ed essere in grado di dimostrare lo svolgimento di comportamenti proattivi al fine di progettare, organizzare e realizzare «trattamenti» di «dati personali» conformi alla normativa *privacy* e ai principi di trasparenza, minimizzazione e limitazione della finalità) (*infra* § VIII). Mentre, dall'altro lato, il nuovo art. 4 St. lav. fa cadere il tabù, che aveva caratterizzato il regime precedente, dell'inutilizzabilità del dato raccolto attraverso il controllo «a distanza» (*infra* § IV).

Tale incontro “annunciato” non può non essere foriero di nuove questioni assai rilevanti per il tema che si affronteranno nelle pagine che seguono, cercando di mettere in risalto i *nuovi limiti* che il legislatore impone al datore di lavoro nell'esercizio dello stesso.

2. La tutela della libertà e dignità del lavoratore sottoposto alla sorveglianza nell'impianto originario dello Statuto dei Lavoratori. Il vecchio art. 4 l. 300/1970

Lo studio del potere di controllo a distanza non può che prendere le mosse dalla l. 300/1970, il cd. Statuto dei lavoratori, e cioè il primo provvedimento mediante il quale il legislatore italiano ha inaugurato il processo di «costituzionalizzazione dell'impresa» e di valorizzazione della dimensione sociale della fabbrica. Tale legge costituisce l'attuazione del programma, contenuto nell'art. 41, c. 2, della Costituzione repubblicana del 1948 che stabilisce la necessità di bilanciare l'iniziativa economica privata con i diritti fondamentali di dignità e libertà dei lavoratori.

Nel 1970, lo Statuto dei lavoratori limitava, sotto il profilo sostanziale e procedurale, diverse forme di esercizio del potere di controllo del datore di lavoro, come la sorveglianza esercitata per il tramite di guardie giurate (art. 2), di personale di vigilanza (art. 3), di strumenti tecnologici (art. 4), di perquisizioni (art. 6) e d'indagini sulle opinioni politiche, religiose e sindacali dei lavoratori (art. 8)⁶. Tali norme non eliminavano il potere di controllo datoriale, riconoscendo così, implicitamente, la sua indefettibile inerenza alla figura del “capo” dell'impresa (art. 2086 cod.civ.), abilitato a garantire la corretta e tempestiva esecuzione degli obblighi contrattuali e delle regole di disciplina che informano l'organizzazione, ma ne limitavano le modalità di manifestazione anche attraverso l'istituzionalizzazione di un contropotere collettivo che affidava alle rappresentanze dei

6 V. FERRANTE, *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare, a quarant'anni dallo Statuto*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, parte I, n. 1, 2011, 73 ss., p. 74 ss.

lavoratori la partecipazione e, talvolta, una vera e propria codeterminazione, nell'esercizio del potere⁷.

In questo contesto, il vecchio art. 4 St. lav. circoscriveva fortemente il potere di controllo a distanza del datore di lavoro. La norma, nello specifico, vietava l'impiego di «impianti audiovisivi» e di qualsiasi altra «apparecchiatura» allo scopo di controllare a distanza «l'attività dei lavoratori». La dottrina desunse da tale norma il diritto del lavoratore a non essere controllato quando era «in attività»⁸ e il correlativo dovere del datore di astenersi da controlli che riguardassero, non soltanto i comportamenti strettamente strumentali all'adempimento del debito lavorativo, ma anche tutte quelle attività che esorbitavano dal momento tecnico funzionale della subordinazione, le cd. «licenze comportamentali»⁹.

La conseguenza della violazione di tale divieto, sebbene non espressamente regolata dalla disposizione, era, sul piano sostanziale, la inutilizzabilità delle informazioni raccolte illecitamente dal datore di lavoro, che in sede processuale (ma, prima, nel procedimento disciplinare) si traduceva in una regola probatoria che impediva al giudice di ammettere, acquisire e valutare la prova del presunto inadempimento del lavoratore¹⁰.

Al contempo, tuttavia, l'art. 4 St. lav. non negava in radice la facoltà dell'impresa di avvalersi della tecnologia nel processo produttivo. Il secondo comma sanciva, infatti, in apparente contrasto con il divieto posto al comma precedente, che le apparecchiature di controllo a distanza potevano essere installate per comprovate ragioni meritevoli di tutela di tipo organizzativo, produttivo e di sicurezza del lavoro, anche nel caso in cui dalla loro installazione potesse derivare il controllo dell'attività lavorativa.

Il vaglio dell'effettiva sussistenza delle suddette esigenze, nell'ambito dell'unità produttiva della fabbrica in cui s'intendeva procedere all'installazione, era affidato alle rappresentanze sindacali aziendali (RSA). Queste ultime avevano, dunque, il delicato compito di esaminare gli impianti, pianificare eventuali

7 F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 67. Vedi altresì B. VENEZIANI, *I controlli dell'imprenditore ed il contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1975, p. 37 ss.

8 G. GHEZZI, F. LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 30, 1986, p. 369.

9 G. GHEZZI, F. LISO, *op. cit.*, p. 369.

10 Nell'ordinamento processuale-civilistico non esiste una norma generale espressa che determini le cause d'inammissibilità delle prove in giudizio, al contrario di quanto accade nel codice di procedura penale all'art. 191 che stabilisce espressamente l'inutilizzabilità della prova «perché acquisita in violazione dei divieti stabiliti dalla legge». In assenza di una disciplina *ad hoc*, le prove raccolte illegittimamente rientrerebbero nell'ambito delle c.d. prove illecite, categoria di costruzione dottrinale che include le evidenze probatorie formate al di fuori del giudizio «con mezzi illegali o illegittimi, con metodi penalmente illeciti o con atti che comunque comportino una violazione dei diritti individuali costituzionalmente protetti», L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Utet, Torino, 2010, p. 51 ss. e C. GAMBA, *Il controllo «a distanza» delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *Labour&Law Issues*, vol. 2, n. 1, 2016, p. 122 ss.

misure di protezione della riservatezza e dignità dei lavoratori e, in caso di riscontrata conformità degli impianti, negoziarne con il datore di lavoro l'installazione e, soprattutto, le regole d'impiego dei dati raccolti dalle apparecchiature informatiche. Tutti gli accordi sindacali stipulati ex art. 4 St. lav. contenevano una clausola di «inutilizzabilità a fini disciplinari» delle rilevazioni effettuate¹¹.

In difetto di accordo sindacale, la presenza delle suddette ragioni poteva essere validata, in sede amministrativa, dalle Sezioni territoriali delle Direzioni regionali e provinciali del lavoro con un provvedimento che, nel legittimare l'installazione degli impianti, poteva dettarne anche le modalità d'uso.

Infine, a garanzia dell'effettività della disposizione, il legislatore dello Statuto aveva previsto che la violazione del divieto di cui al comma 1 o del regime codeterminativo previsto nel comma 2, integrasse un reato contravvenzionale punibile ai sensi dell'art. 38 St. lav. Si trattava di un reato di pericolo astratto e pertanto, ad avviso della giurisprudenza¹², la condotta incriminata si realizzava già con l'installazione, in assenza di accordo o autorizzazione delle apparecchiature che, anche solo accidentalmente, avessero permesso il controllo a distanza.

3. Le ragioni che hanno portato alla riforma dell'art. 4 St. Lav.

Sul finire degli anni 90, l'introduzione della tecnologia informatica nei luoghi di lavoro ha fatto emergere problematiche giuridiche, ignote nel 1970. Con buona dose di semplificazione è possibile isolare almeno tre questioni legate all'art. 4 St. lav. che sono all'origine della riforma del 2015.

Innanzitutto, la diffusione dei *computer* – che riuniscono in un'unica macchina funzioni prestazionali e funzioni di controllo – ha posto al centro del dibattito la questione dell'applicazione del divieto di controllo a distanza anche a tali strumenti¹³. In altre parole, l'autorizzazione sindacale non riguardava più solamente apparecchiature deputate esclusivamente al controllo¹⁴, esterne rispetto agli strumenti che quotidianamente il lavoratore utilizzava per rendere la

11 A. BELLAVISTA, *Gli accordi sindacali in materia di controlli «a distanza» sui lavoratori*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 8-9, 2014, p. 737 ss.

12 Vedi, da ultimo, Cass. pen. 26 ottobre 2016 n. 45198.

13 R. DE LUCA TAMAJO, R. IMPERIALI D'AFFLITTO, C. PISANI, R. ROMEI (a cura di), *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 1988, *passim*; I. ALVINO, *L'art. 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 4, 2014, p. 999 ss.

14 Tali erano gli strumenti che consentivano di controllare la continuità di funzionamento di un macchinario, di rilevare la quantità di energia elettrica consumata, di registrare le conversazioni del personale. V. G. PERA, *Sub Art. 4*, in C. ASSANTI, G. PERA (a cura di), *Commento allo statuto dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, p. 24 ss., spec. 26, per una rassegna di dispositivi di controllo presenti nella realtà produttiva del 1970.

prestazione, ma anche strumenti essenziali per la continuità del processo produttivo. Parte della dottrina ritenne anacronistico l'art. 4 St. lav. che obbligava l'impresa a negoziare con le RSA i più comuni strumenti di lavoro, quali *computer, tablet*, cellulari ecc. Nella realtà del mondo del lavoro, parecchie imprese hanno mostrato di mal tollerare condizionamenti sindacali sull'informatizzazione dei propri apparati produttivi e, in Italia, per diversi anni i datori di lavoro hanno controllato i comportamenti dei lavoratori con i più svariati strumenti di lavoro tecnologici: dai *computer*, agli *smartphone* e perfino al *social network*¹⁵. La procedura sindacale, invece, era attivata dalle imprese per autorizzare l'installazione d'impianti di videosorveglianza e di sistemi di geolocalizzazione applicati sulle flotte aziendali.

Quanto appena detto consente di formulare una prima osservazione. La casistica giudiziaria formatasi negli anni testimonia che l'attrezzo di lavoro tecnologico permette un controllo qualitativamente più invasivo, perché riguarda, sia l'adempimento della prestazione, sia la sfera personale, e quantitativamente più penetrante, perché lo strumento è utilizzato in orario di lavoro e talvolta anche fuori dal luogo e dall'orario di lavoro e, quindi, il controllo effettuato grazie ad esso è in grado di travalicare la sottile cortina che separa la vita lavorativa e quella privata. Di fronte ai rischi per la riservatezza insiti negli strumenti di lavoro tecnologici appena evidenziati, i lavoratori erano costretti a rinunciare alla tutela preventiva, affidata al sindacato e prevista dalla disposizione, e potevano soltanto sperare di ottenere una tutela giurisdizionale *ex post*, cioè dopo che il controllo avesse prodotto prove digitali a loro carico di presunti comportamenti scorretti sul piano disciplinare.

Tale questione, però, s'intersecò con la seconda criticità emersa nel vigore del precedente art. 4 St. lav.: la giurisprudenza, di merito e di Cassazione, era ondivaga sulla questione della utilizzabilità delle informazioni raccolte e memorizzate illecitamente nelle apparecchiature di controllo, soprattutto quando quelle informazioni erano in grado di provare la commissione di un illecito disciplinare del lavoratore. Merita di essere in proposito ricordato l'orientamento della Corte di Cassazione sui cd. "controlli difensivi"¹⁶. Tale filone, che ha avuto

15 V., se vuoi, A. INGRAO, *Il controllo «a distanza» realizzato mediante social network*, in *Labour&Law Issues*, vol. 2, n. 1, 2016, p. 105 ss. e la casistica ivi citata. In giurisprudenza, è noto il caso giudicato da Cass. 27 maggio 2015, n. 10955 secondo cui è legittimo il controllo «a distanza», compiuto mediante la creazione di un profilo falso di *Facebook* per indurre il lavoratore all'attività di *chat*; quando tale controllo sia volto ad accertare un comportamento «desivo del patrimonio aziendale, sotto il profilo del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti». Cfr., altresì, M. MISCIONE, *I comportamenti privati rilevanti per il lavoro nella rete senza tempi e spazi*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 6, 2017, p. 521 ss.

16 Il primo orientamento della giurisprudenza di legittimità è riconducibile a Cass. 3 luglio 2001, n. 8998, relativa ad un caso di furto di un dipendente ripreso dalla telecamera, non autorizzata, le cui video riproduzioni erano state considerate, sia in primo grado che in appello ammissibili e utilizzabili; Cass. 3 aprile 2002, n. 4746 ha affermato il principio secondo cui

largo seguito nella giurisprudenza dal 2002, riteneva che l'art. 4 St. lav. non dovesse applicarsi a tutti quei controlli diretti ad accertare fatti illeciti commessi dai lavoratori, poiché la norma disciplinava esclusivamente il monitoraggio sull'attività lecita del prestatore. La giurisprudenza si serviva così di un *escamotage* per giustificare l'ammissibilità in giudizio delle prove raccolte dal datore di lavoro in violazione dell'art. 4 St. lav., facendo leva sull'esigenza imprenditoriale di difesa del patrimonio aziendale, sia materiale (un furto), sia immateriale (si pensi all'immagine aziendale accreditata presso la clientela).

In dottrina¹⁷ non mancarono critiche a questo ragionamento giurisprudenziale che produceva un cortocircuito. Era palese, infatti, che il datore di lavoro, seppur mosso dall'intenzione di accertare condotte illecite dei lavoratori, era necessariamente costretto a controllare anche l'adempimento della prestazione lavorativa, finendo per violare il divieto che il legislatore aveva stabilito e il precetto penale posto a garanzia dell'intangibilità dei valori protetti dall'art. 4 St. lav. Inoltre, si sottolineava che il cd. controllo difensivo non poteva che avvenire in modo occulto e all'insaputa dei lavoratori e delle rappresentanze sindacali, con evidente compromissione della dignità dei prestatori sottoposti alla sorveglianza.

«devono ritenersi certamente fuori dall'ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite dei lavoratori, c.d. controlli difensivi». Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, parte II, n. 1, 2013, p. 113 ss. nota di G. SPINELLI, *La legittimità dei controlli datoriali cd. difensivi: certezze apparenti in una categoria dubbia*, che riguardava il caso di un quadro direttivo licenziato da una banca per aver divulgato, a mezzo e-mail, notizie riservate su un cliente dell'istituto bancario e di aver posto in essere, grazie a queste notizie, operazioni finanziarie da cui aveva tratto vantaggio. Sebbene nella motivazione della sentenza sia affermato che l'esigenza di tutela del patrimonio aziendale non può annullare ogni forma di garanzia per i lavoratori e che «non consente di espungere dalla fattispecie astratta i casi di cd. controlli difensivi», nella decisione la Corte ha ritenuto la fattispecie «estranea [rispetto] all'ambito d'applicazione dell'art. 4 st. lav.», visto che la sorveglianza datoriale prescindeva dal controllo dell'attività lavorativa ma era, invece, destinata ad accertare un comportamento illecito che poneva in pericolo l'immagine della società (*id est* il patrimonio aziendale immateriale). Cfr. Cass. 4 aprile 2012, n. 5371 per il caso di un vigilante, dipendente dell'appaltatrice, licenziato, legittimamente, per avere utilizzato a fini di svago le utenze telefoniche della società ospedaliera appaltante, che aveva raccolto i tabulati. Recentemente, cfr. Cass. 27 maggio 2015, n. 10955, *cit.* Anche secondo larga parte della giurisprudenza penale, il controllo per finalità di difesa del patrimonio aziendale non soggiaceva ad alcun divieto e limite e pertanto non era ravvisata inutilizzabilità ai sensi dell'art. 191 c.p.p. delle prove acquisite in assenza di accordo sindacale o provvedimento amministrativo. Ciò in quanto «gli artt. 4 e 38 st. lav. non implicano il divieto dei cd. controlli difensivi del patrimonio aziendale da azioni delittuose da chiunque provenienti», cfr. Cass. pen. 12 luglio 2011, n. 34842, in *Cassazione penale*, n. 4, 2012, p. 1432.

17 Vedi per tutti P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli "a distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", *it*, n. n. 255/2015.

A seguito di tali censure, un secondo filone giurisprudenziale¹⁸ colse la necessità di ricondurre il controllo a distanza per finalità di tutela del patrimonio aziendale nell'ambito applicativo dell'art. 4 St. lav. La conseguenza del nuovo orientamento era che i mezzi di prova digitali della giusta causa di licenziamento potevano essere assunti dal giudice soltanto nel caso in cui il datore di lavoro avesse dimostrato di aver rispettato le regole procedurali, previste dall'art. 4, c. 2, St. lav. Per un verso, questo secondo orientamento ebbe il pregio di riconoscere che la procedura sindacale codeterminativa o, in sua mancanza, quella amministrativa rappresentava una precondizione per l'utilizzo delle informazioni a fini disciplinari. Per altro verso, la giurisprudenza si spingeva ad ammettere, implicitamente, che il controllo a distanza avrebbe potuto riguardare, altresì, l'adempimento della prestazione lavorativa e che, conseguentemente, l'impiego delle prove a fini disciplinari era reso lecito dalla mera autorizzazione all'installazione dello strumento di controllo¹⁹.

La terza ragione di crisi del vecchio art. 4 St. lav. risiede nella sua pressoché assente integrazione con il sistema normativo posto a protezione dei dati personali delle persone fisiche, oggi regolato dal Reg. 2016/679/UE. Su un piano astratto, i due sistemi normativi erano e sono legati da un rapporto di complementarietà. In primo luogo, l'ampia definizione sia di «trattamento» sia di «dato personale» permette di considerare, sul piano ontologico-strutturale, il controllo «a distanza», di cui all'art. 4 St. lav., una *species* di «trattamento automatizzato» di dati personali dei lavoratori. Sul piano assiologico, poi, la complementarietà dei sistemi normativi è comprovata dal fatto che entrambi erano e sono tutt'ora finalizzati a tutelare il medesimo bene giuridico: la dignità, l'autodeterminazione e l'identità della persona sottoposta al controllo-trattamento. Nonostante ciò, per lungo tempo, la disciplina a tutela del diritto alla protezione dei dati personali (contenuta in Italia nel d.lgs. 196/2003 attuativo della Dir. 95/46/CE) è

18 Cass. 17 luglio 2007, n. 15892; Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, parte II, n. 3, 2010, p. 564 ss. che ha dichiarato inutilizzabili dati memorizzati dal programma *Superscout*, relativi alla navigazione internet per fini personali (collegamenti realizzati per pochi minuti e talvolta in pausa pranzo). Cfr. anche la motivazione della contraddittoria Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722 che pur dichiarando di allinearsi all'orientamento *de quo*, nel dispositivo ha ritenuto utilizzabili i dati, reperiti dalla *mail* che provavano la divulgazione di notizie aziendali riservate, quindi un fatto grave, commesso dal lavoratore. Di poco successiva, Cass. 17 aprile 2012, n. 16622, in *Foro Italiano*, I, 2012, c. 3328 ss. secondo cui sono inutilizzabili le informazioni provenienti dal Sistema *Blues* di rilevazione delle chiamate telefoniche per provare che il lavoratore (un operatore di assistenza stradale) aveva effettuato 136 chiamate personali e che la loro durata era conteggiata per un tempo non sufficiente a rispondere alle richieste degli utenti.

19 R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli «a distanza» sul lavoro (art. 23, d.lgs. 151/2015)*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, parte I, n. 1, 2016, p. 87, l'autore riferendosi a Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, afferma che la Corte «sembra quasi non essersi accorta (un caso di *obiter* preterintenzionale?) di stare dicendo, per la prima volta, il non detto dell'art. 4, o comunque il difficilmente dicibile».

coesistita senza interagire con la versione originaria dell'art. 4 St. lav., complice anche l'atteggiamento dei giudici, i quali, soltanto in ipotesi isolate²⁰, hanno verificato il rispetto della normativa in esame per dichiarare inutilizzabili le informazioni raccolte dal datore di lavoro. Di conseguenza, la tutela aggiuntiva di carattere informativo e procedimentale stabilita dalla prima non ha operato con effettività entro le coordinate e i limiti posti dalla seconda.

4. La nuova disciplina del potere di controllo a distanza

Le criticità descritte nel paragrafo precedente hanno mosso il Parlamento a delegare il Governo alla “revisione” della disciplina del controllo tecnologico per modificare la disciplina e renderla adeguata e aggiornata rispetto all'evoluzione tecnologica che ha caratterizzato i luoghi di lavoro. La legge delega (art. 1, c.7, lett. f), l. 10 dicembre 2014, n. 183) è alla base dell'emanazione di una serie di decreti attuativi che hanno inciso profondamente sulla disciplina del rapporto di lavoro, comunemente conosciuti e sinteticamente descritti come *Jobs act*. Di questa complessa disciplina si analizzerà nello specifico la modifica apportata dall'art. 23 del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 che ha sostituito integralmente l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori ed ha recato modifiche all'art. 171 d.lgs. 196/2003 (che prevede la fattispecie di reato applicabile al datore di lavoro che eserciti il potere di controllo in violazione dei limiti previsti dalla disciplina statutaria).

La prima modifica ha riguardato la rubrica della disposizione: la vecchia dizione «Impianti audiovisivi» è stata sostituita da «Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo». Il cambiamento intende sollecitare l'attenzione dell'interprete sull'importanza di includere oggi, nel raggio applicativo della disciplina, qualsiasi strumento che abbia potenzialità di controllo a distanza, anche se in apparenza lo strumento sia volto a soddisfare altre esigenze.

Dall'analisi del corpo della nuova norma si possono ricavare diverse innovazioni che segnano profili di netta discontinuità rispetto al passato. In primo luogo, è stato rimosso il generale divieto di controllo a distanza sull'attività lavorativa contenuto nell'art. 4, c. 1, St. lav. È chiaro che tale rimozione fa sorgere immediatamente la necessità di capire se la nuova disposizione ammetta o meno il controllo a distanza sui lavoratori in attività come «effetto naturale»²¹ del contratto di lavoro. Quale che sia la risposta al quesito, è necessario comunque

20 A quanto consta, nella materia che ci occupa, soltanto Cass. 1* agosto 2013, n. 18443, Trib. Milano 23 giugno 2015 e App. Milano, 4 agosto 2015, entrambe reperibili sul portale *Igiuslavorista.it*, hanno fornito una lettura integrata delle disposizioni giuslavoristiche con quelle della normativa *privacy*.

21 Così Antonello Soro, presidente del Garante per la protezione dei dati personali, in sede di audizione presso la Commissione Lavoro della Camera dei Deputati (9 luglio 2015) e presso la Commissione Lavoro del Senato (14 luglio 2015).

prendere atto dell'articolata disciplina del potere esercitato per conseguire altri fini.

Il primo elemento d'indiscutibile novità rispetto al passato è rappresentato dalla distinzione, operata in seno all'art. 4 St. lav., tra «gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza» (comma 1) e gli strumenti «utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione» e «di registrazione e accesso delle presenze» (c. 2). Tale distinzione è funzionale a sottrarre gli strumenti di lavoro e di registrazione degli accessi e delle presenze dal preventivo vaglio autorizzatorio sindacale o amministrativo²². La disposizione consente, infatti, al datore, di consegnare tali strumenti (salvo intendersi ovviamente su quali strumenti in concreto possano dirsi rientranti in queste categorie) al lavoratore senza confrontarsi preventivamente con le rappresentanze dei lavoratori, ma limitandosi a dare ai singoli lavoratori una informativa adeguata sui controlli, che enuclei le regole d'uso degli strumenti, e ad assicurare il rispetto della normativa *privacy* (*infra* § VII).

Gli impianti di videosorveglianza e gli altri strumenti che permettono di realizzare un controllo a distanza (diversi dagli strumenti di lavoro), viceversa, restano assoggettati alla previgente tecnica di autorizzazione preventiva di natura sindacale o amministrativa. Come detto, essa è rivolta a convalidare in concreto la sussistenza di esigenze capaci di giustificare l'installazione di apparecchiature che possono avere funzione di controllo. Anche la disciplina di questa categoria di strumenti presenta oggi un'innovazione: alle precedenti causali – ossia ragioni organizzative, produttive e di sicurezza del lavoro – ne è stata aggiunta una nuova, che consiste nella «tutela del patrimonio aziendale» (comma 1). L'impiego da parte del legislatore della stessa locuzione di cui si serviva la giurisprudenza sui cd. controlli difensivi ha scatenato il dibattito in dottrina circa la sorte dei controlli sugli illeciti disciplinari. Si discute, come si vedrà, se la nuova norma che sembrerebbe *prima facie* avere esplicitamente confermato che tale tipo di controllo deve essere sempre preceduto da un accordo sindacale e che non può essere occulto, lasci ancora spazio alla legittimità di controlli difensivi svolti al di fuori delle garanzie previste dalla nuova disciplina per esigenze di “legittima difesa” del datore di lavoro.

22 La soluzione costituisce una risposta alla questione dell'obsolescenza tecnologico-informatica del vecchio testo dell'art. 4 St. lav. che è stata già affrontata. E. GRAGNOLI, *Gli strumenti di controllo e i mezzi di produzione*, in *Variazione su temi di diritto del lavoro*, n. 4, 2016, p. 652; M.T. CARINCI, *Il controllo «a distanza» dell'attività dei lavoratori dopo il Jobs Act (art. 23 d.lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, in *Labour&Law Issues*, vol. 2, n. 1, 2016, p. 3 ss.; C. ZOLI, *Il controllo «a distanza» dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, l. n. 300/1970*, in *Variazione su temi di diritto del lavoro*, n. 4, 2016, p. 635 ss., spec. 643. *Contra* M. BARBIERI, *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, p. 193.

Possiamo, a questo punto, dire che la procedura codeterminativa sindacale, nel nuovo regime, costituisce un requisito variabile, dal momento non è più necessaria nell'ipotesi in cui il lavoratore riceva in dotazione gli strumenti di cui al c. 2, e che tale novità denoti una certa sfiducia del legislatore nella capacità del sindacato di negoziare i processi di innovazione tecnologica.

Costituiscono costanti ineludibili di ogni tipo di monitoraggio, a prescindere dal tipo di strumento utilizzato, la consegna al lavoratore di un'«adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli» ed il «rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196» (art. 4, c. 3, St. lav.). La realizzazione delle condizioni sinteticamente descritte consente al datore di lavoro di utilizzare le informazioni raccolte «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro»²³.

Occorre sottolineare un dato rilevante: per la prima volta, una norma contenuta all'interno del titolo I dello Statuto dà rilievo all'ineliminabile sviluppo probatorio della disciplina del controllo, condizionandolo nondimeno al rispetto dell'ordinamento *privacy*, un sistema normativo separato e di origine non lavoristica. Ed è proprio alle regole rivolte alla protezione dei dati personali dei lavoratori per prevenire il rischio d'illiceità del «trattamento» che l'interprete deve necessariamente rivolgere l'attenzione per analizzare i tratti salienti della nuova configurazione del potere di controllo «a distanza» datoriale. Nelle pagine che seguono, dunque, saranno dapprima messe in luce le principali questioni che la nuova disciplina ha fatto emergere e, poi, analizzate le implicazioni che il rinvio al rispetto della disciplina prevista dal d.lgs. 196/2003 produce sul «trattamento dei dati personali» dei lavoratori, disciplinato dall'art. 4 St. lav.

5. Le principali questioni sollevate dalla nuova disciplina. L'individuazione degli strumenti (di lavoro e di registrazione degli accessi e delle presenze) sottratti alla procedura codeterminativa

Conviene concentrare l'attenzione sulle principali problematiche che il nuovo art. 4 St. lav., modificato a seguito del *Jobs act*, ha provocato nel dibattito, sia dottrinale che giurisprudenziale.

23 Secondo I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo «a distanza» dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *Labour&Law Issues*, vol. 2, n. 1, 2016, p. 15 ss. il nuovo art. 4 St. lav. distingue nei primi due commi le regole di installazione degli strumenti mentre nel terzo quelle di utilizzazione delle informazioni. Nello stesso senso, A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli «a distanza», op. cit.*, p. 8, che individua tre fasi temporali di esercizio del potere di controllo: raccolta, memorizzazione e utilizzazione dei dati.

La prima questione che ha suscitato le preoccupazioni della dottrina consiste nella distinzione tra strumenti di controllo e strumenti di lavoro e di registrazione degli accessi e delle presenze (comma 2). Il carattere derogatorio della disposizione ha fatto preconizzare l'ingresso del "Grande Fratello" in azienda²⁴, poiché essa sembrerebbe consentire al datore di lavoro di controllare i lavoratori in assenza, non solo del requisito procedurale, ma, soprattutto, in assenza del rispetto di vincoli causali-finalistici preventivi al controllo. Tale assunto sarebbe confermato dalla previsione dell'utilizzabilità delle informazioni a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro²⁵.

Così, all'indomani della riforma, si è scatenato un dibattito volto a demarcare la linea di confine tra strumenti «che il lavoratore utilizza per rendere la prestazione» e strumenti di controllo puro. Così, sono state elaborate due tesi. Secondo la prima²⁶, cui ha aderito il Garante per la protezione dei dati personali²⁷, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro²⁸ e parte della giurisprudenza di merito²⁹, è strumento di lavoro soltanto il dispositivo, o meglio come suggerito dal Ministero del Lavoro (con nota del 18 giugno 2015), il *software* che risulti indispensabile al lavoratore per lo svolgimento delle mansioni. A questa

24 M. BARBIERI, *op. cit.*, p. 183.

25 M.T. CARINCI, *Il controllo «a distanza» sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. TULLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 54; P. TULLINI, *Il controllo «a distanza» attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione è possibile?*, in EAD (a cura di), *op. cit.*, p. 105 e M. BARBIERI, *op. cit.*, p. 193.

26 M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 52; A. STIZIA, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 Stat. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *Labour&Law Issues*, vol. 2, n. 1, 2016, p. 86. Cfr. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 100-101 secondo cui tra le mansioni svolte dal lavoratore e gli strumenti utilizzati debba sussistere una «stretta correlazione».

27 Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 13 luglio 2016, *Trattamento di dati personali dei dipendenti mediante posta elettronica e altri strumenti di lavoro* [doc. web n. 5408460], con cui si vieta all'università di Chieti e Pescara il monitoraggio massivo delle attività in Internet dei propri dipendenti, attraverso l'utilizzo di *software* che consentivano la verifica costante e indiscriminata degli accessi degli utenti alla rete e all'*e-mail*. Tali sistemi non appartengono al *genus* strumento di lavoro, ad avviso del Garante, perché non risultano «strettamente funzionali» allo svolgimento dell'attività didattica.

28 Circolare INL, n. 2, del 7 novembre 2016 che riconduce all'art. 4, co. 1, Stat. lav. le apparecchiature di localizzazione GPS su auto aziendali in quanto costituiscono un elemento «aggiunto» agli strumenti di lavoro, facendo, però, fa salvi i «casi del tutto particolari».

29 Questa è la tesi di Tribunale Milano 24 ottobre 2017, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2019, p. 303 ss. con nota di G. CASSANO, *Prime pronunce sul nuovo art. 4 l. n. 300/1970*, che si è pronunciato sull'uso di *whatsapp* (da cui si evinceva che la lavoratrice aveva criticato il datore di lavoro) inquadrandolo nell'art. 4, co. 1, Stat. lav. perché considerato un programma "aggiunto" allo *smartphone* e non caratterizzato da un «vincolo di strumentalità» rispetto alla prestazione di lavoro (si trattava di una addetta alla selezione e formazione di *hostess*). Interessante è anche la motivazione di Tribunale Roma, ordinanza, 7 giugno 2018, n. 57668, secondo cui un *software* e la casella di posta elettronica sono strumenti che rientrano nel comma primo poiché anche se hanno funzioni lavorative sono idonee a consentire il controllo a distanza sull'attività lavorativa. Cfr., inoltre, Tribunale Venezia, 23 luglio 2020, n. 198.

interpretazione restrittiva, che si giustifica sulla base della natura derogatoria dell'art. 4, co. 2, Stat. lav., se ne contrappone un'altra – che ha avuto seguito anche nell'altra parte di giurisprudenza di merito sino ad ora pronunciatasi³⁰ – secondo cui lo strumento di lavoro è tale anche se si limiti a facilitare, ottimizzare e semplificare il lavoro, pur non risultando strettamente necessario all'esecuzione delle mansioni.

Il dibattito, che sembra evocare una distinzione quantitativa dell'indispensabilità dello strumento per lo svolgimento delle mansioni, non appare risolutivo della complessità sottesa alla distinzione in esame. La ricerca di un criterio astratto di demarcazione appare un'operazione impossibile poiché, a ben vedere, non esiste una definizione ontologica di strumento di lavoro. Infatti, la scelta circa la funzione da attribuire al singolo strumento che compone l'organizzazione è una libera scelta del datore di lavoro, che costituisce espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dalla Costituzione all'art. 41, comma 2. Come tale, essa può essere sindacata soltanto sotto il profilo dell'assenza di effettive ragioni legittime che comprovano la necessità di introdurre il singolo strumento. Perciò, sarebbe paradossale pretendere di far dipendere la protezione della sfera giuridica del prestatore da una tesi che predica l'interpretazione restrittiva dello strumento di lavoro in modo aprioristico e senza tenere in considerazione le concrete scelte organizzative dell'impresa.

Un esempio può essere utile a chiarire questo passaggio. Il recente utilizzo di braccialetti elettronici indossati dai lavoratori in alcune realtà produttive, come i magazzini di Amazon³¹, dimostra la fallacia dell'interpretazione restrittiva del concetto di strumento di lavoro che ne predica la indispensabilità. Amazon vorrebbe dotare i lavoratori del cd. *Ultrasonic bracelet and receiver for detecting position* per orientarli negli immensi magazzini e per guidare le loro mani grazie ad impulsi ultrasonici e indirizzarle verso lo scaffale su cui si trova il bene da prelevare. Il brevetto depositato prevede peraltro anche il cd. *“feedback tattile”*, attraverso cui il sistema centrale è in grado di comunicare all'indossatore l'eventuale erroneità dei movimenti che sta svolgendo. Ora, a causa di una singolare scelta di *business* dell'azienda, i beni all'interno del magazzino sono collocati in ordine sparso cosicché il lavoratore, senza quel braccialetto, non sarebbe in grado di eseguire la propria prestazione. Anche volendo applicare la tesi restrittiva sopra esaminata,

30 Tribunale La Spezia ordinanza 25 novembre 2016, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2019, p. 303 ss. con nota di G. CASSANO, *Prime pronunce sul nuovo art. 4 l. n. 300/1970*, ad avviso del quale rientrano nel campo di applicazione del comma 2 «anche strumenti, quali la tessera Viacard, non imprescindibili, ma comunque utilizzati dai lavoratori come ausilio allo svolgimento della propria prestazione». In dottrina, I. ALVINO, *op. cit.*, p. 1 ss.; V. PINTO, *I controlli difensivi del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in P. TULLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 146-147.

31 Per uno studio della casistica in materia di braccialetti elettronici vedi se vuoi A. INGRAO, *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, 2019, p. 895 ss.

il braccialetto ultrasonico potrebbe essere dato in dotazione senza diritto dei rappresentanti dei lavoratori di opporsi e di vagliare le reali esigenze d'installazione dell'azienda.

Anche l'identificazione degli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze dei lavoratori è risultata problematica. La norma non si limita, infatti, a sottrarre alla procedura codeterminativa i dispositivi che permettono di registrare le entrate e le uscite dai luoghi di lavoro (i classici cartellini marcatempo), ma la formulazione ampia permette d'includere anche quei congegni idonei a memorizzare dati relativi ad accessi e presenze "fisici" nei locali aziendali, che registrano la mobilità del lavoratore all'interno di aree aziendali predeterminate, quali uffici, reparti, piani, pertinenze ecc. Talvolta, infatti, la limitazione dell'accesso in determinate aree aziendali potrebbe essere doverosa; si pensi all'ipotesi in cui la legge faccia obbligo al datore di lavoro di limitare l'accesso a materiali pericolosi per preservare la salute e la sicurezza dei prestatori.

Non sembra, invece, che la norma consenta al datore di lavoro di registrare continuativamente la presenza e l'accesso del prestatore in aree virtuali, come è stato proposto in dottrina³². L'interpretazione in parola altro non è che un *escamotage* per sottrarre ai vincoli procedurali tutti quei programmi che, consentendo di registrare orario e sito visitato dal prestatore durante la navigazione in internet, permettono di controllarne continuativamente i comportamenti, a discapito del suo diritto alla dignità.

Alla luce di quanto detto, sembra di poter concludere che la vera innovazione, in termini di tutela dei diritti della persona sottoposta a controllo, non è contenuta nella distinzione tra i primi due commi del nuovo art. 4 St. lav. In un'epoca di incessante progresso tecnologico, occorre, piuttosto, concentrare l'attenzione sul doveroso rispetto della normativa *privacy* da parte del datore di lavoro, la quale impone a colui che si serve dei dati raccolti di predeterminare gli scopi legittimi della raccolta e d'informare i lavoratori delle finalità e modalità del controllo.

6. (segue) Le principali questioni sollevate dalla nuova disciplina. I controlli a distanza sui comportamenti illeciti dei lavoratori: quale spazio per il controllo occulto?

Il secondo tema centrale che si è posto, all'indomani della riforma della disciplina sui controlli a distanza, riguarda la sopravvivenza dei cd. controlli difensivi

32 M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, n. 300/2016., p. 23-24. *Contra* C. ZOLI, E. VILLA, *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, in P. TULLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 132-133.

occulti, ossia i controlli a distanza sui comportamenti illeciti dei dipendenti, svolti per tutelare il patrimonio aziendale al di fuori dei requisiti di legge³³.

L'opinione maggioritaria della dottrina ritiene che la novella dell'art. 4 St. lav. abbia definitivamente risolto tale questione. L'espressione «tutela del patrimonio aziendale» compare, infatti, nel nuovo art. 4, c. 1, St. lav. come esigenza presuntiva, che giustifica l'installazione e l'impiego di strumenti di controllo, dimostrando così la volontà legislativa di mettere anche il monitoraggio informatico al servizio della tutela del diritto di proprietà (generalmente inteso) del datore di lavoro sugli *asset* aziendali. Tale ampliamento delle finalità legittime di controllo è controbilanciato, tuttavia, dal dovere del datore di lavoro di ottemperare ad ogni condizione posta dalla nuova disciplina, cosicché, qualora il datore di lavoro non rispetti le regole poste dal nuovo art. 4 St. lav. (la procedura sindacale quando si tratti di strumento di controllo, la informativa e gli adempimenti resi necessari dal Regolamento 2016/679/UE), i dati non potranno essere utilizzati, anche nelle ipotesi in cui le informazioni comprovino la commissione di comportamenti illeciti da parte dei lavoratori³⁴.

33 La questione è stata a livello internazionale affrontata da Corte EDU, sentenza 9 gennaio 2018, *López Ribalda et al. v. Spagna*. Il caso riguardava un supermercato spagnolo a conduzione familiare che, a seguito di consistenti ammanchi di cassa, aveva installato due sistemi di videosorveglianza. Il primo riprendeva, zoomando, la zona delle casse ed era stato installato occultamente per sorvegliare cinque cassieri sospettati di avere commesso furti. Il secondo, invece, puntava all'ingresso e all'uscita del supermercato ed era stato installato, previo avviso ai lavoratori. Grazie ai filmati registrati dalle telecamere occulte, il datore di lavoro individuava i colpevoli, i quali, posti di fronte all'evidenza delle immagini, ammettevano la loro colpevolezza e, dunque, venivano licenziati. Così, questi ultimi – risultati soccombenti in ogni grado di giudizio, sulla base della giurisprudenza spagnola che ha costantemente ritenuto il controllo occulto, realizzato sulle condotte furtive, un rimedio proporzionato (art. 20 *Estatuto de los trabajadores*) nell'ipotesi in cui il datore di lavoro sia in grado di dimostrare di non poter ricorrere ad altri mezzi meno invasivi per tutelare il proprio diritto di proprietà – adivano la Corte di Strasburgo, lamentando sia la violazione dell'articolo 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) sia dell'art. 6 (Diritto ad un equo processo) della Convenzione. La Corte EDU ha osservato che la videosorveglianza occulta sui lavoratori deve essere considerata, in quanto tale, una notevole intrusione nella vita privata. La Corte ha deciso, pertanto che – sebbene nel caso di specie non fosse stato violato l'art. 6 CEDU e che dunque il processo spagnolo non dovesse ritenersi iniquo solo per il fatto che i filmati erano stati acquisiti al processo dai giudici nazionali come prove dei furti commessi, atteso che quelle videoriprese erano accompagnate da altri elementi oggettivi idonei a comprovare l'illecito (prove testimoniali e documentali) – la videosorveglianza occulta violava l'art. 8 CEDU. Infatti, il diritto alla tutela della proprietà aziendale poteva essere salvaguardato esercitando il controllo con altre modalità, non continuative e non occulte. La Corte ha, pertanto, riconosciuto ai ricorrenti il risarcimento del danno non patrimoniale subito, quantificandolo in una somma di 4.000 euro per ciascuno.

34 In questi termini, Tribunale Roma, 13 giugno 2018, n. 57668, Tribunale Torino, 19 settembre 2018, n. 1664 e recentemente, Tribunale Venezia, 23 luglio 2020 n. 198 inedite a quanto consta.

Ciò, tuttavia, non è condiviso unanimemente in dottrina e da una parte di giurisprudenza di merito³⁵. Secondo alcuni autori³⁶, la riforma dell'art. 4 St. lav. non avrebbe affatto creato una sistemazione definitiva per la categoria del controllo difensivo, atteso che una disciplina normativa che subordini la legittimità dei controlli su atti illeciti all'espletamento di adempimenti che possono soggiacere ad un tempo e ad un costo di realizzazione molto elevati, altro non fa che mortificare le «insopprimibili esigenze defensoriali»³⁷ di evitare danni al patrimonio aziendale.

Di qui, la tesi propugna la necessità di isolare *in astratto* una serie di comportamenti offensivi del patrimonio aziendale, per farli fuoriuscire dall'ambito applicativo dell'art. 4 St. lav. e transitare nella categoria civilistica della legittima difesa (artt. 2044 cod.civ. e 52 cod.civ.), al fine di permettere al datore di lavoro l'utilizzo a fini disciplinari dei dati raccolti quando quest'ultimo sia in grado di dimostrare «a) che il controllo difensivo era, allorché fu disposto, essenziale per fronteggiare l'ingiusta aggressione al patrimonio o alla persona; b) l'impossibilità concreta per l'azienda di dare corso in tempo utile alla mediazione sindacale e amministrativa richiesta dall'art. 4 cit.; c) la proporzionalità tra lo strumento di difesa e l'offesa»³⁸.

35 Tribunale Roma, ordinanza, 24 marzo 2017, secondo cui permane la legittimità dei controlli occasionati dalla necessità non differibile di accertare comportamenti scorretti dei lavoratori a fronte del sospetto di un illecito, purché essi non comportino la sorveglianza sull'esecuzione dell'attività lavorativa, ma riguardino «beni estranei al rapporto stesso». Inoltre, v. Tribunale La Spezia, 25 novembre 2016, *cit.*, che disapplica il nuovo art. 4, c. 3, St. lav. (nella parte in cui prevede che il controllo «a distanza» sia preceduto da una adeguata informazione), ritenendo che l'utilizzo a fini personali fuori dall'orario di lavoro di una Viacard non configuri inadempimento della prestazione, ma una «condotta estranea all'attività lavorativa». V., altresì, Tribunale Padova, ord., 19 gennaio 2018, *cit.*, il quale – pur dichiarando inutilizzabili i dati acquisiti dal datore di lavoro in violazione del nuovo art. 4 St. lav. (per il tramite di due applicativi denominati OCA e CCM idonei a tracciare le operazioni compiute dall'operatore di *call center* identificato mediante appositi dati di autenticazione) – in un *obiter dictum* afferma che, qualora il datore di lavoro sia in possesso di «indizi specifici» del compimento di condotte illecite a carico di singoli lavoratori e sia in grado di fornirne in giudizio la prova, residui tutt'oggi «un'area di controlli difensivi leciti».

36 V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità postpanoptica*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 6, 2015, p. 1195 ss. e M. MARAZZA, *op. cit.* p. 18 e ID, *I controlli «a distanza» del lavoratore di natura difensiva*, in P. TULLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 27 ss. che a fronte dell'irrigidimento della disciplina del controllo difensivo auspicano la reviviscenza dell'istituto al fine di non mortificare le esigenze defensoriali delle imprese nei confronti degli illeciti più gravi. Cfr. altresì A. MARESCA, *op. cit.*, p. 9-10, che colloca al di fuori dell'ambito applicativo della nuova norma i «controlli difensivi in senso stretto, mirati ad accertare selettivamente condotte illecite – anche di aggressione al patrimonio aziendale – di cui si presume, in base ad indizi concreti, siano autori singoli (o alcuni) dipendenti, anche se ciò avviene in occasione dello svolgimento della prestazione lavorativa».

37 V. MAIO, *op. cit.*, 1195.

38 V. MAIO, *op. cit.*, 1195.

L'interpretazione in esame non è suffragata, né dalla normativa posta a protezione dei dati personali, né dalla lettera dell'art. 4 St. lav., che non distingue testualmente tra illeciti «occasionalmente, gravi e non altrimenti fronteggiabili» ed illeciti prevedibili. Tanto più che l'istituto della legittima difesa, configurandosi più propriamente come scriminante della responsabilità civile che opera esclusivamente nell'imminenza di un danno grave alla persona (non, invece, di un pregiudizio al patrimonio), non vale a giustificare l'esercizio illecito del potere di controllo «a distanza» scaturito dal costo o dal tempo necessari per il rispetto dei requisiti della norma.

In definitiva, gli atti illeciti, gravi, imprevedibili e non fronteggiabili, attendendo i tempi della procedura sindacale o i maggiori tempi necessari a rendere conforme l'organizzazione alla normativa *privacy*, debbono necessariamente ricadere nel perimetro applicativo della nuova norma, risultando controllabili dal datore di lavoro esattamente negli stessi limiti previsti per il controllo sui comportamenti prevedibili e fronteggiabili. Di conseguenza, a seguito della riforma dell'art. 4 St. lav., la prova dell'espletamento della procedura codeterminativa, quando necessaria (comma 1), di un'adeguata informazione sui controlli nonché della dimostrazione di avere conformato l'organizzazione predisposta per la sorveglianza ai principi del trattamento dei dati personali, costituiscono condizioni imprescindibili di utilizzabilità a fini disciplinari dei dati dei prestatori, da cui il giudice, civile o penale, non può discostarsi.

7. Il potere di controllo come trattamento di dati personali dei lavoratori

Nel corso di questa trattazione si è fatto più volte riferimento alla rilevanza del rinvio che il nuovo art. 4, comma 3, St. lav. fa al sistema normativo posto a protezione dei dati personali, il cui rispetto da parte del datore di lavoro rappresenta nella *mens legis* una condizione di utilizzabilità dei dati personali dei lavoratori raccolti per il tramite di controlli a distanza. Il legislatore lavoristico italiano, dunque, ha deciso di “chiamare in soccorso”, ossia in funzione limitativa del potere di controllo tecnologico, la generale tutela posta a protezione delle informazioni personali, in un clima sociale e tecnologico radicalmente cambiato.

Il rinvio, di carattere dinamico, assicura l'aggiornamento automatico della disciplina lavoristica del controllo tecnologico agli sviluppi dell'evoluzione normativa in materia di protezione dei dati personali che, come noto, è oggi contenuta nel Regolamento 2016/679/EU, conosciuto anche come GDPR (*General data protection regulation*)³⁹. Peraltro, si tratta di un rinvio integrale e, di conseguenza,

39 Dall'abrogazione della Direttiva 95/46/CE (e, conseguentemente, del d.lgs. attuativo di essa 196/2003) da parte del Regolamento 2016/679/EU sulla protezione dei dati delle persone fisiche, infatti, non costituisce un ostacolo all'applicazione, a partire dal 25 maggio 2018, della

tutte le disposizioni rilevanti del Regolamento 2016/679/UE sono incorporate nella disposizione rinviante, ossia l'art. 4 St. lav. Infatti, la norma, a seguito della novella, non procede più alla diretta determinazione di tutta la disciplina applicabile all'esercizio del potere di controllo a distanza, ma la rimette, senza far ricorso a clausole di compatibilità o a deroghe espresse, al sistema *privacy*. La legittimità del potere in questione dipende pertanto dal «rispetto di quanto disposto dall'*intera disciplina contenuta* nel decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196»⁴⁰ (corsivo aggiunto).

L'operazione persegue l'obiettivo di richiamare l'attenzione degli interpreti, dei datori di lavoro e dei giudici⁴¹, sulla necessità di dare effettiva integrazione, mediante una lettura unitaria, ai due sistemi normativi in esame, sul presupposto della loro complementarietà. La cui conseguenza non può che consistere nell'«introiettare» nella materia del controllo datoriale i principi di «trasparenza», «limitazione della finalità», «minimizzazione» e «responsabilizzazione» (art. 5 GDPR), quali regole di disciplina delle operazioni di raccolta e utilizzo dei dati personali dei lavoratori che il datore di lavoro necessariamente compie sui dati personali dei lavoratori.

Il legislatore italiano, in definitiva, sembra essersi avveduto della circostanza che il controllo «a distanza» è uno speciale «trattamento» di «dati personali» dei lavoratori, cui devono applicarsi necessariamente tutte le regole proprie del sistema generale, oltre ai requisiti procedurali direttamente previsti dalla disposizione speciale (l'art. 4 St. lav.). Non resta, dunque, nella trattazione che seguirà, esaminare gli effetti applicativi che da tale nuova configurazione discendono.

8. Il regolamento 2016/679/UE e il principio di *accountability*

Di fronte al progresso tecnologico e alla trasformazione digitale, le istituzioni europee, preso atto che lo scenario giuridico formatosi nel vigore della Direttiva

disciplina contenuta nel Regolamento appena citato (come integrato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento).

40 Non si condivide la tesi di chi considera il rinvio al codice della *privacy* come condizione di legittimità della sola utilizzabilità dei dati e non, invece, dell'esercizio complessivo del potere di controllo. Con la conseguenza che, essendo l'utilizzo delle informazioni un momento solo eventuale del controllo «a distanza», il datore di lavoro non sarebbe obbligato fin dal tempo dell'installazione degli strumenti al rispetto del d.lgs. 196/2003. In questi termini A. MARESCA, *op. cit.*, p. 21. Del pari non si condividono i rilievi di G. PROIA, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, parte I, n. 4, 2016, p. 547 ss., spec. 560 ad avviso del quale il rinvio esplicito al codice della *privacy* evidenzia la specialità della norma giuslavoristica che si pone quale unica regolazione della materia.

41 In questi termini M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 57 e P. TULLINI, *op. cit.*, p. 100.

non era riuscito appieno a garantire che gli obblighi in materia di protezione dei dati si traducessero in meccanismi efficaci atti a fornire una protezione reale per l'interessato, hanno dettato una disciplina nuova, segnando così una significativa svolta in un percorso che è iniziato quasi trent'anni fa. La risposta alla trasformazione digitale è consistita nell'emanazione del Regolamento n. 2016/679/EU «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)»⁴².

Quest'ultimo fa propria una filosofia radicalmente differente rispetto alla precedente Direttiva 95/46/CE, poiché sostituisce al precedente approccio autorizzatorio il principio generale dell'*accountability* o responsabilizzazione del titolare del trattamento. Tale regola si traduce per il titolare del trattamento dei dati personali (ovvero colui che determina finalità e mezzi della raccolta delle informazioni) nell'obbligo generale di assumere comportamenti proattivi per assicurare la protezione della dignità dei soggetti interessati dal trattamento⁴³ e di *essere in grado di dimostrare* l'adozione e l'efficace attuazione di un modello organizzativo, che contempra misure giuridiche, organizzative, tecniche, «adeguate», riguardo alle peculiarità e ai bisogni della singola organizzazione, a garantire l'efficace attuazione delle regole poste dal Regolamento.

Nella materia del controllo a distanza, tale principio obbliga il datore di lavoro ad adottare una strategia organizzativa di stampo preventivo, che sia in grado di incidere sulle impostazioni dei dispositivi *by design* per tutelare la dignità dei lavoratori interessati dal trattamento. A ben vedere, il datore di lavoro è obbligato ad organizzare l'apparato strumentale, che ha capacità di raccogliere, memorizzare e conservare dati personali dei lavoratori, in modo rispettoso dei diritti dei lavoratori, sul presupposto del carattere conformativo della tecnologia

42 Considerato lo strumento prescelto dal legislatore europeo, un Regolamento anziché una Direttiva – che suggerisce, peraltro, che per centrare efficacemente l'obiettivo della protezione dei dati non era più sufficiente per l'Europa l'armonizzazione del diritto degli Stati membri, ma era necessaria l'omogeneità delle legislazioni nazionali – non sarebbe stato necessario alcun intervento del legislatore nazionale. Nondimeno, il legislatore italiano, attraverso una verifica di compatibilità del d.lgs. 196/2003 con le disposizioni regolamentari, all'esito della quale, il codice della privacy è risultato quasi interamente abrogato, ha deciso di trasferirne le disposizioni “superstiti” nel d.lgs. 101/2018. Inoltre, al fine di non creare incertezza fra gli operatori del settore e di non lasciare vuoti di tutela degli «interessati», il legislatore italiano ha scelto di mantenere la continuità, facendo salvi i provvedimenti del Garante e le autorizzazioni, che nel prossimo futuro saranno oggetto di riesame da parte dell'Autorità.

43 Proprio, l'introduzione del dovere del titolare di assumere comportamenti “proattivi” per prevenire la realizzazione di trattamenti illeciti giustifica la scelta del legislatore europeo di differire l'applicazione del Regolamento (entrato in vigore il 4 maggio 2016), concedendo agli operatori del settore un tempo ragionevole, ossia due anni, per conformare le proprie organizzazioni alle nuove disposizioni (art. 99 Reg. e considerando n. 171). Soltanto a partire dal 25 maggio 2018 la Direttiva n. 95/46/CE è stata abrogata (art. 94 Reg.) e sostituita dal Regolamento.

che può ben essere impostata in modo da garantire *by default* il rispetto delle norme regolamentari e, soprattutto, dei principi del trattamento (art. 5 GDPR). Il Regolamento, in altri termini, traspone il modello preventivo già implementato in materia di salute e sicurezza dei lavoratori alla tutela della *privacy*.

L'inadempimento dell'obbligo di *accountability* e, dunque, la realizzazione di trattamenti illeciti, comporta per il «titolare» l'attribuzione di *responsabilità* civili e amministrativa. Quanto a quest'ultima, la politica di deterrenza perseguita dalle Istituzioni europee domanda agli Stati membri il rafforzamento della posizione e dei poteri sanzionatori dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali. L'apparato sanzionatorio di natura amministrativa contenuto nel Regolamento è stato perciò notevolmente potenziato attraverso l'introduzione di sanzioni pecuniarie, non soggette a minimi edittali, ma a soltanto a soglie massime particolarmente elevate, destinate a trovare applicazione sostanzialmente per ciascuna violazione della parte generale del Regolamento.

9. Le implicazioni del regolamento 2016/679/UE sul potere di controllo a distanza. La base giuridica del trattamento

Se il potere di controllo a distanza è un trattamento di dati personali, allora assumono estrema rilevanza i presupposti di legittimità del trattamento dei dati personali⁴⁴, ossia quelle regole generali che condizionano l'utilizzabilità dei dati raccolti attraverso l'esercizio del potere di controllo tecnologico. È introdotto, a ben vedere, un giudizio di conformità del singolo controllo «a distanza» imperniato su una struttura bifasica: il potere è legittimo, in primo luogo, se ricorre un fondamento di liceità del trattamento dei dati normativamente previsto, cd. «base giuridica del trattamento» (art. 6 GDPR) e, in secondo luogo, se è realizzato con modalità operative conformi ai principi del trattamento (art. 5 GDPR). In questo paragrafo sarà analizzata la disciplina delle basi giuridiche del trattamento dei dati personali.

Il fondamento di liceità del potere di controllo «a distanza» sull'attività lavorativa deve essere individuato, come in passato⁴⁵, nel perseguimento di un

44 P. DE HERT, V. PAPA-KONSTANTINOPOULOU, *The New General Data Protection Regulation: Still a Sound System for the Individuals?* in *Computer law & security review*, vol. 32, n. 2, 2016, p. 179 ss.

45 Nel regime della Direttiva 95/46/CE si discuteva circa l'idoneità del consenso del lavoratore a giustificare la raccolta di dati effettuata per il tramite del controllo a distanza. Il Garante della protezione dei dati personali però aveva ritenuto che la regola del monitoraggio consensuale potesse svuotare la tutela che la normativa *privacy* riserva a ciascun interessato e così l'Autorità, avvalendosi della facoltà riservata dall'art. 24, c. 1, lett. g, d.lgs. 196/2003, aveva individuato la base giuridica del controllo a distanza nel «perseguimento del legittimo interesse» che costituiva un'ipotesi eccezionale e derogatoria della regola del consenso. Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, *Lavoro: le linee guida del Garante per posta elettronica e internet*, [doc.

«legittimo interesse» a condizione però che su esso «non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali» del lavoratore «che richiedono la protezione dei dati personali» (art. 6, p. 1, lett. f, GDPR).

La decisione sull'introduzione di uno strumento che incorpora funzioni di controllo a distanza sull'attività lavorativa deve dunque essere la conseguenza di una «scelta ragionata»⁴⁶ del datore di lavoro in ordine al bilanciamento tra il proprio legittimo interesse e i diritti dei prestatori «interessati», volta a stabilire se, alla luce delle coordinate tracciate dall'ordinamento, il beneficio atteso dal monitoraggio – considerate le concrete modalità di realizzazione – non sia recessivo rispetto agli interessi e ai diritti del lavoratore. Resta fermo, naturalmente, il controllo successivo su tale valutazione da parte dell'Autorità Garante e del giudice.

Nell'ordinamento italiano, la cornice normativa entro cui giudicare la «legittimità» dell'«interesse» al controllo è tipizzata direttamente dall'art. 4 Stat. lav.; pertanto, la legittimità e la proporzionalità⁴⁷ di tale scelta dovrà essere valutata dal datore di lavoro preventivamente rispetto all'introduzione dello stesso nell'organizzazione. Tale operazione deve essere svolta nella Valutazione d'impatto *privacy* di cui all'art. 35 GDPR, attraverso cui il titolare del trattamento è tenuto a svolgere una mappatura dell'organizzazione tecnologica e a evidenziare i rischi per i diritti degli interessati indicando, quindi, le misure di mitigazione che intende adottare.

La valutazione circa la sussistenza dell'«interesse legittimo» potrebbe rivelarsi complessa nelle ipotesi in cui il datore voglia introdurre uno strumento che serve a rendere la prestazione o di registrazione degli accessi e delle presenze perché, come è stato detto (*supra* § 5), l'art. 4, c. 2, Stat. lav. non tipizza le condizioni entro cui l'ordinamento giustifica il controllo a distanza sull'attività lavorativa. Ciò, tuttavia, non vale a derogare la regola per cui il trattamento di dati personali deve soddisfare un interesse che, alla luce delle coordinate poste dall'ordinamento, possa dirsi legittimo (6, p. 1, lett. f, GDPR).

La questione da porsi riguarda se sia consentito al datore l'utilizzo di uno strumento tecnologico per eseguire una ricostruzione del comportamento del lavoratore nello svolgimento della prestazione lavorativa.

web n. 1387522] § 7; Id, *Videosorveglianza. Provvedimento generale*, [doc. web n. 1712680] *cit.*, § 4.1. In questi provvedimenti, emanati vigente il vecchio articolo 4 Stat. lav. il Garante aveva affermato che il controllo preliminare delle rappresentanze sindacali sulla sussistenza di esigenze organizzative, produttive e di sicurezza del lavoro, atte a giustificare l'installazione delle apparecchiature di controllo a distanza (che era sempre previsto), costituiva un fondamento di liceità del trattamento che poteva considerarsi equipollente al consenso del lavoratore. Per ulteriori considerazioni sul legittimo interesse a seguito della riforma dell'art. 4 Stat. lav. si rinvia a A. INGRAO, *op. cit.* 110-117 e alla bibliografia ivi citata.

46 In questi termini, v. Gruppo di lavoro *ex art. 29*, parere n. 2/2017 *on data processing at work*, adottato l'8 giugno 2017, WP249, 7 e 14. Cfr. altresì Id, opinione n. 6/2014.

47 A. BARACK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012.

La risposta negativa è supportata da una serie di argomentazioni. In primo luogo, si è convinti che il «legittimo interesse» del datore di lavoro, nelle ipotesi considerate, sia descritto, seppur indirettamente dallo stesso art. 4, c. 2, Stat. lav. Invero, la norma presume che il datore di lavoro dia in dotazione lo strumento di lavoro perché è servente alla produzione. Il trattamento trova la propria «base giuridica» in esigenze “presuntive” riconducibili *lato sensu* alle ragioni organizzative e produttive di cui al c. 1., e non invece all'esigenza di sottoporre la persona ad un controllo che riguarda in modo diretto e primario l'attività lavorativa con l'unica finalità di controllarne la produttività per espellere dall'organizzazione il lavoratore meno produttivo o comunque per riservargli un trattamento contrattuale deteriore.

D'altronde, tale conclusione è supportata dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa R(2015)⁴⁸, laddove, al punto 15.1., stabilisce che «Non dovrebbe essere consentito introdurre e utilizzare sistemi informativi e tecnologie aventi per scopo diretto e primario la sorveglianza dell'attività e del comportamento dei dipendenti». La mancata emanazione di una disciplina settoriale sulla protezione dei dati dei lavoratori ha impedito d'introdurre nel nostro ordinamento i principi della R(2015)⁵, del 1 aprile 2015; non si dubita, tuttavia, che questi ultimi costituiscano efficaci strumenti di orientamento nell'interpretazione della nuova normativa regolamentare.

Oltre a ciò, occorre tenere in debita considerazione che il secondo alinea dell'art. 6, p. 1, lett. f, GDPR, riconosce la legittimità dell'interesse datoriale qualora risulti prevalente sugli interessi e sui diritti fondamentali degli interessati. Non vi è dubbio in proposito che un controllo realizzato all'unico scopo di mettere “sotto pressione” la persona, è incompatibile con la protezione della sua dignità umana. Se un simile tipo di trattamento fosse realizzato, esso difetterebbe di una legittima base giuridica e, pertanto, i dati così raccolti sarebbero inutilizzabili (ai sensi del combinato disposto dell'art. 2-*decies* d.lgs. n. 101/2018 e dell'art. 4, c. 3, Stat. lav.).

10. (segue) Le implicazioni del regolamento 2016/679/UE sul potere di controllo a distanza. I principi del trattamento dei dati personali

Come anticipato, il trattamento di dati personali deve altresì essere conforme ai «principi applicabili al trattamento dei dati personali» (art. 5 GDPR) che esprimono regole destinate a governare le modalità esecutive dello stesso, in continuità con la precedente impostazione della Direttiva 95/46/CE⁴⁹.

48 A. SITZIA, *op. cit.*, p. 671 ss.

49 A. MARESCA, S. CIUCCIOVINO, I. ALVINO, *Regolamento UE 2016/679 e rapporto di lavoro*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale Scientifica, 2018, p. 312 ss.

I principi conformativi del «trattamento» dei «dati personali» (art. 5, p. 1, lett. b, GDPR) assumono un ruolo cruciale nella limitazione della libertà del titolare del trattamento di disporre liberamente dei dati altrui. La concretizzazione di tali regole di principio è destinata ad assumere, altresì, un passaggio essenziale della nuova configurazione del potere di controllo a distanza, poiché il loro rispetto ne condiziona la legittimità e, di conseguenza, il regime di utilizzabilità dei dati raccolti.

L'art. 5 Reg. individua sette principi che determinano le modalità lecite di svolgimento del trattamento dei dati personali, nella fase di acquisizione e in quelle successive. Il Regolamento apporta maggiore chiarezza espositiva rispetto alla Direttiva 95/46/CE, poiché attribuisce un nome ufficiale, indicato in parentesi, accanto a ciascun principio⁵⁰: legittimità, correttezza, trasparenza, limitazione delle finalità, minimizzazione, esattezza, limitazione della conservazione, integrità, riservatezza e responsabilizzazione. Il datore di lavoro è dunque obbligato a *conformare la propria azione* a dette regole che, sebbene non prevedano con precisione quali specifiche azioni debbano essere intraprese, hanno valenza integratrice, concorrendo a delineare la regolamentazione delle modalità di esercizio del potere di controllo a distanza, non altrimenti, tipizzate da norme *ad hoc*.

Tra i principi del trattamento un ruolo chiave assumo i principi di «limitazione della finalità», di «minimizzazione» e di «trasparenza».

Quanto al primo di essi, occorre considerare che qualsiasi trattamento di dati personali deve soddisfare finalità legittime, determinate ed esplicite, e non può poi condurre all'impiego dei dati raccolti per scopi «incompatibili» (art. 5, p. 1, lett. b, Reg.) con quelli *ab origine* fissati e resi noti ai lavoratori nell'informativa (resa oggi obbligatoria dall'art. 4, co. 3, Stat. lav.⁵¹). Sebbene, come si è detto, l'art. 4, co. 3, si riferisca all'utilizzo dei dati «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro», nella logica della normativa a protezione dei dati personali, un trattamento multifunzionale, eseguito cioè a scopo potenzialmente indeterminato, non può essere considerato lecito.

Il datore di lavoro, pertanto, non potrebbe introdurre uno strumento di controllo che registri continuamente dati sull'adempimento della prestazione, sulla velocità, sui tempi di esecuzione del lavoro, sulle pause e sui riposi del lavoratore, per poi utilizzare le informazioni a scopi disciplinari. L'ordinamento italiano non autorizza espressamente un simile controllo continuativo e anelastico, capace di compromettere il diritto alla dignità che è un valore costituzionalmente tutelato (art. 2 Cost.). Peraltro, in questa direzione depongono le indicazioni che provengono dal quadro sovranazionale; si è già sopra ricordato come il

50 P. DE HART, V. PAPA-KONSTANTINO, *op. cit.*, p. 185 che rilevano che nel pregresso regime era presente una certa dose d'incertezza dovuta al fatto che il medesimo principio talvolta era riferibile a differenti situazioni e contesti.

51 Sia consentito su questo punto il rinvio ad A. INGRAO, *op. cit.*, p. 117 ss. e alla bibliografia ivi citata. Cfr. App. Torino, 27 marzo 2017, sul portale *IlGiuslavorista*.

Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa auspichi che gli Stati proibiscano il controllo diretto sul comportamento del lavoratore e «la sorveglianza continuata del dipendente». A questo riguardo, non si può non menzionare un'importante decisione pronunciata dalla Corte EDU sul caso *Antovic e Mirkovic v. Montenegro*⁵², laddove è affermato che il controllo «a distanza» sulla prestazione lavorativa (nella specie, i ricorrenti erano due professori universitari sorvegliati da una videocamera durante lo svolgimento delle lezioni), costituendo una ingerenza nella sfera lavorativa, deve trovare un adeguato e specifico riscontro espresso della sua legittimità nella legislazione nazionale dello Stato aderente alla Convenzione. Tale riscontro non è presente nella legislazione italiana, dove non è testualmente prevista la giustificazione di una siffatta raccolta di dati attuata per scopi disciplinari.

È, invece, legittimo che il datore di lavoro effettui controlli per la tutela del patrimonio aziendale, ossia, come detto, per difendersi da comportamenti illeciti dei lavoratori. L'ampliamento delle finalità di trattamento (autorizzata, come si è detto *supra*, dalla riforma dell'art. 4 St. lav.), nondimeno è controbilanciato, non soltanto dal dovere datoriale di rispettare le regole previste oggi dal nuovo art. 4 St. lav, ma anche i principi di trasparenza e minimizzazione. Il controllo su comportamenti illeciti offensivi del patrimonio aziendale, effettuati per finalità disciplinari, deve essere eseguito nel rispetto del principio di «minimizzazione» (art. 5, par. 1, lett. c). Le modalità concrete di realizzazione del trattamento devono essere improntate a proporzionalità e gradualità nei controlli. A tal fine, il datore è tenuto ad adottare una strategia di prevenzione da cui si evinca che l'organizzazione privilegia misure che siano in grado di prevenire piuttosto che reprimere comportamenti illeciti da parte dei lavoratori. Soltanto a seguito dell'inefficace attuazione di queste ultime, il datore di lavoro potrà procedere al controllo graduale (cioè per reparti, gruppi e così via) dell'attività dei lavoratori, con l'auspicato coinvolgimento delle rappresentanze sindacali, così come previsto dal punto 15 della Raccomandazione (2015)5 del Comitato dei Ministri.

Infine, il principio di «trasparenza» (art. 5, par. 1, lett. a) vale a farci concludere che il controllo occulto svolto all'insaputa dei lavoratori è sempre un controllo illecito. Ogni controllo a distanza presuppone che siano predefinite le regole di utilizzo degli strumenti e corredate con l'avvertimento della specifica finalità che il datore di lavoro intende perseguire con quello specifico trattamento; è necessario, dall'altro lato, che sia limitata l'aspettativa di *privacy* dei dipendenti, i quali hanno diritto ad essere informati sulle finalità (disciplinari) e sulle modalità (*id est* sulla periodicità e intrusività) dei controlli.

52 Corte EDU, 28 novembre 2017, *Antovich e Mirkovich v. Montenegro*, (ric. n. 70838/13).

PARTE II

I diritti sindacali dei lavoratori delle piattaforme digitali in Spagna¹

Fernando Fita Ortega

SOMMARIO: 1. La Costituzione spagnola e la normativa applicabile ai lavoratori delle piattaforme. – 1.1. Libertà sindacale *vs.* diritto di associazione dei lavoratori autonomi. – 1.2. I diritti di azione. – 2. Le difficoltà di esercizio dei diritti collettivi dei lavoratori delle piattaforme. – 2.1. Diversità normativa con una caratteristica comune: la rimozione delle tutele del lavoratore dell'economia digitale. – 2.2. Le difficoltà di esercizio dei diritti collettivi dei lavoratori subordinati che forniscono i loro servizi sulle piattaforme. – 2.3. Le difficoltà di esercizio dei diritti collettivi dei lavoratori autonomi che forniscono i loro servizi sulle piattaforme. – 3. Il cybersindacato come prodotto del lavoro digitale in risposta alla rivoluzione 4.0.

1. La Costituzione spagnola e la normativa applicabile ai lavoratori delle piattaforme

La questione dei diritti sindacali dei lavoratori delle piattaforme digitali in Spagna dipende dalla configurazione del loro rapporto giuridico come lavoratori subordinati, autonomi economicamente dipendenti (TRADE²) oppure come lavoratori autonomi³, in quanto dall'inquadramento giuridico di queste figure dipende la portata e il contenuto di tali diritti.

* La traduzione del presente Capitolo è stata curata dalla Dott.ssa Gaia Morra.

1 Questo scritto costituisce il risultato del progetto di ricerca DER2017-83488-C4-3-R dal titolo "Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital" finanziato dal Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación e dal FEDER.

2 Sullo scenario normativo dal quale è emersa questa nuova figura contrattuale e il suo sviluppo, fino all'entrata in vigore della legge 29/2007 che ne ha disciplinato la fattispecie, v. C. AGUT GARCIA, C. NÚÑEZ GONZÁLEZ, *La protección del trabajador autónomo económicamente dependiente*, in L.M. CAMPS RUIZ, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, T. SALA FRANCO (coord.), *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 479 e ss.

3 Per non estendere eccessivamente l'ambito di questa trattazione, ho volutamente messo da parte le altre forme di organizzazione del lavoro su piattaforma, come le società di lavoratori o le cooperative, nell'ambito delle quali, come nel caso del lavoro autonomo, possono verificarsi fenomeni elusivi per sfuggire all'applicazione delle norme lavoristiche.

Tuttavia, prima di analizzare le possibilità di esercizio dei diritti sindacali da parte di coloro che lavorano attraverso la mediazione delle piattaforme digitali nell'ambito dei menzionati regimi giuridici, è essenziale fare riferimento all'inquadramento giuridico di tali diritti nell'ordinamento spagnolo, al fine di poter analizzare, successivamente, le peculiarità dell'esercizio di tali diritti da parte dei lavoratori delle piattaforme digitali. In questo senso, tra i diritti specificamente riguardanti il lavoro riconosciuti dalla Costituzione spagnola⁴, vi sono i diritti collettivi, tra i quali il diritto di organizzazione sindacale (art. 28.1 CE), il diritto di sciopero (art. 28.2 CE), il diritto alla contrattazione collettiva (37.1 ET) ed il diritto di adottare misure collettive di conflitto (art. 37.2 CE).

1.1. Libertà sindacale vs. diritto di associazione dei lavoratori autonomi

Anche se la Costituzione riconosce la libertà sindacale in modo molto ampio («chiunque ha diritto alla libertà sindacale»), la norma di attuazione di questo diritto ha limitato la sua portata al di là della lettera del precetto costituzionale e dei limiti in esso contenuti⁵, il che è stato avallato dal Tribunale Costituzionale⁶. La Legge Organica n. 11 del 1985 sulla Libertà Sindacale (di seguito LOLS) limita la titolarità del diritto ai soli lavoratori subordinati, nonché a coloro che hanno in essere un rapporto giuridico alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I lavoratori autonomi – e solo se non hanno lavoratori alle loro dipendenze – possono aderire solo alle organizzazioni già costituite, senza essere in grado di formare sindacati che abbiano lo scopo di proteggere i loro interessi e ciò *senza pregiudizio per la loro capacità di costituire associazioni in forza di una normativa specifica*.

Pertanto, per quanto riguarda i lavoratori autonomi, si possono distinguere due situazioni: i lavoratori autonomi con dipendenti al proprio servizio e lavoratori autonomi senza dipendenti. Nessuno di loro può costituire sindacati per la difesa dei propri interessi specifici, ma, mentre i primi non hanno neppure il diritto di aderire ai sindacati già costituiti, i secondi potranno farlo. In ogni caso, l'ultimo paragrafo della prima sezione del terzo articolo della LOLS conferisce

4 Terminologia utilizzata da M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1991, p. 3.

5 L'Art. 28.1 della Costituzione consente alla legge di limitare o escludere l'esercizio di tale diritto per le forze armate o gli istituti o altri corpi soggetti alla disciplina militare, nonché di stabilire particolari forme di esercizio per i funzionari pubblici.

6 Come indicato nelle sentenze della Tribunale Costituzionale dell'8 aprile 1992, n. 52 e del 14 maggio 1992, n. 75, le organizzazioni imprenditoriali non sono titolari della libertà sindacale, in quanto «la “sindacalizzazione dei datori di lavoro” (termini contrapposti) esula dall'ambito di applicazione dell'art. 28.1 della Costituzione, rientrando invece nella generica libertà di associazione di cui all'art. 22 ... in modo che la libertà sindacale è predicabile solo con riguardo ai lavoratori e alle loro organizzazioni, senza che possa includersi l'associazionismo imprenditoriale, che è incompatibile con la natura stessa della libertà sindacale, che è sempre una proiezione della difesa e della promozione degli interessi dei lavoratori» (STC 52/1992).

loro il diritto di aggregarsi in gruppi organizzati, diverso dalla libertà di organizzazione sindacale per la tutela dei loro interessi riconosciuto dall'art. 28.1 della Costituzione: si tratta del diritto di costituire associazioni ai sensi di una specifica legislazione loro dedicata.

Questa legislazione specifica è contenuta negli artt. 19, 20 e 21 della legge n. 20 dell'11 luglio 2007, intitolata Statuto del Lavoro Autonomo⁷. Il primo di questi articoli riconosce, per quanto riguarda il diritto di associazione, la libertà dei lavoratori autonomi di: *a)* aderire al sindacato o all'associazione di imprese di loro scelta, nei termini stabiliti dalla legislazione speciale; *b)* fondare associazioni professionali specifiche di lavoratori autonomi o aderirvi senza autorizzazione preventiva.

a) Libertà di adesione. Essa riguarda la possibilità per i lavoratori autonomi di fare parte di sindacati, associazioni imprenditoriali o associazioni specifiche di lavoratori autonomi, debitamente costituite in conformità, rispettivamente, alla legge organica LOLS e alla Legge n. 19 del 1° aprile 1977 sulla regolamentazione del diritto di associazione sindacale, che rimane in vigore esclusivamente per quanto riguarda le associazioni imprenditoriali⁸; o alla Legge Organica n. 1 del 22 marzo 2002, che disciplina il diritto di associazione⁹.

In questo modo – come anticipato – se il lavoratore autonomo è un datore di lavoro ai sensi dell'art. 1.1 dello Statuto del Lavoro Autonomo – vale a dire, se impiega lavoratori – può scegliere di aderire a un'organizzazione imprenditoriale o di aderire a specifiche associazioni di lavoratori autonomi. Se, invece, non lo è, potrà altresì¹⁰ aderire alle organizzazioni sindacali¹¹.

7 Legge di chiara ispirazione lavoristica, J. GARCÍA MURCIA, *El derecho del trabajo ante el desafío del trabajo autónomo*, AA.VV., *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, cit., p. 451.

8 Disposizione derogatoria della LOLS.

9 L'art. 1.3 di questa legge esclude unicamente dal suo ambito di applicazione, per quanto qui interessa, i sindacati e le organizzazioni datoriali che sono soggette alla relativa e specifica disciplina legislativa.

10 L'affiliazione dei lavoratori autonomi che non hanno alle dipendenze lavoratori subordinati alle organizzazioni datoriali, è spiegata dal fatto che queste organizzazioni perseguono ampi scopi che comportano il superamento del ruolo di semplici interlocutori nel sistema delle relazioni industriali, assumendo la funzione di rappresentare interessi imprenditoriali più ampi, come quello dell'interlocuzione con le autorità pubbliche. Sul punto v. R. ROQUETA BUJ, *Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional*, in *Temas Laborales* n° 114/2012, p. 16.

11 Il diritto di affiliazione sindacale non conferisce ai lavoratori autonomi diritti identici a quelli dei lavoratori subordinati, in quanto, sebbene il lavoratore autonomo possa, come ogni altro associato, esercitare i propri diritti all'interno dell'associazione, la sua attività all'esterno sarà molto limitata, poiché non potrà esercitare le medesime prerogative del lavoratore dipendente, come la contrattazione collettiva (art. 37.1 CE) o lo sciopero (art. 28.2 CE). In questo senso, STC 51/1984, del 25 aprile, nonché R. ROQUETA BUJ, *Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional*, cit., p. 15.

L'esclusione del diritto di associazione delle imprese – e dell'affiliazione ad organizzazioni specifiche di lavoratori autonomi – dall'ambito di applicazione dell'art. 28.1 CE (libertà di associazione) non significa, tuttavia, che il trattamento giuridico di queste organizzazioni non abbia una copertura costituzionale. Così come sottolinea il Tribunale Costituzionale (STC 75/1992) per quanto riguarda il diritto di associazione delle imprese, «la Costituzione impone che la creazione e il funzionamento di queste siano liberi (art. 7) e ciò è garantito al più alto livello di protezione, se non ai sensi dell'articolo 28.1, in virtù della più generica libertà di associazione tutelata dall'articolo 22. In applicazione degli articoli 7 e 22 CE, si deve concludere che la Costituzione garantisce alle organizzazioni delle imprese degli autonomi un'area di immunità dall'azione delle autorità pubbliche che assomiglia molto alle facoltà di organizzazione derivanti dalla libertà di associazione dei lavoratori, tenuto conto dell'assimilazione delle une e delle altre organizzazioni nelle convenzioni ratificate dalla Spagna e, anche, per determinati scopi, in ragione della disposizione derogatoria della Legge Organica sulla Libertà Sindacale».

Ciò implica, quindi, il riconoscimento costituzionale del divieto di ingerenza illegittima dei pubblici poteri nella vita associativa, cosicché, come sottolinea la sentenza sopra citata, gli atti dei pubblici poteri saranno legittimi solo nella misura in cui non comportino un controllo dell'associazione. D'altra parte, è chiaro che anche per le associazioni imprenditoriali – e per le organizzazioni specifiche di lavoratori autonomi – trova applicazione il divieto di discriminazione di cui all'art. 14 della Costituzione spagnola (STC 75/1992).

b) Diritto di costituire associazioni imprenditoriali specifiche o associazioni professionali di lavoratori autonomi. I lavoratori autonomi¹² possono scegliere di creare organizzazioni imprenditoriali ai sensi della legge 19/1977 o associazioni specifiche ai sensi della legge 1/2002. Secondo il primo articolo della legge 19/1977, i datori di lavoro possono costituire, in ogni ambito di attività (ossia l'area dell'attività economica, professione o altro concetto analogo indicato negli statuti) e a livello territoriale o nazionale, le associazioni professionali che ritengono opportune per la difesa dei rispettivi interessi. Tali associazioni, che devono dotarsi di uno statuto, «sono governate in piena autonomia e godono di una tutela giuridica che ne garantisce l'indipendenza rispetto all'amministrazione pubblica, e da qualsiasi atto di ingerenza da parte di questa nei loro confronti» (art. 1.3 ET).

Inoltre, la Legge Organica 1/2002 riconosce agli autonomi il diritto di creare associazioni senza autorizzazione preventiva (art. 2.2) e in forma libera, nel senso che nessuno potrà essere costretto a formare un'associazione, ad aderirvi o a rimanere affiliato, risultando protette le informazioni relative all'appartenenza o meno ad un'associazione legalmente costituita senza che nessuno possa

12 Con un minimo di tre richieste di adesione (art. 5.1 del Regio Decreto 416/2015 del 29 maggio sul deposito degli statuti delle organizzazioni sindacali e commerciali).

essere obbligato a fornire tali informazioni (art. 2.3). Inoltre, la legge prevede che le modalità di costituzione di queste associazioni (che richiede un minimo di tre persone fisiche o giuridiche, art. 5) così come la loro organizzazione e il loro funzionamento, rispettino l'ordinamento giuridico, rappresentato dalla Costituzione e dalle leggi. La loro organizzazione interna e il loro funzionamento dovranno dunque ispirarsi al principio democratico, nel pieno rispetto del pluralismo (paragrafi 4 e 5 dell'art. 2) senza che lo *status* di membro di una particolare associazione sia motivo di favore, di vantaggio o di discriminazione nei confronti di qualsiasi persona da parte delle autorità pubbliche. Tali termini sono simili a quelli impiegati dal LOLS per quanto riguarda l'istituzione dei sindacati e le norme sul diritto di associazione che prevedono requisiti analoghi per l'istituzione dei rispettivi sindacati, associazioni di imprese o associazioni autonome.

Il riconoscimento del diritto di associazione professionale si rinviene negli artt. 19 e ss. della Legge 20/2007, dello Statuto del Lavoro Autonomo¹³ che, tra l'altro, disciplina la determinazione della rappresentatività delle associazioni dei lavoratori autonomi (art. 21) nonché il loro diritto di costituire federazioni, confederazioni o unioni, previo adempimento dei requisiti richiesti per la costituzione di tali associazioni, con l'espreso consenso dei loro organi competenti, nonché il diritto di stabilire i collegamenti che essi ritengano opportuni con le organizzazioni sindacali e le associazioni imprenditoriali.

Il regime giuridico del diritto di associazione dei lavoratori autonomi così concepito è, per lo meno, confuso, dal momento che, come sottolinea García Murcia¹⁴, crea «difficoltà nell'identificare le persone autorizzate o legittimate a compiere le relative attività collettive, un'eccessiva concentrazione di attori nell'assunzione di determinate competenze (con la conseguente necessità di individuare ciascun ambito), e uno squilibrio tra la posizione giuridica e i

13 Legge applicabile alle «persone fisiche che esercitano abitualmente, personalmente, direttamente, per proprio conto e al di fuori della gestione e dell'organizzazione di un'altra persona, un'attività economica o professionale a scopo di lucro, senza occupare lavoratori dipendenti» (art. 1.1)

14 J. GARCÍA MURCIA, *Los derechos colectivos del trabajador autónomo*, in *Actualidad Laboral*, n° 9/2009, p. 3. A questo proposito, l'autore sottolinea le difficoltà di interpretazione del diritto di stabilire vincoli con organizzazioni sindacali e associazioni imprenditoriali, «perché se si trattasse di rapporti "organici", ci si dovrebbe chiedere quale potrebbe essere la differenza tra questa forma di legame e quella che consiste nella creazione, all'interno del sindacato o dell'associazione imprenditoriale in questione, di una federazione o di un sindacato specificamente dedicato ai lavoratori autonomi (o, semplicemente, nell'accordo "federativo" tra queste altre organizzazioni più generali e l'associazione tipica dei lavoratori autonomi). Se invece i collegamenti sono solo transitori o "tattici" (in relazione a una particolare iniziativa) non dovrebbe porsi alcun problema, ma non era neppure necessaria un'indicazione normativa così esplicita e tassativa».

vantaggi reali degli uni e degli altri (il sindacato rispetto, ad esempio, alla specifica associazione)».

	Affiliazione sindacale	Affiliazione ad associazione specifica	Affiliazione ad associazione datoriale	Costituzione di sindacato	Costituzione di associazione specifica	Costituzione di associazione datoriale
Lavoratori subordinati	SI	NO	NO	SI	NO	NO
Lavoratori autonomi senza dipendenti (trade)	SI	SI	SI	NO	SI	SI
Lavoratori Autonomi con dipendenti	NO	SI	SI	NO	SI	SI

1.2. I diritti di azione

Per quanto riguarda i diritti di azione, la Costituzione spagnola riconosce come diritti strumentali alla libertà di associazione il diritto alla contrattazione collettiva (art. 37.1), il diritto di sciopero (art. 28.2) e il diritto alle misure di conflitto collettivo (art. 37.2).

a) *Il diritto alla contrattazione collettiva.* Occorre anzitutto rilevare che questo diritto si configura nell'ordinamento spagnolo come un diritto fondamentale, che in caso di violazione non è suscettibile, tuttavia, di tutela tramite ricorso al Tribunale Costituzionale. Tuttavia, il Tribunale Costituzionale ha compreso che questo diritto è parte essenziale della libertà di associazione, cosicché l'esercizio di tale diritto da parte dei soggetti aventi diritto alla libertà di associazione (le organizzazioni sindacali costituite in conformità alla LOLS) dovrebbe essere riconosciuto come un diritto fondamentale. In questo senso, va ricordato che il Tribunale Costituzionale ha ribadito che il diritto di cui all'art. 28.1 CE «comprende, oltre all'aspetto organizzativo della libertà di associazione, i diritti di attività e i mezzi di azione dei sindacati – sciopero, contrattazione collettiva, promozione dei conflitti – che costituiscono il nucleo minimo e indisponibile della libertà di associazione»¹⁵).

Deve essere altresì ricordato che il diritto alla contrattazione collettiva non è limitato nel diritto spagnolo all'ambito dell'azione sindacale, poiché altri soggetti possono vedersi ugualmente riconosciuto questo diritto in forza di leggi di

¹⁵ STC 175/2004 del 18 ottobre.

rango ordinario. È quanto avvenuto nell'ambito delle relazioni industriali ove la contrattazione collettiva non è affidata in via esclusiva ai sindacati, dal momento che i lavoratori, attraverso le loro rappresentanze elettive, si vedono riconosciuto questo diritto (art. 4.1.c e 82 ET).

Per quanto riguarda il riconoscimento costituzionale della titolarità del diritto alla contrattazione collettiva, l'art. 37.1 della Costituzione¹⁶ lo attribuisce ai lavoratori dipendenti e ai datori di lavoro, in modo che solo questi ultimi ne abbiano diritto. Così, per quanto riguarda i lavoratori autonomi, se sono datori di lavoro, il sistema giuridico spagnolo riconosce loro il diritto di negoziare, ma non come strumento per contribuire a migliorare le loro condizioni di lavoro e di vita o come meccanismo per regolare le loro condizioni di lavoro, ma solo come prerogativa datoriale contrapposta al diritto alla contrattazione collettiva di coloro che sono loro dipendenti¹⁷.

D'altra parte, i lavoratori autonomi che non hanno lavoratori alle proprie dipendenze si vedono riconosciuto, come abbiamo visto, il diritto di aderire ai sindacati dei lavoratori. Questa libertà di associazione, riconosciuta dalla LOLS, è tuttavia limitata, poiché, sebbene dispieghi tutti i suoi effetti dal punto di vista interno, potendo i lavoratori autonomi partecipare al sindacato a parità di condizioni con i lavoratori subordinati iscritti allo stesso, sul piano esterno la sua operatività sarà molto limitata in quanto essa è condizionata dallo *status* professionale del lavoratore autonomo, posto che alcune importanti prerogative, come la contrattazione collettiva, sono limitate al lavoratore dipendente¹⁸.

Per quanto riguarda il riconoscimento giuridico del diritto di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi, sebbene lo scopo dell'associazione dei lavoratori autonomi sia la difesa collettiva e la tutela dei loro interessi professionali, per i quali è riconosciuto loro il diritto di esercitare un'attività collettiva (art. 19.1.c Legge 20/2007¹⁹) le specifiche associazioni dei lavoratori autonomi non sono qualificate come sindacati, per cui gli strumenti di azione collettiva (negoziato, conflitto) che possono utilizzare, anche se per certi versi simili, non sono identici, e non sono tutelati dal diritto fondamentale della libertà di associazione riconosciuto dall'art. 28.1 della CE; il che, tra le altre conseguenze, impedisce il ricorso al Tribunale Costituzionale in caso di violazione di tale diritto.

16 «La legge garantisce il diritto alla contrattazione collettiva tra i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro e la forza vincolante degli accordi».

17 «La legge garantisce il diritto alla contrattazione collettiva tra i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro, così come la forza vincolante degli accordi» (Art. 37.1 CE),

18 R. ROQUETA BUJ, *Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional*, cit. núm., p. 15; J. GARCÍA MURCIA, *Los derechos colectivos del trabajador autónomo*, cit., p. 11.

19 Sebbene l'art. 19.1.c della legge 20/2007 riconosca un diritto individuale di azione collettiva, che riconosce al lavoratore autonomo e non alla sua associazione, configurando un diritto individuale ad esercizio collettivo, l'art. 19.2.c attribuisce a quella stessa regola una dimensione collettiva, proclamando il diritto delle associazioni dei lavoratori autonomi di esercitare la difesa collettiva e la tutela degli interessi professionali dei lavoratori autonomi.

Ciò che giustifica questa diversa portata del diritto di negoziazione dei sindacati dei lavoratori dipendenti rispetto al diritto equivalente delle associazioni di lavoratori autonomi, è l'inesistenza, in questo secondo caso, di una controparte, legata da un rapporto di servizio, contro la quale esercitare i diritti collettivi (negoziato collettivo, sciopero e conflitto), sicché – come si può comprendere – sussiste una ragionevole giustificazione per una regolamentazione giuridica dei diritti collettivi dei lavoratori autonomi che ne affida l'attuazione ai sindacati dei lavoratori dipendenti con i limiti di cui sopra, o alla costituzione di associazioni ai sensi della normativa specifica (CCS 98/1985, del 29 luglio).

Tuttavia, nel caso dei lavoratori economicamente dipendenti (TRADE), è possibile valutare l'esistenza di una controparte verso la quale esercitare pressione per far valere le proprie pretese. In effetti, la dipendenza economica di questi lavoratori li pone in una posizione di debolezza nei confronti del loro *partner* contrattuale. Una situazione in qualche misura paragonabile a quella dei soggetti ai quali si erano rivolte le prime norme lavoristiche, un "diritto del lavoro", i cui beneficiari sono stati perfettamente identificati, avendo in comune la debolezza economica e la dipendenza dal lavoro come mezzo di sussistenza. Per questo motivo, la normativa applicabile a questi lavoratori comporta il riconoscimento di un certo diritto di negoziazione come strumento di tutela in ragione della loro condizione di dipendenza economica.

Come indicato nel preambolo della legge sul Lavoro Autonomo n. 20/2007, il principio dell'autonomia negoziale opera anche tra questi lavoratori e i rispettivi clienti, con la conseguenza che il riconoscimento degli accordi di interesse professionale «non significa trasferire in quest'ambito la contrattazione collettiva, ma semplicemente riconoscere la possibilità di stipulare accordi che vadano oltre il semplice contratto individuale, ma con una efficacia soggettiva limitata potendo vincolare soltanto i firmatari dell'accordo stesso». I soggetti stipulanti possono essere tanto i sindacati, quanto le associazioni professionali che rappresentano i TRADE (art. 13 Legge 20/2007), ovvero quelle a cui tali lavoratori sono affiliati, gli unici, peraltro, che possono essere soggetti all'applicazione di tali accordi ove abbiano prestato in tal senso il loro esplicito consenso (art. 13.4).

Per quanto concerne il contenuto e la portata di questi accordi professionali, occorre notare che gli stessi sono più limitati rispetto ai contratti collettivi di lavoro. In primo luogo, per quanto riguarda il contenuto, rispetto alla libertà di contenuti riconosciuta dall'art. 85 T.E.²⁰, l'art. 13 della legge 20/2007 limita

20 «Nel rispetto della legge, i contratti collettivi possono disciplinare questioni di carattere economico, lavorativo, sindacale e, in generale, qualsiasi altra questione che riguardi le condizioni di lavoro e l'ambito dei rapporti dei lavoratori e delle loro organizzazioni rappresentative con il datore di lavoro e le associazioni imprenditoriali».

la negoziazione esclusivamente alle condizioni riguardanti il contratto²¹ «che determinano il regime professionale dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti (art. 3.2 Legge 20/2007), fermo restando in ogni caso il rispetto dei limiti e delle condizioni stabilite dal diritto della concorrenza». Questo riferimento alla tutela della concorrenza, che non appare nella legislazione lavoristica²², sembra trovare spiegazione nella posizione del TRADE nel sistema economico, il quale interviene sul mercato dei beni e dei servizi alle stesse condizioni in cui operano i datori di lavoro, a differenza dei lavoratori subordinati che operano nel mercato del lavoro²³.

In secondo luogo, per quanto riguarda l'ambito della contrattazione, mentre nella contrattazione collettiva di lavoro non vi è alcun limite se non quello derivante dall'ambito della rappresentatività dei soggetti negoziali – che potrà riguardare anche l'ambito d'impresa, di gruppo di imprese e/o della pluralità di imprese, siano esse provinciali, autonome, interprovinciali o statali – nel caso degli accordi professionali, la questione non è risolta nella misura in cui, in assenza di criteri giurisprudenziali, la dottrina è divisa tra coloro che ammettono la possibilità di accordi di livello superiore all'impresa e coloro – la maggioranza – che ritengono che tale ambito sia impossibile per gli accordi di interesse professionale, tenuto conto dell'impatto che tali accordi avrebbero sulla concorrenza economica, stabilendo condizioni di lavoro obbligatorie per tutti i datori di lavoro che rientrano nel relativo ambito di applicazione²⁴.

In ogni caso, ove i TRADE prestino la propria attività indistintamente per società appartenenti ad un gruppo di imprese, sarebbe possibile concludere un accordo di interesse professionale relativo a tale ambito, sebbene, in questa ipotesi, tutti i datori di lavoro del gruppo dovrebbero negoziare ognuno per proprio conto²⁵ in quanto la legge non consente di negoziare con le associazioni d'impresa.

21 «Gli accordi di interesse professionale ... possono stabilire le condizioni riguardanti modalità, tempo e luogo di svolgimento di tale attività, così come altre condizioni generali della contrattazione».

22 Ciò non significa che la contrattazione collettiva ne sia esclusa, avendo sollevato molti conflitti tra il diritto alla contrattazione collettiva e il diritto alla concorrenza. In ogni caso, il diverso approccio alla questione nei due casi porta a concludere che «l'esenzione tendenziale dell'applicazione delle norme antitrust alla contrattazione collettiva del lavoro non deve necessariamente essere applicata allo stesso modo nei casi in cui la determinazione collettiva delle condizioni di lavoro riguarda i lavoratori autonomi». J.M. GOERLICH PESET, A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, *Los escenarios del conflicto*, in AA.VV. *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, C.E.S., Madrid, 2011, p. 271.

23 *Ibidem*, p. 271.

24 P. NIETO ROJAS, *Los acuerdos de interés profesional. Balance tras diez años del estatuto del trabajo autónomo*, in *Revista de Información Laboral*, n. 3/2018, p. 6 del formato elettronico (BIB 2018\7639).

25 In questo stesso senso, M. F. FERNÁNDEZ LOPEZ, *Los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes*, in *Revista de Derecho Social*, n.º. 42/2008, p. 34. Riconoscendo

	Contrattazione collettiva	Negoziatore di accordi professionali	Contenuto degli accordi collettivi	Ambito di contrattazione
Lavoratori subordinati	SI (possibile efficacia erga omnes)	NO	Ampio (materia lavoristica, sindacale, economica, assistenziale)	Ampio (dall'ambito infraimprese a quello di settore)
Lavoratori autonomi senza dipendenti (trade)	NO	SI (senza efficacia erga omnes)	Limitato alle condizioni professionali	Nei limiti dell'ambito di impresa
Lavoratori Autonomi con dipendenti	SI (come datori di lavoro)	NO		

b) *Il diritto di sciopero e di conflitto collettivo*. Come per il diritto alla contrattazione collettiva, il diritto di sciopero è limitato nella Costituzione spagnola ai lavoratori dipendenti per la difesa dei loro interessi²⁶, ed è configurato dal STC dell'8 aprile 1981, n. 11 come un diritto individuale, *attribuito ai lavoratori uti singuli*, anche se deve essere esercitato collettivamente. Tuttavia, l'art. 19.1.c della legge 20/2007 prevede anche il diritto dei lavoratori autonomi di esercitare un'*attività collettiva* a difesa dei propri interessi professionali. Si tratta di una tutela collettiva con una chiara risonanza conflittuale che va al di là della mera rappresentanza²⁷ e che, pur non potendo essere equiparata giuridicamente allo sciopero, esclude la responsabilità contrattuale per il mancato rispetto degli impegni contrattuali assunti nei confronti dei propri clienti, sebbene possa confliggere con gli interessi e i diritti, anche fondamentali, di soggetti terzi²⁸.

Sul punto non vi è unanimità di opinioni in dottrina poiché alcuni ritengono che il riferimento al diritto di esercitare la difesa collettiva e la tutela degli

la possibilità di accordi settoriali negoziati dalle associazioni di imprese, J. GARCÍA MURCIA, *Los derechos colectivos del trabajador autónomo*, cit., p. 8.

26 L'art. 28, paragrafo 2, CE prevede: "Si riconosce il diritto di sciopero dei lavoratori in difesa dei loro interessi. La legge che disciplina l'esercizio di questo diritto stabilisce le garanzie necessarie per assicurare il mantenimento dei servizi essenziali per la comunità". Il Tribunale Costituzionale, nella sua sentenza 11/1981, ha chiarito che «quando l'articolo 28 parla di sciopero dei lavoratori, lo fa per escludere dalla tutela costituzionale gli scioperi di altri tipi di persone, come i piccoli imprenditori, i lavoratori autonomi e simili».

27 Diritto che si riconosce non solo ai lavoratori, ma anche alle loro associazioni, in modo che sia configurato non solo come diritto individuale – ad esercizio collettivo – ma anche come diritto collettivo (art. 19.2.c).

28 M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes*, cit., pp. 28 e 29.

interessi professionali dei lavoratori autonomi²⁹ si riferisce a misure generiche previste per tutti i cittadini, come il diritto di manifestare, di petizione, ecc., ricordando che il STC 11/1981 dell'8 aprile 1981 si riferiva alla cessazione dell'attività dei «lavoratori indipendenti, lavoratori autonomi o professionisti, che, pur essendo in senso lato lavoratori, non sono subordinati vincolati da un contratto di lavoro retribuito. La cessazione dell'attività di questo tipo di soggetti, se l'attività commerciale o professionale è libera, può essere effettuata senza che alcuna regola riconosca loro alcun diritto, fatte salve le conseguenze relative ai pregiudizi che ne derivano»³⁰.

La verità è che il diritto di sciopero e il diritto di ricorrere agli strumenti del conflitto collettivo si collocano su un piano costituzionale diverso, posto che il modello costituzionale spagnolo non si basa sul principio dell'uguaglianza delle «armi» e tra le misure di conflitto nate nel campo del lavoro e quelle che hanno la loro origine nel settore imprenditoriale (STC 11/1981, 8 aprile, FJ 22). Ebbene, questa argomentazione è confermata dal Tribunale Costituzionale per differenziare il diritto di sciopero dei lavoratori dipendenti da un eventuale diritto di «sciopero» dei datori di lavoro (*lock out* o *serrata*) che riguarda tutto il personale dell'azienda. Sebbene entrambe le misure siano previste come strumenti da utilizzare in una situazione di conflitto, la serrata può essere utilizzata solo come risposta difensiva rispetto allo sciopero dei lavoratori³¹ poiché *in essa non c'è rivendicazione, ma solo una difesa* che evidentemente non può svuotare di significato il diritto costituzionale di sciopero. Da questo punto di vista, la serrata è considerata un *semplice diritto civico* che non può impedire l'esercizio di un diritto fondamentale (STC 11/1981).

In questo contesto, non sembra che l'eventuale riconoscimento del diritto di «sciopero» dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti potrebbe rompere questo schema concettuale. Si potrebbe quindi parlare di un *tertium genus*, situato tra il diritto di sciopero dell'art. 28 CE e il diritto di serrata dei datori di lavoro, in modo che, sebbene la sua regolamentazione non possa ricevere lo stesso trattamento giuridico del diritto di sciopero costituzionalmente regolato, potrebbe consentire di alleviare la responsabilità per il mancato rispetto degli obblighi contrattualmente assunti, ferma restando l'osservanza dei limiti imposti dalle norme in materia di sicurezza pubblica e ordine sociale, analogamente

29 Per tutti, M.T. ALAMEDA CASTILLO, *Un nuevo reto para el derecho de conflictos: el paro profesional reivindicativo*, in *Revista de Derecho Social*, n.º. 84/2018, pp. 187 e ss.

30 R. ROQUETA BUJ, *Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional*, cit. núm., p. 43.

31 Il suo utilizzo è costituzionalmente ammissibile, come afferma il Tribunale stesso nella suddetta sentenza, come esercizio del potere di «polizia» aziendale con lo scopo di garantire l'ordine all'interno dell'azienda in situazioni di pericolo per la vita, l'integrità fisica, le strutture o i beni, a seguito della disorganizzazione provocata dalle misure di conflitto adottate dai lavoratori, a condizione che vi sia una decisa volontà di aprire lo stabilimento una volta venuto meno il rischio.

alla clausola costituzionale relativa alla garanzia dei servizi pubblici essenziali (presenti sia nell'art. 28, 2, CE che nell'art. 37,2 CE) che troverebbe applicazione anche in tale ambito ed anzi con maggiore incidenza rispetto al lavoro subordinato, trattandosi di un diritto privo di rilevanza costituzionale³².

	Diritto di sciopero	Diritto di adottare misure di conflitto	Serrata datoriale
Lavoratori subordinati	SI	SI	NO
Lavoratori autonomi senza dipendenti (trade)	NO	SI	NO
Lavoratori autonomi con dipendenti	NO	SI	SI

2. Le difficoltà di esercizio dei diritti collettivi dei lavoratori delle piattaforme

2.1. Diversità normativa con una caratteristica comune: la rimozione delle tutele del lavoratore dell'economia digitale

Analizzando la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, del lavoro autonomo economicamente dipendente e del lavoro autonomo, è evidente che l'applicazione dell'uno o dell'altro regime giuridico al lavoratore delle piattaforme, condiziona in buona misura lo scopo precettivo della norma, sia nel suo aspetto individuale, sia in quello collettivo di cui ci stiamo occupando. Il tentativo di evitare l'applicazione di una regola meno flessibile in considerazione degli interessi commerciali è una costante in questo e in altri tipi di attività. Da questo punto di vista, l'introduzione nell'ordinamento giuridico spagnolo della figura del TRADE è stata considerata in molte occasioni più come un elemento di fuga dal diritto del lavoro che come un'estensione della protezione del lavoratore autonomo economicamente dipendente (concetto di per sé contraddittorio)³³.

Non sorprende, a questo proposito, che le sentenze intervenute in Spagna sulla questione riguardino, in gran parte, rapporti giuridici inizialmente qualificati come TRADE, verificando se gli stessi abbiano davvero natura di rapporti

32 J. GARCÍA MURCIA, *Los derechos colectivos del trabajador autónomo*, cit., p. 5.

33 M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Sobre las 'fronteras móviles' del derecho del trabajo: los trabajadores autónomos económicamente dependientes*, cit., pp. 465-477, dove l'autore si pone l'interrogativo se la nuova regolamentazione relativa ai TRADE comporti un'estensione della tutela lavoristica alle realtà al di fuori di essa, o, al contrario, l'esclusione dell'ordinamento lavoristico per coloro che non dovrebbero mai essere sottratti alla sua applicazione in quanto lavoratori concretamente impiegati con le caratteristiche distintive tipiche del lavoro dipendente, optando per questa seconda opzione (p. 477).

di lavoro autonomo o se, al contrario, si tratti di rapporti di lavoro subordinato³⁴. Forse la disciplina di un apposito meccanismo negoziale di novazione che regoli la transizione del TRADE al lavoro autonomo e/o subordinato potrebbe contribuire a facilitare la chiarezza e la certezza del diritto in tali situazioni³⁵.

Dunque, la qualificazione del rapporto giuridico tra il prestatore di servizi e il proprietario della piattaforma è decisiva per analizzare la portata dei diritti di tali piattaforme. In ogni caso, e come ho già avuto l'opportunità di sottolineare in altro testo, che siano lavoratori autonomi, autonomi economicamente dipendenti o subordinati³⁶, tutti hanno bisogno di una migliore protezione giuridica che garantisca la prestazioni di servizi con condizioni di lavoro minime, dal momento che la cultura dell'*imprenditorialità* che ha dominato negli ultimi tempi, e che è rafforzata dalle piattaforme, non può condurre a un progressivo deterioramento delle condizioni di vita e di lavoro derivanti da un compromesso al ribasso. Ciò è più urgente, se possibile, nel caso spagnolo, nella misura in cui la relazione *Digital Labour Platforms in Europe* suggerisce che è proprio in tale ambito che il lavoro sulle piattaforme produce il maggiore impatto in termini di occupazione³⁷.

Nei prossimi paragrafi daremo conto del mancato adattamento delle tipologie contrattuali finora esaminate al contesto produttivo caratteristico dell'economia digitale.

2.2. Le difficoltà di esercizio dei diritti collettivi dei lavoratori subordinati che forniscono i loro servizi sulle piattaforme

Cominciando dai lavoratori subordinati, vale la pena notare l'esistenza di evidenti ostacoli alla piena fruizione dei diritti collettivi esaminati in precedenza da parte dei lavoratori delle piattaforme digitali. Tali barriere, che non riguardano

34 Ciò è avvenuto, ad esempio, nei casi sollevati nelle sentenze emesse dal TSJ de Asturias del 25 luglio 2019 (ricorso n. 1143/2019), dal TSJ de Madrid del 19 settembre 2019 (appello avverso la sentenza n. 1143/2019), dal TSJ de Madrid del 19 settembre 2019 (appello avverso la sentenza n. 195/2019), o dal Juzgado de lo Social n. 39 di Madrid del 3 settembre 2008 (sentenza n. 284/2018). A volte il rapporto che vincola il lavoratore all'impresa della cui natura di TRADE si discute, era preceduto da un contratto civile di prestazione di servizio nel quale il prestatore era qualificato come autonomo *strictu sensu*, come nel caso della sentenza del Tribunale Sociale n. 31 di Barcellona dell'11 giugno 2019 (sentenza n. 193/2019). L'uso paradigmatico di questo uso evasivo dei contratti di lavoro può essere rinvenuto nella sentenza del Juzgado de lo Social n. 5 di Valencia, del 10 giugno 2019 (sentenza n. 197/2019).

35 In questo senso, J. CRUZ VILLALÓN, *El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo*, in *Revista de Derecho Social*, n° 83/2018, p. 44.

36 F. FITA ORTEGA, *Los derechos colectivos de los trabajadores en la economía digital: ¿hacia un movimiento obrero digital?*, in *Revista de Direito do Trabalho*, Especial Cielo Laboral 2018 – Uruguay, p. 3 de la versión digital.

37 M.C. URZI BRANCATI, A. PESOLE, E. FERNANDEZ MACIAS, *Digital Labour Platforms in Europe. Numbers, profiles, and employment status of platform workers*, Joint Research Centre, Publications Office of the European Union. Lussemburgo, 2019.

solo il lavoro fornito attraverso le piattaforme, derivano dal mancato adeguamento del canone giuridico del lavoro subordinato all'attuale contesto tecnologico e produttivo. Infatti, lo Statuto dei Lavoratori riconosce i diritti dei lavoratori nel quadro di una specifica relazione produttiva che vede gradualmente ridursi il suo ambito applicativo. Va ricordato che il primo testo dello Statuto dei Lavoratori, dopo la promulgazione della Costituzione spagnola, è stato fortemente ispirato dallo *Statuto dei Lavoratori* italiano del 1970. Si trattava di una legge volta a regolare la condizione dei lavoratori di grandi aziende, come ad esempio la Fiat, all'interno delle quali si erano verificate situazioni di tensione durate il celebre autunno del 1969, passato alla storia come "autunno caldo", ossia l'antecedente storico principale dell'intervento regolativo in materia di diritto del lavoro del 1970. Ciò ha portato all'introduzione di uno standard normativo in Spagna, che già non era in linea con la realtà produttiva che avrebbe dovuto regolare, nel tentativo di superare la crisi petrolifera degli anni 70 e dei successivi processi di ristrutturazione industriale che hanno interessato settori come l'industria siderurgica, navale e mineraria.

Le numerose riforme che si sono succedute da allora nel diritto del lavoro non hanno soddisfatto in modo adeguato la necessità di tenere conto del cambiamento del modello di produzione, e altrettanto può dirsi per l'ultima riforma rispetto alla rivoluzione tecnologica e digitale, tenuto conto che tale riforma si è concentrata solo su alcuni aspetti legati al diritto alla *privacy* o al diritto alla disconnessione digitale³⁸. Come enunciato esplicitamente nella sentenza del Tribunale Sociale n. 1 di Madrid del 4 aprile 2019 (sentenza n. 134/2019) relativa alla qualificazione giuridica del lavoratore delle piattaforme, «il legislatore nazionale tende a procrastinare la soluzione delle nuove sfide offerte dalla realtà sociale, e ciò non solo quando si tratta di regolare i rapporti di lavoro».

a) *Difficoltà poste dalle attuali normative sul lavoro rispetto al pieno sviluppo della rappresentanza dei lavoratori nell'impresa digitale*. Il doppio canale di rappresentanza dei lavoratori dell'azienda che caratterizza il modello spagnolo trova difficile implementazione nella *gig economy*, sia dal punto di vista normativo, che da quello sociologico. Dal punto di vista normativo, per la semplice ragione che il modello di rappresentanza unitaria su base elettiva è progettato per i lavoratori che condividono lo stesso spazio geografico e temporale. Da questa coabitazione nasce la comunità di interessi su cui si basa il modello di rappresentanza unitaria (delegati del personale e comitati d'impresa), permettendo il contatto e la conoscenza tra elettori ed eletti³⁹, costituendo l'immediata relazione tra organi

38 Disciplinati negli artt. da 87 a 91 della Legge Organica 3/2018 del 5 dicembre, sulla Protezione dei Dati Personali e Garanzia dei Diritti Digitali e di cui all'art. 20a del E.T.

39 Motivo per il quale la norma impedisce che siano elettori quelli che sono in azienda da meno di un mese ed eleggibili quelli che non sono in azienda da almeno sei mesi (art. 69 T.E.). Tali requisiti rendono inoltre difficile per questo tipo di società la costituzione di strutture rappresentative su base elettiva, tenuto conto dell'abuso della temporaneità come modalità

di rappresentanza e rappresentati uno dei principi fondamentali della disciplina della rappresentanza sindacale; il che spiega le ragioni per cui la circoscrizione elettorale è costituita dal luogo di lavoro e non dall'azienda, garantendo meglio in questo modo la vicinanza tra elettori ed eletti.

Nella misura in cui non vi è tale collegamento nel lavoro di piattaforma (sia a causa della dispersione geografica di coloro che forniscono i loro servizi attraverso le piattaforme, sia per la rapida rotazione di tale forza lavoro)⁴⁰, si pongono ostacoli che, sebbene non insormontabili, rendono certamente difficile lo svolgimento delle elezioni sindacali. Sarà quindi difficile, anzitutto, definire il luogo di lavoro che dovrebbe costituire la circoscrizione elettorale⁴¹ in modo da definire l'elettorale attivo e passivo, e allo stesso modo sarà difficile determinare lo spazio geografico sul quale la disciplina fonda una serie di previsioni che fungono da garanzia di trasparenza e legalità del processo elettorale⁴² (pubblicazione degli elenchi dei votanti, costituzione del seggio elettorale, locali per il voto). In secondo luogo, il contatto personale che consente l'emergere dell'interesse comune di questi lavoratori sarà ovviamente complicato da realizzare⁴³

contrattuale, che può rendere difficile per i lavoratori raggiungere l'anzianità richiesta per essere elettori ed eleggibili. Ciò è sottolineato da M. L. MOLERO MARAÑÓN, *La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación*, in AA.VV. *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2010, p. 75. Anche A. MEJÍAS GARCÍA, *Elecciones sindicales. El preaviso electoral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 98-99, con riguardo ai contratti e pp. 121 e ss. relativamente all'ETT.

40 In questo senso, H. JOHNSTON, C. LAND-KAZLAUSKAS, *Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy*. O.I.T. *Conditions of Work and Employment Series*, n° 94/2019, p. 1.

41 Garrido Pérez propone la soluzione sicuramente più appropriata, considerando che il posto di lavoro – *digitalizzato* – è quello costituito dall'ambiente spaziale in cui il lavoratore è operativo (*spazio territoriale di funzionamento dell'applicazione*) a cui sono collegati i lavoratori e in cui operano in ragione della registrazione. E. GARRIDO PÉREZ, *La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, in *Revista de Derecho Social*, n° 80/2017, 221. In ogni caso, mi rendo conto che anche questo criterio non risolve completamente il problema, data la variegata realtà del lavoro su piattaforme che, in una delle sue modalità (*crowdsourcing on line*, J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas*, in *Revista de Derecho Social*, n° 86/2019, p.40) permette di fornire un servizio non associato ad una specifica area geografica non richiedendo la fornitura fisica del lavoratore, mentre le norme che disciplinano le strutture di rappresentanza unitaria prendono in considerazione questo riferimento geografico (ad esempio, nel determinare la competenza dell'ufficio pubblico ad intervenire nel processo l'art. 21.2 del RD 1844/1994 del 9 settembre rinvia ai fini dell'approvazione del regolamento agli organismi che rappresentano i lavoratori dell'impresa), senza l'ambito più ampio previsto dalla legislazione (nazionale) possa risolvere la questione, tenuto conto della possibilità che il lavoro su piattaforme superi questa realtà.

42 E. GARRIDO PÉREZ, *La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, cit., p. 223.

43 Si noti che il lavoro sulle piattaforme ha acuito il problema della grave mancanza di armonia tra il diritto di rappresentanza e la realtà produttiva che si era già verificato con la terziarizzazione dell'economia. Su questo tema, si veda l'impatto del decentramento produttivo sulle

in quanto dovrebbe materializzarsi nello spazio indeterminato in cui i lavoratori della piattaforma forniscono i loro servizi⁴⁴.

È quanto dovrebbe accadere se si tiene conto delle tradizionali modalità di azione sindacale in azienda, così come attualmente disciplinate dal nostro diritto del lavoro (diritto ai locali e alla bacheca, art. 81 T.E.). A questo proposito, va notato che da tempo è stata sollevata in tribunale la questione dell'utilizzo dei più moderni mezzi di comunicazione tra rappresentanti e rappresentati (e-mail; pagina web per l'utilizzo sindacale nel dominio dell'azienda ecc.) senza che sia stata normativamente stabilita alcuna disciplina che garantisca e regoli il diritto di azione e il proselitismo sindacale attraverso questi mezzi tecnologici, lasciando la questione nelle mani dei tribunali. In questo senso, la STC 281/2005, del 13 dicembre 2005, ha riconosciuto il diritto di utilizzare tali strumenti di comunicazione purché non sia perturbata la normale attività dell'impresa, né sia pregiudicata la specifica funzione aziendale per lo strumento in questione e né sia pretesa la preminenza dell'interesse sindacale nell'uso dello stesso, «dovendo al contrario, lo strumento di comunicazione essere utilizzato in modo da contemperare il suo utilizzo da parte del sindacato con il raggiungimento dell'obiettivo aziendale che ha dato origine al suo funzionamento, prevalendo quest'ultima funzione in caso di conflitto. A tal fine, sarebbe costituzionalmente legittimo che l'impresa predetermini le condizioni di utilizzo delle comunicazioni elettroniche a fini sindacali, purché non le escluda in termini assoluti». Questa sentenza del Tribunale Costituzionale avvalorava anche la tesi secondo cui l'utilizzo degli strumenti tecnologici aziendali a fini sindacali non può comportare oneri aggiuntivi per il datore di lavoro, *aggravandone significativamente i costi*⁴⁵.

strutture di rappresentanza, cfr. F. FITA ORTEGA, *La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa*, in *Documentación Laboral*, n.º 107/2016, pp. 29-46.

44 Ciò è evidente, ad esempio, nello studio sviluppato all'interno del sindacato U.G.T., *El trabajo en las plataformas digitales de reparto*, in AA.VV., *Studi*, n. 1/2019, 6 settembre, p. 78, in cui si osserva che, in assenza di un posto di lavoro, i lavoratori sono stati contattati nei punti di incontro più rilevanti che essi stessi hanno utilizzato per condividere esperienze, come i principali ristoranti fast food. In questo modo, i punti "naturali" di riunione hanno rappresentato l'ambito di origine del movimento di rivendicazione, v. C. BOSSEN, *The Chicago Couriers Union, 2003–2010: A Case Study in Solidarity Unionism*, in *The Journal of Labor and Society*. Vol. 15/2012, p. 202.

45 Seguendo questa dottrina, la STS de 17 maggio 2012 (ricorso n. 202/2011) ha escluso una eventuale lesione del diritto alla libertà sindacale in caso di fronte del rifiuto dell'impresa di concedere ai sindacati l'uso della posta elettronica e della rete intranet quando la loro richiesta implica che l'azienda fornisca un account di posta elettronica ai lavoratori dell'azienda, nonché ai membri delle rappresentanze dei lavoratori, costringendo l'azienda ad adottare un sistema di comunicazione elettronica fino a quel momento inesistente. Né questa sentenza configura come una lesione della libertà sindacale il rifiuto dell'azienda di facilitare l'uso da parte dei rappresentanti dei lavoratori dell'intranet già esistente, in quanto tale strumento non è creato come veicolo di comunicazione tra il personale e l'uso per gli scopi proposti dai

In secondo luogo, dal punto di vista sociologico, le difficoltà derivano da una doppia circostanza. Da un lato, è noto che il precario legame tra i lavoratori e le loro piattaforme (tempo parziale e assunzione temporanea) scoraggia l'affiliazione sindacale⁴⁶, sia perché conduce ad una scarsa integrazione nell'azienda, ostacolando – come già osservato – l'emergere di una comunità di interessi, sia per il timore di ritorsioni da parte dell'impresa come il mancato rinnovo dei contratti. Dall'altro lato, vi è un netto rifiuto da parte dei lavoratori, soprattutto i più giovani, con una carriera lavorativa segnata dalla precarietà, nei confronti delle tradizionali forme di organizzazione sindacale⁴⁷ che rende ancora più difficile la penetrazione del sindacato tradizionale in questo settore di attività⁴⁸. A causa della scarsa affiliazione sindacale e della scarsa accettazione del sindacato tradizionale tra i lavoratori della *gig economy*, è complicato dare attuazione alle tradizionali figure sindacali di rappresentanza in azienda (sezioni e delegati sindacali⁴⁹). E tutto ciò senza considerare la possibile mancanza di coscienza di classe da parte di coloro che forniscono i loro servizi sulle piattaforme⁵⁰, che

sindacati richiederebbe un intervento di ristrutturazione e di adattamento con i costi che ciò comporta.

- 46 In questo senso, H. J. SIMÓN, *¿Qué determina la afiliación a los sindicatos en España?*, in *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 41/2003, p. 80.
- 47 F. ROCHA SÁNCHEZ, *La intervención de los sindicatos de clase en la economía de plataformas*, in *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, n° 5, pp. 87 e 88. Questa conclusione non è compromessa dalla valutazione positiva dei sindacati da parte dei lavoratori delle piattaforme contenuta nella relazione *Digitalisation and Workers Participation: what Trade Unions, Company level workers and online platform workers in Europe think*, (E. VOSS, H. RIEDE, ETUC, Settembre, 2018, p. 50) e questo perché, come si dice nel report, i lavoratori della piattaforma intervistati si trovavano ad eventi organizzati dai sindacati.
- 48 I tassi di sindacalizzazione sono già bassi in Spagna a causa di una serie di fattori: dall'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi (negoziati secondo le disposizioni del Titolo III del T.E.T.) all'esistenza di una crisi istituzionale del sindacato, motivata dai suoi stessi errori e amplificata dagli interessi di una classe dirigente neoliberale per la quale il sindacato è un ostacolo al radicamento di tali politiche. A questo proposito v. F. FITA ORTEGA, J. M. GOERLICH PESET, *Sindicalismo y acción sindical en el siglo XXI: Crisis económica y transformación del modelo productivo*, in *Revista do Direito do Trabalho*, 2018, pp. 133-150.
- 49 D'altra parte, le soglie numeriche alle quali si riferisce la normativa lavoristica per attribuire determinati diritti e garanzie a questi rappresentanti sindacali ne rendono difficile anche la creazione (art. 8 e 10 del LOLS). In ogni caso, tali difficoltà non impediscono l'istituzione di sezioni sindacali da parte dei lavoratori, come nel caso della sezione sindacale costituita presso l'impresa *Deliveroo* da parte della cosiddetta Federación de Otras Actividades-Intersindical Alternativa de Cataluña alla quale si riferisce la sentenza del SJS. 31 Barcellona dell'11 giugno 2019 (sentenza n. 139/2019).
- 50 Non sembra, in ogni caso, che si tratti di un problema riguardante solo il caso spagnolo. Secondo lo studio elaborato dall'*Unidad de Servicios Estadísticos y Consultoría* (SSCU), Università dell'Hertfordshire, pubblicato il 29 marzo 2019, *Huella Digital: La plataforma del trabajo en Europa*, dal momento che molte piattaforme online usano il termine "*independent contractor*" per descrivere i lavoratori che utilizzano i loro servizi, l'indagine ha esaminato anche la misura in cui i lavoratori delle piattaforme sono stati qualificati come indipendenti: di tutti i lavoratori della piattaforma, solo il 6,1% ha ottenuto questa qualificazione, salendo al 7,8% tra coloro

rende ancora più difficile l'emersione del movimento dei lavoratori⁵¹. La difficoltà di realizzare le strutture di rappresentanza sindacale in azienda non deriva quindi dall'articolazione normativa dei livelli di rappresentanza, dati gli ampi poteri di autonomia organizzativa sindacale riconosciuti nella legislazione (arte. 2.2 e 4 del LOLS), ma dagli ostacoli che il sindacato deve affrontare per essere presente in azienda⁵².

In ogni caso, il tradizionale sindacato di classe non rinuncia – ovviamente, perché non può e non deve farlo – a rappresentare la collettività dei lavoratori delle piattaforme digitali⁵³. In questo senso, il sindacato ha imparato dai movimenti di rivendicazione 4.0 e, facendo eco alle richieste dei lavoratori delle piattaforme⁵⁴, ha iniziato ad utilizzare gli strumenti digitali per promuovere l'attività sindacale e per ristrutturarsi al suo interno con l'obiettivo di favorire le condizioni per l'affiliazione sindacale dei lavoratori non standard⁵⁵. I sindacati maggiormente rappresentativi a livello statale (Unión General de Trabajadores -U.G.T.- y Comisiones Obreras -CC.OO.-), quelli semplicemente rappresentativi (Central Sindical de Funcionarios: C.S.I.-C.S.I.F., tra gli altri) o i sindacati non rappresentativi ai sensi del l'articolo sesto della legge organica del 2 agosto 1985, n. 11, sulla libertà sindacale (Unión Sindical Obrera: U.S.O., o, per esempio, Central General del Trabajo: C.G.T.) hanno iniziato a sviluppare applicazioni per facilitare la comunicazione con i loro membri e, in questo modo, l'azione sindacale⁵⁶.

b) *La contrattazione collettiva nell'economia digitale*. Neppure la procedura di stipulazione dei contratti collettivi per i lavoratori delle piattaforme digitali è priva

che svolgono il lavoro di piattaforma almeno una volta alla settimana, e il 7,6% tra coloro che guadagnano almeno la metà del loro reddito dal lavoro sulla piattaforma (p. 12).

51 F. FITA ORTEGA, *Los derechos colectivos de los trabajadores tras las últimas reformas en España: ¿Hacia un cambio de modelo de relaciones laborales?*, in F. ZAVANELLA, M. OLIVEIRA ROCHA (coord.), *O primeiro ano de vigência da lei n. 13.467/2017 - reforma trabalhista* -, LTR, Sao Paulo, 2018, p. 148.

52 Tuttavia, le interrelazioni della LOLS con la E.T. al fine di riconoscere determinati diritti e garanzie alle sezioni sindacali sottolineano ancora una volta l'importanza di ancorare gli stessi ad uno spazio fisico per la creazione di organizzazioni rappresentative degli interessi dei lavoratori provviste di pieni poteri. Su punto v. E. GARRIDO PÉREZ, *La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, cit., pp. 225 e 226.

53 Nel caso dell'U.G.T., ad esempio, le azioni nei confronti delle piattaforme di *delivery* sono state originate dall'abbondanza di richieste di consulenze ricevute attraverso "Your Union Response", uno strumento nato nel settembre 2017 attraverso il quale il sindacato si è avvicinato e si è reso disponibile ai lavoratori sulle piattaforme digitali (www.turespuestasindical.es, ultimo accesso, 11 novembre 2019).

54 E. VOSS, HANNAH RIEDE, *Digitalisation and Workers Participation*, cit., pp. 43- 45.

55 H. JOHNSTON, C. LAND-KAZLAUSKAS, *Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy*, cit., p. 7.

56 U.G.T. ha scelto di affiliare e organizzare i lavoratori di alcune piattaforme (*riders* di reparto) in collaborazione con altre organizzazioni od organizzazioni emergenti tra i lavoratori, costituendo, ad esempio, sezioni sindacali con i lavoratori di Glovo nelle province di Malaga e Saragozza. Sul punto v. AA.VV., *El trabajo en las plataformas digitales de reparto*, cit., p. 78.

di difficoltà nell'attuale contesto. Il che, in verità, non significa che sia impossibile. Ad oggi, l'unica esperienza di contratto collettivo che riguarda i lavoratori delle piattaforme, è la recente modifica del *V Acuerdo Laboral* per il settore alberghiero e della ristorazione, approvato con delibera del 19 marzo 2019 della Dirección General de Trabajo (B.O.E. del 29 marzo 2019), con la quale è stato modificato l'ambito applicativo del relativo contratto in modo da comprendere l'attività di distribuzione di alimenti e bevande svolta dalle piattaforme digitali⁵⁷, con la corrispondente necessaria modifica del sistema di classificazione professionale per includere l'attività di distributore di alimenti e bevande attraverso piattaforme digitali⁵⁸. In realtà, non si tratta di un accordo collettivo, ma di un accordo quadro, negoziato ai sensi dell'art. 83.2 E.T. con l'obiettivo di stabilire la struttura della contrattazione collettiva del settore, riservando alcune materie (come il regime disciplinare) al livello contrattuale settoriale statale.

L'accordo è stato sottoscritto, dal versante dei lavoratori, dai sindacati CC.OO. e U.G.T. e da C.I.G. (Central Sindical Galega, il sindacato più rappresentativo della Comunità Autonoma). Dal versante datoriale, hanno firmato la Confederación Empresarial de Hostelería de España (Hostelería de España) e la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT). La legittimazione sindacale per includere i lavoratori del settore che operano attraverso le piattaforme non pone alcun problema – in quanto i firmatari sono sindacati rappresentativi, ai quali viene concesso, in virtù della loro maggiore rappresentatività, questo potere (art. 87.2 E.T.) –, né appare problematico il fatto che, dal versante dei rappresentanti delle imprese, non vi sia alcuna specifica rappresentanza dei datori di lavoro del settore alberghiero e della ristorazione che operano attraverso piattaforme⁵⁹, dal momento che ciò che legittima un'organizzazione a sottoscrivere un contratto collettivo legalmente vincolante è il

57 Pertanto, nell'art. 4 (ambito funzionale) è indicato che «il servizio di consegna di pasti preparati e bevande, a piedi o con qualsiasi tipo di veicolo che non richiede un'autorizzazione amministrativa prevista dalla normativa sui trasporti, è considerato incluso nel servizio fornito dallo stabilimento stesso o per conto di un'altra impresa, anche attraverso o per mezzo di piattaforme digitali».

58 Il risultato della contrattazione collettiva nell'ambito considerato fino ad oggi è quindi molto limitato. Non solo perché esiste un solo contratto collettivo che si riferisce a questi lavoratori, ma anche perché questo accordo si limita ad includere i lavoratori delle piattaforme nel suo campo di applicazione, senza prevedere alcuna disposizione specifica per coloro che forniscono i loro servizi attraverso queste piattaforme; il che, date le peculiarità dell'attività svolta, può rendere molto complicata l'applicazione effettiva delle disposizioni del contratto (cosa si deve considerare come mancanza di diligenza o puntualità nel caso di lavoratori che forniscono o organizzano i loro servizi attraverso le piattaforme?).

59 Esistono già organizzazioni imprenditoriali che riuniscono aziende che operano su più piattaforme, come *Adigital*, la cui ambizione è quella di rappresentare il settore dell'economia digitale, <https://www.adigital.org/quienes-somos/> (ultimo accesso 11 novembre 2019).

raggiungimento di una certa rappresentatività in relazione all'attività svolta⁶⁰, e non i mezzi attraverso i quali la stessa è organizzata (la piattaforma, in questo caso).

Più complicata sarà la sottoscrizione di un accordo da parte di specifici rappresentanti unitari o sindacali dei lavoratori delle piattaforme. Nel caso di accordi firmati da rappresentanti unitari eletti – come già evidenziato sopra – lo svolgimento delle elezioni sindacali incontrerà numerosi ostacoli, rendendo difficile l'esistenza stessa di questi rappresentanti. Nel caso dei rappresentanti sindacali, invece, i problemi nascono dal fatto che la loro costituzione secondo la disciplina legale è ancora in una fase embrionale. Questa situazione può essere controproducente per le imprese proprietarie delle piattaforme che intendano dissociarsi dagli accordi di settore che includono questi lavoratori nel loro ambito di applicazione, poiché dovranno trovare un interlocutore valido con cui negoziare un accordo aziendale che agevoli il raggiungimento di questo obiettivo, senza violare il principio di corrispondenza che deve essere rispettato tra l'ambito di applicazione dell'accordo e l'ambito di rappresentanza del soggetto negoziale, come è avvenuto nelle imprese di servizi spagnole⁶¹.

Tale ultima questione pone in rilievo un altro problema relativo alla rappresentanza dei lavoratori delle piattaforme, che riguarda la possibile emersione di sindacati gialli, ovvero le organizzazioni sindacali sostenute dalle imprese che garantiscono alle stesse la rappresentatività. È il caso, secondo quanto riferito dalla U.G.T.⁶², dell'Associazione *Asoriders*, che si presenta come un «collettivo di corrieri che prestano la propria attività per diverse società di distribuzione come liberi professionisti», e che, nel giudizio innanzi alla Tesorería de la Seguridad Social contro *Deliveroo*, è comparsa al fianco dell'azienda (il che conferma la sua denominazione di organizzazione di «lavoratori» autonomi).

Dinanzi a questo panorama, trova conferma che le modifiche derivanti dall'utilizzo delle piattaforme come strumenti di organizzazione del lavoro conducono, quanto meno nella fase attuale, ad un rafforzamento del ruolo della contrattazione individuale nella definizione delle condizioni di lavoro. Una contrattazione in cui il prestatore di servizi si limita ad aderire ad un contratto precedentemente redatto dall'azienda secondo un modello standardizzato, in cui è difficile introdurre qualsiasi modifica e in cui, tra gli altri aspetti, è prassi

60 L'ambito geografico e funzionale dell'accordo, indicato dall'art. 87.3.c, riconosce la rappresentatività per la negoziazione di tali accordi, per la parte datoriale, alle «associazioni imprenditoriali che, nell'ambito geografico e funzionale dell'accordo, rappresentano il dieci per cento dei datori di lavoro, come stabilito dall'art. 1.2, a condizione che impieghino la stessa percentuale dei lavoratori interessati, ed alle associazioni imprenditoriali che impiegano il quindici per cento dei lavoratori interessati».

61 Per tutti, STS del 22 novembre 2016 (appello n. 20/2016).

62 AA.VV., *El trabajo en las plataformas digitales de reparto*, in *Estudios*, n°. 1/2019, del 6 settembre, p. 81.

comune vietare ai lavoratori di utilizzare una determinata terminologia tipicamente associata al lavoro subordinato⁶³.

Non appena si potrà restituire alla contrattazione collettiva il ruolo di strumento di determinazione delle condizioni di lavoro anche in questo settore – aspetto sul quale scommettono le organizzazioni sindacali tradizionali⁶⁴ – dovranno essere affrontate le sfide riguardanti la definizione dei contenuti sui quali negoziare, con un notevole sforzo da parte degli agenti negoziali per superare le questioni retributive come contenuto quasi esclusivo del processo negoziale. Pertanto, aspetti quali la formazione, l'orario di lavoro, la definizione di ciò che costituisce il "lavoro effettivo", la conciliazione, la disconnessione, le misure antidiscriminatorie nell'accesso all'occupazione, la prevenzione dei rischi, la protezione della *privacy* e dei dati personali, ecc., dovrebbero costituire una priorità del programma negoziale in modo che il tragitto già percorso dalla contrattazione collettiva nel campo del lavoro a distanza possa proseguire⁶⁵. Il fatto è che la contrattazione collettiva deve essere utilizzata come strumento per regolare, insieme agli auspicabili interventi legislativi, le possibili peculiarità del lavoro nelle piattaforme, tenuto conto che l'impossibilità di prevedere la compatibilità tra la contrattazione collettiva e l'innovazione tecnologica non è altro che un fallimento dell'immaginazione, posto che le due cose non si escludono reciprocamente⁶⁶. Come ha avuto modo di affermare Rodríguez Fernández⁶⁷, «la strategia sindacale dovrebbe essere volta a trasformare la contrattazione collettiva in uno strumento per canalizzare e insieme arginare questi nuovi fenomeni; uno strumento per controllare e affrontare i processi di delocalizzazione dell'attività produttiva e un argine alla disponibilità oraria continua del lavoratore»⁶⁸.

63 È quanto si può facilmente evincere dalle numerose sentenze nazionali e straniere (per tutte, SJS n° 31 di Barcellona dell'11 giugno 2019, sentenza n° 193/2019) riguardanti contratti in cui si pretende di rifuggire dalla natura giuridica lavoristica del rapporto semplicemente proibendo al prestatore di servizio di utilizzare espressioni come *turni, salario, orario settimanale, ore per settimana, minimo garantito, uniforme, lavoro, assunzione*.

64 AA.VV., *El trabajo en las plataformas digitales de reparto*, cit., p. 83.

65 Così, sulla scia dell'Accordo Quadro Europeo sul telelavoro firmato nel luglio 2002, tra le altre, la Risoluzione del 29 giugno 2017 della Direzione Generale del Lavoro (B.O.E. del 12 luglio 2017), ha registrato e pubblicato il Secondo Contratto Collettivo Statale nel settore dei *contact center* (in precedenza *telemarketing*, a nome del quale sono stati stipulati fino a quattro contratti collettivi statali); la Risoluzione del 10 ottobre 2006 della Direzione Generale del Lavoro (B.O.E. del 3 novembre 2006), che prevede la registrazione e la pubblicazione di vari accordi che entrano a far parte del contratto collettivo di lavoro di Telefónica de España, S.A.U.; o del contratto collettivo relativo alla prestazione in regime di telelavoro presso la banca BBVA.

66 H. JOHNSTON, C. LAND-KAZLAUSKAS, *Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy*, cit., p. 2.

67 *Sindicalismo y Negociación Colectiva 4.0*, in *Temas Laborales* n° 144/2018, p. 32.

68 Nella stessa ottica, Fernando Rocha sostiene che la contrattazione collettiva è uno strumento chiave per facilitare un'adeguata governance delle strategie di trasformazione digitale delle organizzazioni produttive, anticipando i cambiamenti e i loro effetti e riequilibrandoli,

c) *Lo sciopero dei lavoratori delle piattaforme digitali*. Anche l'esercizio del diritto di sciopero dei lavoratori delle piattaforme digitali presenta notevoli difficoltà a causa della mancanza di adattamento della disciplina e della giurisprudenza al contesto produttivo caratterizzato dalla digitalizzazione. I problemi, in questo caso, non derivano dalla difficoltà dei lavoratori delle piattaforme di avere rappresentanti sindacali, posto che la norma che disciplina il diritto di sciopero in Spagna rende possibile la proclamazione indipendentemente dai rappresentanti, coinvolgendo direttamente i lavoratori (art. 3.2.b del regio decreto legge 17/1977 del 4 marzo sui rapporti di lavoro, d'ora in poi RDLRT). I problemi per la formalizzazione dello sciopero dei lavoratori delle piattaforme nascono dalla complessità di convocare e svolgere un'assemblea per sottoporre alla votazione dei lavoratori la decisione di ricorrere allo sciopero, tenuto conto della difficoltà derivante dalla mancanza di uno spazio fisico condiviso dai lavoratori nel quale discutere la necessità di ricorrere al conflitto e votare sulla relativa decisione. A meno che non si ammetta la possibilità di svolgere l'assemblea in modo virtuale.

In effetti, la disciplina in materia prevede che l'assemblea sia convocata dai rappresentanti unitari dei lavoratori (delegati del personale o comitato d'impresa) o da un certo numero di lavoratori non inferiore al trentatré per cento (art. 77 E.T); il che già costituisce un ostacolo alla proclamazione dello sciopero. Inoltre, nel caso di sciopero concordato direttamente dai lavoratori, è richiesto il sostegno a maggioranza semplice tramite voto segreto (art. 3.2.b RDLRT), che richiede la predisposizione di un'assemblea virtuale che garantisca l'anonimato del voto e che rispetti i diritti dei lavoratori alla protezione dei loro dati in conformità agli artt. 6 e 9 del regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016. Pertanto, una mobilitazione convocata attraverso un applicativo mobile, come *Whatsapp*, senza alcun accordo preventivo, deve essere necessariamente dichiarata illegale, con la conseguenza che il licenziamento del lavoratore che vi partecipa attivamente (sollecitando lo sciopero o contribuendo, con il suo atteggiamento, ad esercitarlo) non potrà essere dichiarato nullo⁶⁹.

D'altra parte, l'efficacia dello sciopero è compromessa, in questi casi, anche dalle caratteristiche del lavoro sulle stesse piattaforme. L'attività organizzata

v. F. ROCHA, *Digitalización, sindicalismo y trabajos decentes*, in *Cuadernos de información sindical*, n° 57/2019, p. 18.

69 A questo proposito risulta difficilmente comprensibile la sentenza del SJS n° 33 de Madrid dell'11 febbraio 2019 (sentenza n°. 53/2019), che considera nullo il licenziamento di un lavoratore che, attraverso *Whatsapp*, aveva sollecitato la partecipazione ad uno sciopero proclamato senza rispettare le norme di legge (almeno questo è quanto si può dedurre dalla lettura della sentenza), fermo restando che le sue dichiarazioni – riprodotte nella sentenza – attraverso tale applicazione costituiscono «mere opinioni in relazione a tale sciopero scaricate in un gruppo di Whatsapp» senza possibilità di interpretarle come una misura di incitamento allo sciopero o di coazione verso altri lavoratori, trattandosi di espressioni che possono essere inquadrate all'interno della libertà di espressione del lavoratore.

attraverso le piattaforme è caratterizzata dall'esistenza di una vasta pluralità di potenziali lavoratori che forniscono il servizio su base competitiva – il che favorisce uno spirito individualistico –, sicché, dinanzi alla possibile convocazione di uno sciopero per il datore di lavoro, sarà più facile rispetto ad un'azienda tradizionale sostituire i lavoratori scioperanti, posto che in questo caso non si potrà parlare di crumiraggio, ma del diritto dei lavoratori di non aderire allo sciopero⁷⁰. In definitiva, questa “virtualità” organizzativa del lavoro su piattaforma permette all'imprenditore di contare su una vasta platea di lavoratori disposti ad accettare una prestazione temporanea di servizi al ribasso, come accade con la prestazione di servizi di trasporto di persone. D'altra parte, l'interpretazione dei tribunali spagnoli rispetto all'inesistenza del crumiraggio tecnologico, sembra rafforzare questa conclusione, confermando l'argomento dell'“asepsi tecnologica”⁷¹ che permetterebbe di svincolare i risultati della produzione dalla volontà dell'impresa.

Per quanto riguarda il ricorso al picchettaggio, in assenza di uno spazio di lavoro geografico ben definito, la sua attuazione sarebbe quasi impossibile o, comunque, inefficace, non potendosi assicurare la legalità di un eventuale blocco della domanda per garantire il successo dello sciopero, in quanto probabilmente causerebbe un danno sproporzionato all'azienda e pregiudicherebbe il diritto al lavoro di coloro che non intendono aderire all'astensione⁷². Diverso sarebbe il caso del lavoratore che decide volontariamente – o legittimamente convinto dal picchettaggio – di scollegare l'applicazione che lo connette alla piattaforma, un'opzione che incontra anche ostacoli nella pratica, date le difficoltà di proteggere efficacemente l'esercizio del diritto di sciopero di fronte a possibili ritorsioni aziendali⁷³. Infatti, dati i criteri che vengono normalmente utilizzati per l'assegnazione delle occasioni di lavoro, può rivelarsi complicato dimostrare le possibili ritorsioni datoriali in rappresaglia contro la partecipazione allo sciopero, la sua diffusione o continuazione, trattandosi appunto della risposta che le aziende proprietarie delle piattaforme hanno adottato a seguito delle prime mobilitazioni di coloro che prestano servizio attraverso le stesse⁷⁴.

70 Ciò non significa che i lavoratori in questo settore di attività siano meno solidali di altri, ma che l'espressione di tale solidarietà diventa ancora più difficile.

71 SJS n° 31 di Barcellona, 11 giugno 2019 (sentenza n°. 193/2019) FJ. 4°.

72 Situazione invocata dalla società nella lettera di licenziamento – anche se non compresa tra i fatti dichiarati provati – nel caso deciso dal SJS n° 33 di Madrid dell'11 febbraio 2019 (sentenza n° 53/2019)

73 Così, per esempio, SJS n. 31 Barcellona 11 giugno 2019 (sentenza n. 193/2019). In tale pronuncia emerge inoltre la difficoltà di determinare le condizioni di riammissione dei lavoratori licenziati per aver preso parte a uno sciopero in seguito alla dichiarazione di invalidità del licenziamento.

74 Così, ad esempio, a seguito degli appelli allo sciopero del 2017, i fattorini coinvolti nella sua organizzazione e mobilitazione in difesa di migliori condizioni di lavoro sono stati licenziati ovvero sono stati disconnessi. Così, nel caso di *Deliveroo*, a Madrid circa cinque fattorini sono

I sistemi “reputazionali”, che misurano l’attività dei lavoratori impiegati dalla piattaforma e condizionano l’assegnazione dei servizi⁷⁵, contribuiscono a questa difficile situazione, potendo assumere una valenza sanzionatoria rispetto alla partecipazione allo sciopero, dal momento che la valutazione del lavoratore può essere condizionata dall’esercizio dei diritti collettivi, comportando quindi una indiretta sanzione per il legittimo esercizio di un diritto fondamentale⁷⁶.

2.3. Le difficoltà di esercizio dei diritti collettivi dei lavoratori autonomi che forniscono i loro servizi sulle piattaforme

Le difficoltà dei lavoratori autonomi di esercitare i diritti collettivi derivano, in primo luogo, dalla natura limitata del loro riconoscimento, come indicato nel primo paragrafo di questo contributo. L’inadeguatezza della legislazione rispetto agli sviluppi derivanti dal mutato contesto tecnologico dei rapporti di lavoro è evidente, ed è dovuta, non solo al mancato aggiornamento della normativa, ma – cosa ancora più triste – alla scarsa considerazione di tali sviluppi negli interventi del legislatore. In altre parole, non solo si assiste alla mancanza di un’azione legislativa, ma, anche quando essa viene intrapresa, non tiene conto delle esigenze derivanti dal nuovo contesto⁷⁷, sprecando l’occasione di favorire la riappropriazione della tecnologia, da parte dei lavoratori e dei loro rappresentanti, come mezzo innovativo per affermare i loro diritti fondamentali in materia di lavoro⁷⁸. In questo senso, tenendo conto del fatto che la digitalizzazione

stati disconnessi dalla piattaforma. A Barcellona, più di quindici erano legati all’organizzazione *RidersRights*. In un’azione simile, *Glovo* ha disconnesso un fattorino. Tutto ciò dimostra quale sia la visione di queste aziende rispetto all’organizzazione collettiva dei lavoratori e al diritto di sciopero (dati tratti da AA.VV., *El trabajo en las plataformas digitales de reparto*, cit., pp. 80-81).

75 Risulta che alcune piattaforme fanno addirittura a meno dei servizi dei lavoratori la cui valutazione scenda al di sotto di un certo livello (Unidad de Servicios Estadísticos y Consultoría -SSCU-, Universidad de Hertfordshire, pubblicato il 29 marzo 2019, *Huella Digital: La plataforma del trabajo en Europa*, cit., pp. 7 e 8).

76 In questo senso, V. DE STEFANO, *La ‘gig economy’ y los cambios en el empleo y la protección social*, in *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, n° 27, 2016, p. 158. V. anche V. CORDERO GORDILLO, *La huelga y otras medidas de acción colectiva en el ámbito de las plataformas digitales*, in *El futuro del trabajo: cien años de la O.I.T. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Colección Informes y Estudios. Serie General n° 23, Madrid, 2019, p. 1341.

77 È ciò che è avvenuto, anche se nel campo dei diritti individuali, con il riconoscimento del diritto alla *privacy* o alla disconnessione digitale che sono limitati, negli artt. 87 ss. della Ley Orgánica 3/2018, 5 dicembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, ai lavoratori subordinati e ai dipendenti pubblici, mentre si tratta di diritti che dovrebbero essere garantiti anche ai lavoratori autonomi, e in particolare ai TRADE, anche solo per riconoscere pienamente il diritto alla disconnessione, tenuto conto di quella che dovrebbe essere la loro indipendenza organizzativa.

78 M. JALIL NAJI, *Innovación sindical: las redes sociales como instrumento de organización y defensa colectiva*, in *El futuro del trabajo: cien años de la O.I.T. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de*

del sistema produttivo attraverso le piattaforme ha accelerato la tendenza verso il decentramento produttivo delle imprese⁷⁹ attraverso il *crowdsourcing*⁸⁰ e, prima che tali processi investano anche l'amministrazione delle imprese, è essenziale rafforzare i diritti collettivi dei lavoratori autonomi che mantengono una certa dipendenza (TRADE) con i loro clienti. In virtù del funzionamento del mercato, e cioè della competitività – non tra imprese, ma tra lavoratori autonomi – le imprese clienti vedranno aumentare le possibilità di imporre condizioni di lavoro ai loro eventuali lavoratori autonomi/contraenti, sia perché questi ultimi, per non perdere l'attività, accetteranno condizioni di lavoro inferiori (in termini di salari, di orario di lavoro, di tempi di risposta alle richieste dei clienti, ecc.) per la prestazione del servizio, sia perché le società/clienti, nel fissare i contenuti del contratto o della concessione amministrativa, imporranno analoghe regole di lavoro, ben sapendo che non esistono sul mercato le condizioni per una perfetta concorrenza a causa dell'esistenza di un eccesso di prestatori di servizi.

In questa situazione, è necessario garantire una forte protezione dei diritti collettivi dei lavoratori autonomi in modo che, con la loro azione organizzata, possano contrastare lo squilibrio del mercato⁸¹. È necessario, in questo senso, correggere le considerazioni, elaborate dal STC 11/1981 dell'8 aprile, sullo “sciopero” dei lavoratori indipendenti, autonomi o professionali. In questa sentenza (dodicesimo motivo) si affermava che la sospensione dell'attività di questo tipo di soggetti, posto che «l'attività commerciale o professionale è libera, può essere effettuata senza che sia necessaria alcuna regola che riconosca loro alcun diritto, ferme restando in ogni caso le conseguenze provocate dalla sospensione. È evidente che se una concessione è stata espressamente ottenuta per lo svolgimento di un servizio pubblico o se le attività sono di interesse pubblico e soggette ad un regime giuridico-amministrativo speciale, la sospensione dell'attività può determinare la violazione dei requisiti della concessione o del regime giuridico-amministrativo in questione».

Come già indicato, queste valutazioni potrebbero avere senso in un modello bipolare che ruota intorno ai classici pilastri del lavoro autonomo/dipendente, ma l'equilibrio si rompe quando appare un terzo elemento (i TRADE) che distorce il modello attraverso una rilevante dose di dipendenza. Non è più possibile sostenere che per questa categoria di soggetti il regime dello “sciopero”

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 1433.

79 La digitalizzazione ha accentuato le tendenze al decentramento delle imprese, condizionando non soltanto le decisioni dell'impresa relative al *make or buy*, ma anche al *make or sell*. E. VOSS, H. RIEDE, *Digitalisation and Workers Participation, cit.*, p. 15.

80 Espressione che si riferisce all'esternalizzazione del lavoro ad una pluralità indeterminata di prestatori di servizi. Frankfurt “Paper on Platform-Based Work”, in www.igmetall.de/download/20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform_Based_Work_EN_b939ef89f7e-5f3a639cd6a1a930feff8f55cecb.pdf (ultimo accesso l'11 novembre 2019).

81 In questo stesso senso, M. T. ALAMEDA CASTILLO, *Un nuevo reto para el derecho de conflictos: el paro profesional reivindicativo, cit.*, p. 174.

è semplicemente libero (tollerato), ma deve essere riconosciuto e tutelato come un vero e proprio diritto. Per questo motivo, e in vista del proliferare dei TRADE nell'economia che può derivare dai processi di digitalizzazione e dalle politiche volte a favorire l'imprenditorialità, è necessario dare il pieno significato che merita al riconoscimento delle misure di conflitto di cui all'art. 19 della legge 20/2007, e riconoscere a questa collettività il pieno diritto di sciopero, con i limiti necessari a garantire il funzionamento dei servizi essenziali per la collettività⁸².

Oltre ai vuoti normativi nel riconoscimento al lavoro autonomo dei diritti collettivi, nei casi in cui sono riconosciuti emergono le stesse difficoltà, relativamente al loro esercizio, che riguardano i lavoratori subordinati (come la dispersione geografica dei lavoratori o gli ostacoli aziendali all'organizzazione collettiva dei lavoratori e all'esercizio dei diritti sindacali ove riconosciuti). In questo periodo di iniziale mobilitazione dei lavoratori delle piattaforme, questi cominciano ad organizzarsi in difesa del loro riconoscimento come lavoratori dipendenti, in modo da entrare nel campo di applicazione del nucleo, sempre meno, duro del diritto al lavoro. Questo può spiegare le ragioni per cui nessuna organizzazione rappresentativa dei lavoratori autonomi è emersa nell'ambito delle piattaforme digitali⁸³, mentre quelle che si sono manifestate, hanno alimentato il sospetto di essere in realtà sindacati gialli il cui unico intento era quello di "ripulire" l'immagine delle piattaforme⁸⁴. A questo proposito, va notato che gran parte della lotta per i diritti dei lavoratori delle piattaforme si sta svolgendo sul piano della comunicazione, un'area alla quale anche le aziende proprietarie delle piattaforme hanno esteso la difesa dei loro interessi⁸⁵.

In effetti, le mobilitazioni che i lavoratori delle piattaforme hanno condotto non erano mirate solo a esercitare una pressione diretta contro i proprietari di piattaforme, ma anche a promuovere la visibilità della loro situazione precaria, adottando misure che vanno dalla denuncia delle condizioni di lavoro ai clienti

82 Così come per la contrattazione collettiva, dovendo estendersi a questi diritti le stesse considerazioni che valgono per i loro omologhi in ambito strettamente lavorativo in relazione alla loro combinazione con le regole della concorrenza.

83 Come indicato nella nota 49, nell'indagine pubblicata in *Huella Digital: La plataformaización del trabajo en Europa*, da cui emerge che solo il 6,1% è stato qualificato come indipendente, salendo al 7,8% tra coloro che svolgono il lavoro di piattaforma almeno una volta alla settimana, e al 7,6% tra coloro che guadagnano almeno la metà del loro reddito dal lavoro di piattaforma (p. 12).

84 Vedi *supra* la denuncia dell'U.G.T. sull'associazione dei corrieri autonomi *Asoriders*.

85 Questo è il caso, ad esempio, dalla campagna *Cinco cosas que no sabías sobre los repartidores de Glovo* sviluppata da UE Studio, azienda di contenuti creativi e content marketing dell'Unità Editoriale per Glovo, pubblicato nella rivista *El Mundo*: <https://www.elmundo.es/promociones/native/2019/10/30g/> (accesso 11 novembre 2019).

destinatari dei servizi⁸⁶, all'esercizio di diritti civili come quello di manifestazione per occupare uno spazio pubblico in modo da alterare la vita cittadina, arrecando un "pregiudizio" che si aggiunge a quello subito dai cittadini, come consumatori, nel non poter godere dei servizi prestati da coloro che interrompono l'attività in difesa dei loro diritti. In questo modo, la cittadinanza diventa un elemento chiave nelle richieste dei lavoratori delle piattaforme, sostenendoli, sia come consumatori coscienti, sia come cittadini svantaggiati⁸⁷. Come sottolinea Alós, l'interlocutore del sindacalismo non è più solo il datore di lavoro, che è ancora di gran lunga il principale, ma oggi anche gli utenti, i clienti⁸⁸.

Questa sezione può concludersi sottolineando, insieme a Cabeza Pereiro, l'importanza della protezione dei lavoratori autonomi nella nuova economia, che in numerose occasioni sono costretti a diventare lavoratori autonomi senza aver scelto volontariamente di svolgere *un'attività imprenditoriale*, dal momento che *essere autonomi non è stata una questione di scelte di vita, ma di necessità*⁸⁹.

3. Il cybersindacato come prodotto del lavoro digitale in risposta alla rivoluzione 4.0

L'emergere delle piattaforme digitali ha rafforzato la tendenza al consolidamento di un modello di lavoro senza diritti⁹⁰, in un processo evolutivo dei rapporti tra capitale e lavoro che rende quest'ultimo disumano⁹¹, soddisfacendo il desiderio del capitale di dissociarsi dagli obblighi che ne derivano rispetto a coloro che ne forniscono i servizi. In questo modo, il lavoro svolto attraverso piattaforme digitali può essere inquadrato all'interno dei fenomeni patologici di fuga dal diritto del lavoro, che è considerato un ostacolo alla libera gestione dell'attività e alla massimizzazione dell'efficienza della produzione. L'economia digitale soddisfa, sia l'aspirazione aziendale di allontanarsi da chi fornisce il servizio, sia quella di ridurre i costi remunerando solo il lavoro effettivamente svolto, trasferendo su chi lo svolge il rischio aziendale derivante dalla mancanza di acquirenti per i beni prodotti e/o i servizi forniti dall'organizzazione produttiva.

86 Così, per esempio, nel caso della sentenza del SJS n. 31 di Barcellona dell'11 giugno 2019 (sentenza n. 193/2019) il lavoratore veniva licenziato per la mobilitazione in difesa dei suoi diritti avendo introdotto, nelle consegne ai clienti della piattaforma per cui lavorava, alcune lettere che denunciavano le precarie condizioni in cui si trovava a prestare i suoi servizi.

87 In questo senso, F. FITA ORTEGA, *Los derechos colectivos de los trabajadores en la economía digital: ¿hacia un movimiento obrero digital?*, cit., p. 7 della versione digitale.

88 R. ALÓS, *El sindicalismo ante un cambio de ciclo*, in *Pasos a la izquierda*, n.º 2/2015.

89 J. CABEZA PEREIRO, *Los derechos de trabajador autónomo ante la nueva economía*, in *Revista de Derecho Social*, n.º 86/2019, p. 70.

90 Sul contratto di lavoro internazionale come contratto senza diritti G. LYON CAEN, *The evolution of Labour Law*, in AA.VV., *Labour Law in the post-industrial era*, Aldershot, 1994, Dartmouth Publishing Co Ltd, p. 104.

91 A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Lonrai, Flammarion, 2016, p. XVII.

È chiaro che la conseguenza di questo stato di cose è stata la precarietà delle condizioni di lavoro di chi presta servizio attraverso le piattaforme digitali. L'emergere delle piattaforme digitali segna infatti la fine del percorso di decentramento seguito dalle aziende, che accentua la distanza tra chi eroga i servizi e chi li riceve, e che è stato avviato con la generalizzazione dei subappalti come forma di organizzazione dell'attività produttiva, è proseguito con l'emersione delle aziende multiservizi, che sono arrivate a rivaleggiare con le agenzie di lavoro interinale sfruttando i loro vantaggi competitivi, e si conclude – per il momento – con le piattaforme digitali, dove l'occultamento della persona del datore di lavoro raggiunge un grado di sofisticazione maggiore. Inoltre, questa nuova forma di organizzazione aziendale rappresenta un nuovo passo nella tendenza a remunerare soltanto il lavoro effettivamente svolto, che nell'ordinamento spagnolo si riflette nel contratto a chiamata – respinto dalla giurisprudenza spagnola – ma che persiste in gran parte a causa degli abusi e delle frodi esistenti, e che in altri paesi è stato ammesso – non senza alcune sfumature – come nel caso del contratto *zero hours* del Regno Unito⁹².

Tuttavia, se la nuova forma di rapporto tra capitale e lavoro che si sta sviluppando attraverso le piattaforme digitali ha generato un nuovo modo di organizzazione di chi fornisce i propri servizi attraverso le esse, lo stesso si sta verificando anche per quanto riguarda la forma di organizzazione e difesa degli interessi dei lavoratori. In questo modo, la disgregazione dei lavoratori che accompagna l'economia digitale – che non condividono lo stesso spazio o tempo di lavoro – non ha impedito l'emergere della relativa comunanza di interessi, essendo più diffusa che in passato la coscienza di classe nella nostra società. La spinta auto-organizzativa della forza lavoro è stata rapidamente incanalata come risposta alle condizioni di lavoro precarie, pure in un contesto di disaffezione verso il sindacato, e dunque al di fuori delle strutture tradizionalmente incaricate di questa funzione – il sindacato –, accusate di essere coinvolte nella difesa dello *status quo* del diritto del lavoro⁹³.

Sono stati quindi ricercati strumenti organizzativi più dinamici, utilizzando gli strumenti con cui i lavoratori delle piattaforme sono abituati a lavorare, cioè la tecnologia digitale stessa, apparendo come un movimento organizzato di natura digitale, in contrapposizione al sindacato tradizionale. Una modalità di organizzazione più flessibile, che permette all'organizzazione sindacale di andare più facilmente oltre i confini nazionali, dando una risposta migliore alle sfide

92 Su questo contratto e la sua importanza nell'economia digitale, v. A. ESTEVE SEGARRA, *Zero Hours Contracts: hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital*, in *Revista de Derecho Social*, n° 82/2018, pp. 39 e 40.

93 Ciò che trova la sua spiegazione, secondo Supiot, nel basso numero di affiliati e nella posizione di forza delle imprese in un contesto di disoccupazione di massa e di libera circolazione dei capitali e dei beni. A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres*, Insite d'études avancées de Nantes, FAYARD, Paris, 2015, p. 339.

poste dal capitale, chiaramente favorito dall'internazionalizzazione dell'economia che da tempo ha superato i confini dello Stato nazionale, promuovendo addirittura lo *sciopero globale*⁹⁴.

Le strutture così emerse costituiscono figure di rappresentanza che si suppongono essere all'inizio del loro percorso di istituzionalizzazione, ponendosi all'origine di un *movimento di lavoratori digitale*, che, a differenza del *movimento del proletariato* sorto con la rivoluzione industriale, si caratterizzerebbe per essere un *movimento del precariato*, nato – o, almeno, consolidato – con la rivoluzione digitale, che ha cercato inizialmente un sostegno sociale alle sue rivendicazioni⁹⁵. Così, all'ombra del successo delle campagne di denuncia promosse attraverso piattaforme come *change.org* o *avaaz.org* – piattaforme che potrebbero essere qualificate come generaliste – sono apparse altre piattaforme e applicazioni di difesa specifica delle condizioni di lavoro decente di questi lavoratori. Piattaforme come *coworker.org*⁹⁶ o *theworkerslab.com*⁹⁷ e applicazioni come *workitapp.org*⁹⁸, o nuove forme di organizzazioni in cooperative, come *Mensakas*⁹⁹, stanno creando una nuova forma di mobilitazione dei lavoratori¹⁰⁰, gettando le basi per quello che potrebbe essere considerato un *movimento digitale* a livello internazionale.

Questi movimenti, in linea di principio con carattere informativo, consultivo e comunicativo, hanno adottato un carattere sempre più organizzativo e rappresentativo della collettività dei lavoratori delle piattaforme, al punto che oggi si

94 Termine utilizzato dal quotidiano *La Vanguardia* per riferirsi alle agitazioni svoltesi in aziende come Ryanair, Amazon e Deliveroo, in www.lavanguardia.com/economia/20180723/451043211735/huelga-internacional-ryanair-amazon-deliveroo.html?facet=amp&utm_campaign=botones_sociales_app&utm_source&utm_medium&utm_social&utm_twitter_impression=true

95 F. FITA ORTEGA, *Los derechos colectivos de los trabajadores en la economía digital: ¿hacia un movimiento obrero digital?*, cit., p. 8 della versione digitale.

96 Una piattaforma che vuole consentire la promozione, la gestione e il successo di campagne mirate al cambiamento delle condizioni di lavoro.

97 Piattaforma che si presenta come un laboratorio innovativo che agisce sugli imprenditori, *community organizer*, e autorità pubbliche, con l'obiettivo di creare soluzioni efficienti che migliorino le condizioni di lavoro dei lavoratori precari.

98 App che si presenta come «un'applicazione progettata per aiutare le persone in posizioni retribuite a ore che fornisce risposte, da parte di colleghi fidati e formati, a domande sui loro diritti e rapporti di lavoro».

99 Creato dalla piattaforma *RidersXDerechos*, questa applicazione è definita come un'app responsabile di consegna di cibi, che agisce per i diritti nel campo della concorrenza attraverso la costituzione di una cooperativa composta da ex *rider* di piattaforme (Deliveroo, UberEats, Glovo, ecc.) che offrono gli stessi servizi di queste e che si finanzia mediante contributi.

100 Si tratta della cosiddetta WorkerTech, ovvero l'offerta di servizi digitali che utilizzano la potenza e la convenienza della tecnologia per offrire benefici personalizzati ai lavoratori indipendenti e flessibili in modo da facilitarne l'accesso al sistema di protezione e di difesa dei loro diritti. Fondazione COTEC, *El mercado laboral digital a debate: plataformas, trabajadores, derechos y workertech*, in <https://cotec.es/proyecto/plataformas-trabajadores-derechos-y-workertech/> (ultimo accesso, 11 novembre 2019).

può parlare di un *cyber-sindacato*. Così, se il sindacato nacque dalla comunione di interessi di coloro che prestavano i loro servizi nello stesso spazio geografico in risposta alle difficili condizioni di lavoro che erano costretti a sopportare come conseguenza del processo di industrializzazione, il *cyber-sindacato* risponde alla necessità di rivendicazione contro le precarie condizioni di coloro che lavorano attraverso le piattaforme digitali. È ciò che avviene con *faircrowd.work* (<http://faircrowd.work>), creata a partire dalla dichiarazione di Francoforte “Paper on Platform-Based Work”¹⁰¹, che mira al controllo del lavoro sulle piattaforme, sostenendo, tra le altre questioni, il diritto di organizzare coloro che lavorano in queste condizioni. Un obiettivo simile è perseguito da altre entità, come *LabourStart* (<https://www.labourstart.org>) o anche *Cyberunions* (<https://cyberunions.org>), sorte dalla convinzione che l’organizzazione del lavoro tradizionale non è ancora arrivata a comprendere le implicazioni culturali delle nuove tecnologie, o, più recentemente, come *Youtubers Union* (<https://youtubersunion.org/>) che si definisce come un movimento basato sulla comunità che lotta per i diritti dei creatori di contenuti e utenti di YouTube. Nel caso spagnolo è possibile fare riferimento alla piattaforma *RidersXDerechos*, creata, nel maggio 2017, all’interno del sindacato *Intersindical Alternativa de Cataluña*¹⁰² dai fattorini di imprese come Deliveroo, Glovo o UberEats con l’obiettivo di difenderne i diritti. Questo movimento ha tenuto la sua prima assemblea statale a Madrid nel 2018 presso il Centro Social La Ingobernable (un centro occupato che è stato recentemente chiuso, il 13 novembre 2019) e presso la sede di Anticapitalistas (che si definisce come un movimento di carattere assembleario, di classe, femminista, socialista, ecologista e sociopolitico che aspira alla trasformazione radicale della società attuale).

Un’ultima riflessione dovrebbe essere svolta su queste forme di organizzazione dei lavoratori delle piattaforme, in quanto hanno un proprio profilo derivato dalle caratteristiche del processo produttivo in cui operano. Logicamente, l’istituzione di rappresentanza di coloro che prestano servizi si è evoluta in funzione del modo in cui il lavoro è stato organizzato. Così, nell’organizzazione preindustriale, basata su un lavoro diversificato per mestiere, i sistemi di rappresentanza e di azione erano eminentemente corporativi, dove gli artigiani formavano associazioni secondo la loro professione – le corporazioni – per proteggere i segreti del mestiere, così come per aumentare l’influenza e il reddito degli artigiani, proteggendo il prezzo dei prodotti. Con l’industrializzazione si genera, intorno all’azienda, l’identità collettiva che costituisce la “comunità di lavoro” in cui si

101 Disponibile in www.igmetall.de/download/20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform_Based_Work_EN_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feffd8f55cecb.Pdf (ultimo accesso 11 novembre 2019).

102 Sindacato che pretende, secondo il suo sito web, di sviluppare un modello di lavoro sindacale alternativo a quello prevalente nel suo campo d’azione (Catalogna) ovvero un sindacato che mira a differenziarsi dal sindacalismo tradizionale.

condividono gli stessi interessi e le stesse preoccupazioni, e che costituisce la base delle strutture rappresentative e della loro azione nei confronti del datore di lavoro. È questo spazio geografico che determina l'emersione di interessi comuni, la cui comparsa sarà utilizzata come elemento di pressione sul datore di lavoro per la determinazione delle condizioni di lavoro¹⁰³.

Attualmente, il fenomeno del decentramento produttivo, favorito e promosso dalla digitalizzazione (*crowdsourcing*), porta all'emergere di prestatori di servizi tra i quali, più che una comunità di interessi¹⁰⁴, sta emergendo un rapporto competitivo, in molti casi di natura internazionale, non essendo richiesta alcuna prestazione fisica di servizi od opere in uno spazio specifico. Questa nuova realtà, pur non ponendo fine all'impresa come punto di riferimento per il diritto collettivo del lavoro, ha portato alla nascita di nuove forme di produzione che coesistono con tale modello e per le quali le tradizionali strutture di rappresentanza dei lavoratori – basate su una visione bilaterale e nazionale dei rapporti di lavoro – non forniscono una risposta adeguata¹⁰⁵. Infatti, vista la necessità di rispondere alla diversità delle condizioni di lavoro, alla frammentazione degli interessi e alla disparità delle esperienze lavorative, sarebbe opportuno interrogarsi se non stia riemergendo, questa volta a livello internazionale, una rappresentanza di natura corporativa per la difesa degli interessi della collettività di lavoratori che prestano servizio attraverso le piattaforme digitali. Come già detto altrove¹⁰⁶, «una proposta di questo tipo comporterebbe una relativa perdita di importanza della natura giuridica dell'attività – che si tratti o meno di un'attività lavorativa – per la tutela dei diritti di coloro che lavorano attraverso le piattaforme in ragione della loro appartenenza ad una specifica categoria. In questa prospettiva si potrebbe creare una rappresentanza che riunisca i lavoratori, sia autonomi che dipendenti, delle piattaforme digitali, operando allo stesso tempo in una prospettiva internazionale sempre più necessaria».

Questa rappresentanza sarebbe sicuramente la più appropriata per sviluppare la contrattazione collettiva di carattere settoriale che sembra essere la più adeguata per superare gli ostacoli che i lavoratori della piattaforma devono affrontare per ottenere una regolamentazione delle loro condizioni di lavoro attraverso la contrattazione collettiva¹⁰⁷, e che derivano dalla natura del lavoro attraverso le

103 A. SUPLOT, *Au-delà de l'emploi*, cit., p. 131.

104 Emersa dalla “comunità di lavoro” su cui si basano le strutture di rappresentanza del personale.

105 Questo è stato sottolineato dal direttore dell'Ufficio Internazionale del Lavoro, nel contesto della globalizzazione economica, nel suo rapporto alla Ottantacinquesima sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro 1997. *La actividad normativa de la OIT en la era de la mundialización*.

106 F. FITA ORTEGA, *Los derechos colectivos de los trabajadores en la economía digital: ¿hacia un movimiento obrero digital?*, cit., p. 4 della versione digitale.

107 Come sottolineano Hannah Johnston e Chris Land-Kazlauskas gli ostacoli che i lavoratori della *gig economy* devono superare per ottenere la contrattazione collettiva comprendono la

piattaforme (isolamento, alta dispersione in aree geografiche estese, rotazione dei lavoratori che entrano ed escono da questo tipo di attività, o passano da una piattaforma all'altra in cerca di attività da svolgere), e dalle caratteristiche di coloro che costituiscono la forza lavoro (spesso privi di protezione lavoristica quando classificati come lavoratori autonomi indipendenti)¹⁰⁸. Forse questa è la strada da percorrere per il riconoscimento di diritti che tutelino tutti coloro che si trovano in una situazione di precarietà a causa del loro rapporto disuguale con coloro a favore dei quali prestano servizio, tutelando la loro dignità¹⁰⁹.

promozione di interessi comuni, superando la competitività tra i lavoratori; l'identificazione di un luogo, o più luoghi, di incontro, virtuale o preferibilmente reale, che permetta di superare l'isolamento; l'identificazione della controparte negoziale e, infine, l'identificazione della fonte di potere che permetta di formulare rivendicazioni. H. JOHNSTON, C. LAND-KAZLAUSKAS, *Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy*, cit., p. 32.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 32.

¹⁰⁹ J. CABEZA PEREIRO, *Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía*, cit., p. 72.

Una revisione dei contorni della subordinazione. Alcune riflessioni^{1,2}

Montserrat Agís Dasilva

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le piattaforme che forniscono servizi. Tipologia. – 3. Il perimetro della subordinazione. – 4. L'opzione del rapporto di lavoro speciale. – 5. L'opzione dell'esclusione ha efficacia costitutiva? – 6. Diritto dell'Unione Europea e inquadramento del lavoro tramite piattaforma.

1. Introduzione

Da alcuni anni, un grande sforzo dottrinale è stato dedicato a riflettere sugli effetti della digitalizzazione su quello che è comunemente noto come “diritto del lavoro”. Considerato il panorama delle pubblicazioni degli ultimi anni, non c'è dubbio che questo sia uno dei temi “protagonisti” della dottrina giuslavorista e che il suo interesse continui nel tempo.

I contributi dottrinali sull'argomento hanno approcci diversi. Tra questi, alcuni mirano a stabilire con una certa discrezione la classificazione dogmatica dei servizi che vengono impiegati, riflettendo sul perimetro e sulla struttura del “diritto del lavoro” o della subordinazione. Il testo che segue si inserisce, per l'appunto, in questo registro, poiché cerca di riflettere sull'adattamento di alcune delle forme di lavoro fornite attraverso le piattaforme digitali ai contorni del diritto del lavoro classico.

Questo compito, oltre ad avere una certa importanza dal punto di vista delle sue conseguenze pratiche, ha implicazioni anche di natura teorica o filosofica, poiché costringe a considerare e risolvere, ancora una volta, le cicliche

* La traduzione del presente Capitolo è stata curata dalla Dott.ssa Giulia Cassano.

1 Questo scritto costituisce il risultato del progetto di ricerca DER2017-83488-C4-3-R dal titolo “*Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital*” finanziato dal Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación e dal FEDER.

2 Questo contributo sviluppa e aggiorna le argomentazioni e le posizioni tenute dall'Autrice nel Seminario del Progetto coordinato “*Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la era digital*”, che si è tenuto a Siviglia il 4 e 5 ottobre 2018, dal titolo “*Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*”.

controversie su ciò che è il diritto del lavoro³ e a chi si rivolge, domande alle quali, per il momento, si risponde con ricette già delineate dalla dottrina più di trent'anni fa.

Così, ad esempio, si suggerisce, come già sottolineato da Pedrazzoli⁴ alla fine degli anni Ottanta, la necessità di modificare i paradigmi del diritto del lavoro, dando rilevanza giuridica alla nozione della parte contraente debole; oppure si propone la costruzione di un concetto di lavoratore che comprenda tutte le possibili collaborazioni dirette all'esecuzione personale di un compito, cosa che cancellerebbe, così, il confine tra lavoro subordinato e autonomo, dando origine a quello che D'Antona⁵ chiamava "diritto del lavoro senza aggettivi"; oppure si suggerisce, come ha fatto Lyon-Caen⁶, la creazione di un diritto del lavoro non racchiuso entro i confini della subordinazione con finalità simili a quelle che hanno ispirato l'aspetto storico del diritto del lavoro, cioè l'unificazione delle norme e la definizione di principi generali di tutela che in questo caso sarebbero "esportati" in altri campi.

Si tratta di un dibattito globale perché anche il modello di economia delle piattaforme è globale, e non solo perché la sua formulazione è riprodotta in molti paesi diversi ma, soprattutto, perché gli imprenditori protagonisti del settore, ad eccezione di alcuni episodi strettamente nazionali, risultano essere praticamente gli stessi, indipendentemente dallo Stato in cui operano (ad esempio, Uber, la cui formula commerciale è stabilita in vari stati europei e americani; anche Take Easy e Just Eat, che operano in vari stati e che, secondo quanto riferito⁷, stanno progettando di fondersi)⁸, in quella che non è altro che una logica conseguenza dei più classici principi del capitalismo e dell'economia di mercato. A questo proposito, è illuminante l'indicazione della Commissione mondiale sul futuro del lavoro dell'OIL che, riferendosi alle basi per il progresso del lavoro nel futuro, suggerisce la necessità di «stabilire [...] un sistema di governance

3 A. FABRE, *Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés?* in *Droit Social*, n° 6, 2018. pp. 547 a 566, versione elettronica, Smarteca, p. 1. Consultato il 26 de junio de 2019.

4 M. PEDRAZZOLI, *Trabajo subordinado y nuevas formas de empleo en Italia*, in *Relaciones Laborales* 1989-I, p. 208.

5 M. D'ANTONA, *La autonomía individual y las fuentes del derecho del trabajo*, in *Relaciones Laborales*, n° 20/21, 1991. pp. 8 a 34.

6 G. LYON-CAEN, *Le droit du travail nos salarié*, Edit. Sirey, Paris, 1990.

7 Si veda la notizia "Just Eat y Takeaway acuerdan su fusión para crear un gigante europeo de comida a domicilio" pubblicata in *El País* del 29 luglio 2019 (Madrid 13:56 CEST). Consultabile al sito https://elpais.com/economia/2019/07/29/actualidad/1564390069_441599.html.

8 Si veda a titolo illustrativo il quadro presentato da V. DE STEFANO, *The rise of the "just-in-time workforce": on-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"*, Edit. International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, Ginevra, 2016, p. 8.

internazionale delle piattaforme digitali del lavoro che richiama a queste piattaforme (e ai loro clienti) il rispetto di alcuni diritti e protezioni minime»⁹.

L'innegabile componente transnazionale del fenomeno delle piattaforme è ciò che rende necessario considerare, da un lato, gli approcci e le misure che il nostro particolare organismo sovranazionale – l'UE – sta adottando o potrebbe adottare in questo senso, ma rende anche rilevante la considerazione sulle disposizioni e il trattamento riservato a questo fenomeno in altri sistemi giuridici. In questo senso, e sebbene ciascuno di essi abbia caratteristiche specifiche, sembra, per quanto a mia conoscenza, che i modelli giuridici nazionali, almeno nell'ambito dell'Europa occidentale, non siano, per quanto riguarda l'individuazione del perimetro del diritto del lavoro, del tutto dissimili e, di conseguenza, sebbene in ogni Stato gli operatori giuridici competenti (principalmente legislatori e giudici) agiscano secondo i loro parametri e contesti unici, non vi è dubbio che, con la dovuta cautela¹⁰, le valutazioni operative in altri sistemi e l'esperienza comparativa¹¹ non mancheranno di assumere rilievo per giungere a conclusioni utili in materia. Tuttavia, occorre sottolineare che la maggior parte del testo che segue si atterrà in gran parte ai parametri operativi della legislazione spagnola.

2. Le piattaforme che forniscono servizi. Tipologia

La maggior parte delle analisi dottrinali circa il lavoro tramite piattaforme ha tentato una classificazione delle stesse. Anche se, sia per la duttilità del fenomeno, sia per il presumibile futuro aumento delle sue manifestazioni, forse è un compito inutile¹², è utile brevemente ricordare che, tra le organizzazioni finalizzate preferibilmente o unicamente ad offrire servizi¹³, solo due sono di particolare interesse ai fini del loro inserimento o meno nel quadro giuridico lavoristico. In primo luogo, quelle in cui l'attività viene svolta *online*, cioè quando

9 Commissione Mondiale sul Futuro del Lavoro, *Trabajar para un futuro más prometedor?*, Edit.: Oficina Internacional del Trabajo–OIT, Ginevra, 2019, in https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf

10 Così, per esempio, viene evidenziato da M. BIASI (*Uno sguardo oltre confine: i “nuovi lavori” della gig economy. Potenzialità e limiti della comparazione*, in *Labour&Law Issues*, n° 2, 2018, p. 10) rispetto al significato dei termini worker e lavoratore nel diritto inglese.

11 In questo senso, per esempio, M. BIASI, *op. cit.*, p. 4.

12 C. DEGRYSE, *Introduction*, in I. DAUGAREILH, C. DEGRYSE, P. POCHE (a cura di), *Économie de plateforme et droit social: enjeux prospectifs et approche juridique comparative*, Working Paper n° 10, 2019. Edit. ETUI, Bruxelles, 2019. pp. 10, in <https://www.etui.org/fr/Publications2/Working-Papers/Economie-de-plateforme-et-droit-social-enjeux-prospectifs-et-approche-juridique-comparative>

13 Una piattaforma che non ha come obiettivo primario l'erogazione di un servizio sarebbe, ad esempio, AIRBNB per la quale, al momento, non si discute se il rapporto tra la piattaforma o il cliente e la persona che affitta la sua abitazione sia un rapporto di lavoro, anche se vi svolge attività di pulizia.

si lavora “sulla piattaforma” svolgendo quelli che vengono comunemente chiamati “micro lavori”¹⁴; e, in secondo luogo, quelle in cui il lavoro viene svolto in regime di “off line”, generico¹⁵ o specifico¹⁶, dove la piattaforma opera intorno alla domanda di un servizio che viene fornito di persona.

Un’osservazione superficiale dell’attuale dottrina ci permette di dedurre che è quest’ultima (prestazione di un servizio *off-line*) che, in una delle sue due varianti, pone le sfide più immediate per la classificazione dogmatica, anche se credo che lo scenario più difficile da padroneggiare in termini di parametri giuridici adeguati sarà probabilmente quello dell’attività *online*, soprattutto se si articola attraverso sequenze di micro-attività che, per le loro caratteristiche, possono essere svolte a livello planetario.

Mi sembra quindi indubbio che la regolamentazione giuridica di tali modelli di lavoro *online* richiederà prima o poi l’attenzione non solo della dottrina, ma anche di alcuni operatori giuridici, in particolare delle autorità pubbliche che dovranno affrontare i loro compiti considerando la particolare trascendenza della componente internazionale o transnazionale, spesso ovviata dalle soluzioni normative nazionali.

Andando un po’ più in profondità nei termini operativi del servizio offerto dalle piattaforme, e sempre dal punto di vista giuridico lavoristico, è possibile classificarle come segue.

a) Se la funzione della piattaforma si limita a mettere in relazione chi richiede un servizio con chi è disposto a fornirlo, essa opera solo come strumento di contatto, organizzato, per così dire, per combinare persone che possono essere classificate in due “colonne”. Una che includerebbe coloro che sono disposti a svolgere un lavoro, e una che includerebbe coloro che hanno bisogno di prenderlo in prestito. Se questo fosse lo scenario, la piattaforma agirebbe solo come dispositivo relazionale praticamente estraneo all’attività fornita o ricevuta. La stessa piattaforma, tuttavia, sarà soggetta o meno alle disposizioni in materia di lavoro, a seconda dei confini in cui si sviluppa effettivamente la relazione tra la persona che lavora e la persona che riceve il lavoro, la quale, se i confini sono rispettati, non sarà costituita dalla piattaforma.

14 Descritti con certo dettaglio da P. PÁRAMO MONTERO, *Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa*, in *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n° 128, 2017, p. 185.

15 Si identificano come piattaforme di *Crowdsourcing offline generico*, quelle che mettono a disposizione del firmatario-cliente, persone per la fornitura di qualsiasi tipo di compito, come, ad esempio, le faccende domestiche, la cura degli animali domestici, il montaggio dei mobili, la consegna, le verifiche del magazzino, il controllo dei prezzi, ecc..

16 Parlando di piattaforme di *Crowdsourcing offline specifico*, si allude all’offerta di un solo tipo di servizio. Così, ad esempio, Uber in relazione al trasporto di persone, o Deliveroo o Glovo in relazione alla consegna di alimenti, anche se quest’ultima sembra includere anche lo svolgimento di piccole commissioni.

b) Tuttavia, i contatti instaurati attraverso la tecnologia delle piattaforme assumono una dimensione più complessa se, per essere inseriti nella “colonna” dei fornitori di applicazioni digitali, la persona che deve svolgere il servizio o l’attività deve partecipare, dopo aver formulato o completato una richiesta, ad un processo di “validazione/selezione” in base al quale la piattaforma impone determinate condizioni o requisiti riguardanti, non solo l’identificazione della persona, ma anche le sue qualifiche professionali e/o le sue conoscenze tecniche o di altro tipo, o le caratteristiche e le condizioni del mezzo o dello strumento (proprietà o possesso/tipo/assicurazione, ecc.) con cui, se selezionato, il richiedente dovrebbe fornire il servizio richiesto dal cliente, ecc.

Tale operazione di raccolta e smistamento di informazioni non si limita, come nel caso descritto al punto precedente, al mero raggruppamento delle richieste – lavorare e ottenere un servizio – in quanto comporta la selezione e, quindi, anche l’esclusione dalla “lista” dei “collaboratori”, dei richiedenti che non soddisfano determinati parametri. Si tratta indubbiamente di un’attività che entra nel campo socio-lavoristico e in particolare nel campo materiale delle disposizioni che regolano il funzionamento del mercato del lavoro, comprese quelle relative al collocamento/selezione del personale¹⁷ o alla fornitura di servizi tramite intermediari. In queste circostanze – ovvero per organizzare la domanda e/o l’offerta di lavoro attraverso la pubblicità o la selezione dei candidati secondo parametri prestabiliti – la piattaforma opererebbe come agenzia di lavoro o di reclutamento o, se del caso, come agenzia di lavoro temporaneo, e poiché opererebbe come agente privato, sarebbe soggetta ai requisiti, alle procedure e/o alle limitazioni obbligatorie per questo tipo di impresa o attività e che derivano, non solo dalla legislazione nazionale ma anche, nel caso della Spagna, dalla legislazione comunitaria e internazionale¹⁸.

Non c’è motivo di sostenere che, poiché questa attività di “selezione” si svolge esclusivamente in ambienti digitali, essa debba rimanere al di fuori di queste regole imperative che, in misura non trascurabile, riguardano principi immanenti ad uno Stato di diritto sociale e democratico, come la trasparenza, l’equità, il rispetto della dignità dei cittadini, il principio di non discriminazione, diretta o indiretta, o l’effettività di altri diritti fondamentali come la protezione dei dati personali. Proprio per questo motivo, e come per altre questioni, ci si è chiesto se le norme imperative sul collocamento dei lavoratori dipendenti non debbano essere estese ai processi di collocamento dei lavoratori autonomi, anche genuini, quando la loro situazione economica e organizzativa li rende più vulnerabili¹⁹.

17 Si vedano in proposito gli esempi fatti da V. DE STEFANO, M. WOUTERS, *Les plateformes de travail numériques doivent-elles être traitées comme des agences d’emploi privées?*, in *Notes de perspective ETUI*, n° 7, 2019, pp. 3-5, in <https://www.etui.org/fr/Publications2/Notes-de-prospective/Les-plateformes-de-travail-numeriques-doivent-elles-etre-traitees-comme-des-agences-d-emploi-privées>

18 Nello stesso senso V. DE STEFANO, M. WOUTERS, *op. cit.*, pp. 5 ss.

19 V. DE STEFANO, M. WOUTERS, *op. cit.*, pp. 7 ss.

c) Alcuni fattori aggiuntivi definiscono i casi in cui la piattaforma sviluppa una “terza” fase di attività, diversa dalle precedenti perché chi si accinge a fornire il servizio, non solo viene contattato (1° tipo) o selezionato (2° tipo) dal titolare della piattaforma, ma, una volta considerato o incluso nel “pool” di collaboratori, riceverà poi dalla stessa un catalogo di precise indicazioni che specificheranno le modalità di erogazione di ogni servizio, influenzando, non solo sull’indicazione dell’incarico, ma anche sulle modalità di esecuzione dello stesso, sia per quanto riguarda i mezzi o l’ambiente in cui verrà svolto²⁰, sia per quanto riguarda lo svolgimento o i termini funzionali dell’incarico²¹.

Quest’ultimo è lo schema che in Spagna è nell’“occhio del ciclone” giudiziario, con un buon numero di casi notoriamente simili allo schema del lavoro che è l’oggetto normativo del diritto del lavoro.

Pertanto, se si può trarre una conclusione da questa sezione, è che la creazione e l’articolazione di meccanismi di contatto che riuniscono esigenze convergenti – lavorare/ottenere un servizio – utilizzando la tecnologia digitale come strumento relazionale, non determina in alcun modo una soggezione automatica di tali prestazioni al diritto del lavoro, né una qualificazione meccanica del rapporto di lavoro.

Ci sono altri fattori da considerare nel decidere questo aspetto, senza che l’una o l’altra opzione sia generalmente esclusa semplicemente perché l’attività è organizzata attraverso piattaforme e l’“organizzatore” relazionale non è fisicamente presente e manca una sede operativa, una fabbrica o una filiale, a cui la persona che desidera ricevere un servizio potrebbe recarsi.

In altre parole, le piattaforme che mettono in contatto lavoro e richieste potrebbero essere completamente al di fuori dell’ambito del diritto del lavoro; potrebbero essere considerate come agenzie di reclutamento o di collocamento; potrebbero essere configurate come aziende che forniscono lavoro autonomo o, anche, e non meno probabilmente, potrebbero essere datori di lavoro – in senso prettamente lavoristico – di coloro che nella loro terminologia abituale sono chiamati “i loro collaboratori”.

L’identificazione della piattaforma come datore di lavoro con la conseguente applicazione di un regime giuridico specifico è solo un’opzione che, nel diritto

20 Così, ad esempio, in Uber, vengono stabilite linee guida sul tipo di veicolo, le sue condizioni di vita, i dettagli ambientali (musica, abbigliamento, ecc.) o il rispetto di alcune regole di cortesia verso i clienti.

21 Così, ad esempio, per Deliveroo, l’uso dei media con la pubblicità aziendale è imposto; doversi recare in un determinato luogo (centroide) per essere in modalità «disponibile»; è proibito bere bevande alcoliche, sdraiarsi sul pavimento in attesa al centroide, entrare nel ristorante o a casa del cliente con il casco, ecc. Una descrizione dettagliata di tali questioni si trova nelle relazioni delle sentenze emesse da vari Tribunali Sociali (di seguito STS). Così, per tutte, STS n° 19 di Madrid del 22 luglio 2019 (n° atto 510/18), o STS n° 5 di Valencia del 10 giugno 2019 (n° atto 371/18-roj; SJSO 2892/2019).

spagnolo, dipende necessariamente dalla convergenza dei presupposti che verranno esaminati di seguito.

3. Il perimetro della subordinazione

A) *Principi generali*

Ai sensi dell'art. 1.1 dello Statuto dei Lavoratori²², salvo espressa esclusione (ad esempio, funzionari pubblici o personale della pubblica amministrazione quando, in base a una previsione di legge, tale rapporto è disciplinato da norme amministrative o statutarie (art. 1.3.a dello Statuto dei Lavoratori)), la prestazione sottoposta alla sua applicazione è quella che si caratterizza cumulativamente per le caratteristiche della volontarietà, personalità, causa di scambio²³, dipendenza e alienità.

Si tratta di concetti astratti con numerose ed elastiche manifestazioni il cui apprezzamento è stato tradizionalmente valutato caso per caso²⁴, tenendo conto delle circostanze di fatto concomitanti (indici), caso per caso, e concentrandosi sulla valutazione di uno o l'altro fattore, secondo l'“angolo del dubbio”²⁵.

La concretizzazione di ciascuno di questi elementi, e singolarmente della dipendenza e dell'alienità, quindi, varia e sarà variabile a seconda, tra l'altro, del modo in cui è organizzato il processo produttivo – con o senza esternalizzazioni dell'attività nelle sue diverse varianti; in regime flessibile o rigido di orario lavorativo, ecc. –, del settore in cui si opera, o del tipo di servizi che svolge chi li presta²⁶, molto qualificati o meno, ecc. Va sottolineato, tuttavia, che, a meno che non vi sia un'esclusione costituzionalmente accettabile, nessun compito o settore produttivo è, di per sé, al di fuori dell'ambito del lavoro. Quindi, è il “modo” in cui un servizio viene fornito che determina se è o meno rilevante per il diritto del lavoro.

22 Regio Decreto Legislativo 2/2015 del 23 ottobre, che ha approvato il testo rivisto della legge sullo Statuto dei Lavoratori. BOE 24-10-15.

23 Sebbene sia comune, non sembra opportuno fare riferimento alla “retribuzione” come elemento essenziale del rapporto di lavoro, in quanto tale affermazione può sollevare problemi interpretativi quando si tratti di qualificare un'attività in cui la prestazione non è stata effettivamente erogata. In tal caso, la valutazione della natura lavoristica deve essere incentrata sull'esistenza o meno di un obbligo di pagamento, ossia sul fatto che la causa del contratto sia o meno una causa di scambio.

24 S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de plataformas informáticas*, in *Temas Laborales*, n° 138, 2017, p. 87. Tra la giurisprudenza, si veda la recente Sentenza della Corte Suprema (di seguito SCS) del 18 luglio 2018 (n° rec. 2228/2015).

25 T. SALA FRANCO, *Datos para una caracterización material del derecho del trabajo CCDT* n° 0, 1974, p. 66

26 Si veda, per esempio, la Sentenza della Corte Suprema del 16 novembre 2017 (rec. 2806/2015) in particolare, Base giuridica del diritto 3°2, nonché quelle ivi citate.

La conclusione definitiva sulla rilevanza o meno di una prestazione di servizi per il diritto del lavoro si baserà quindi su una valutazione di tutti i fattori sopra menzionati, che, a loro volta, possono essere dedotti dalla natura eterogenea e versatile dei vari fatti o indici²⁷. Come affermato dalla Corte Suprema²⁸, mentre alcuni di questi fattori sono comuni alla generalità delle attività o del lavoro svolto in regime di subordinazione, altri sono specifici e si verificano solo in determinati settori o professioni. Va inoltre notato che alcuni di essi hanno solo un significato “unidirezionale”²⁹ e che, in generale³⁰, hanno tutti un campo di applicazione e un peso variabili a seconda che siano apprezzati separatamente o insieme (potenziati o diluiti).

Pertanto, la capacità di discernere se una prestazione di servizi sia o meno subordinata si è sempre basata – non solo oggi – su un “giudizio di ponderazione”³¹. Ciò è generalmente inevitabile, poiché le controversie in questo settore rientrano nelle cosiddette “zone grigie” del diritto del lavoro. Tale giudizio sarà

27 Per una elencazione dettagliata degli elementi che provverebbero l'esistenza di dipendenza e/o alienità v. S. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, pp. 93 ss. o in J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas (crowdsourcing offline)*, in *Revista de Derecho Social*, n° 86, 2019, pp. 42 e ss.

28 Per tutti, tra quelle recenti, SCS del 18 luglio 2018 (n° rec. 2228/2015).

29 Così, è possibile descrivere come unidirezionali quegli indizi la cui presenza accentua o riafferma la natura subordinata della prestazione, e la cui assenza non permetta di trarre la conclusione contraria. A titolo esemplificativo, il fattore della “esclusività” è paradigmatico di questa categoria, poiché mentre la sua presenza è valutata come un chiaro sintomo della natura subordinata della prestazione, la sua assenza, anche se derivasse da un accordo espresso tra le parti, non ne smentirebbe la presenza.

Va ricordato che la legge spagnola prevede una limitazione della giornata lavorativa se si lavora per più datori di lavoro, ma che riguarda solo i lavoratori di età inferiore ai 16 anni (art. 34.3. dello Statuto dei Lavoratori). L'art. 34, paragrafo 3, primo comma, della legge spagnola sull'occupazione prevede che la concomitanza di attività tra l'impresa e il lavoratore sia una possibilità fattibile in qualsiasi rapporto di lavoro e stabilisce conseguenze negative per il lavoratore solo se l'attività è in concorrenza (art. 21, paragrafo 1, primo comma, dello Statuto dei Lavoratori) o se è stato espressamente sottoscritto un patto di esclusiva, che non è presunto e deve essere retribuito separatamente, e dal quale il lavoratore può recedere (art. 21, paragrafo 2, dello Statuto dei Lavoratori). 21.1. 2° comma); infine, va aggiunto che gli artt. 148 del Regio Decreto Legislativo 8/2015 (del 30 ottobre, che ha approvato il testo rivisto della Legge Generale sulla Sicurezza Sociale) e il Regio Decreto 84/1996, (del 26 gennaio, che ha approvato il Regolamento Generale sulla registrazione delle imprese e l'affiliazione, le iscrizioni, le cancellazioni e le variazioni dei dati dei lavoratori nel sistema di Sicurezza Sociale), si riferiscono nei loro articoli, rispettivamente, 161, 209 e 7 alle situazioni di lavoro plurimo o di attività plurima nell'ambito del Regime Generale, che normalizza completamente la possibilità di un lavoro subordinato senza vincolo di esclusività.

30 Vi sono alcune eccezioni, come, per esempio, quella stabilita nell'art. 1.3.g) Statuto dei Lavoratori, che, in base alla Corte Costituzionale (di seguito C. Cost.) [sentenza 227/1998] e della Corte Suprema [per tutte, sentenza del 18 maggio 2018 (n° rec. 3513/2016)], enuncia un criterio oggettivo che delinea l'ambito del lavoro autonomo nel settore del trasporto.

31 A titolo di esempio, basti vedere le indicazioni fornite da S. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 96 nota 10, in merito alla diversa considerazione data dalla Corte Suprema ai servizi forniti da

espresso considerando i dati di fatto concomitanti che suggeriscono o smentiscono (indici di “de-tipizzazione”³² ciascuno dei fattori di cui sopra (alienità, dipendenza, volontarietà, carattere personale e causa di scambio), che consentiranno infine al giudice di valutarli o meno in misura sufficiente a stabilire una plausibile qualificazione finale.

Tuttavia, al fine di determinare la natura giuridica di una prestazione di servizi, valutando gli indici nel caso specifico, le corti utilizzano due criteri tecnici e interpretativi particolarmente importanti.

In primo luogo, quello per cui tale natura giuridica deve essere dedotta dai termini in base ai quali il servizio in questione viene effettivamente prestato. La priorità è quindi data al dato reale in contrapposizione a quello formale o dichiarato, cosicché il “*nomen iuris*” che, intenzionalmente o erroneamente, è stato apposto o al contratto stesso o alle clausole che lo compongono, sarà irrilevante ai fini della classificazione, se il suo contenuto o significato è negato dai dati di fatto³³. In altre parole, come afferma la Corte Suprema³⁴, «i contratti hanno una natura che deriva dal loro effettivo contenuto obbligatorio». Il giudizio di ponderazione incentrato su qualificazione della natura di una prestazione di servizi è quindi regolato da un principio inderogabile che potrebbe condannare all’inutilità le clausole contrattuali esplicitate sul punto.

Oltre alla sua assidua applicazione pratica, questa linea guida interpretativa è molto significativa dal punto di vista dogmatico perché, va ricordato, il carattere intensamente imperativo di questo modello, che vieta di negoziare la determinazione della natura subordinata o meno di una prestazione³⁵, trova la sua origine e la sua ragion d’essere nella presunta, ma anche “archiviata”, mancanza di reale parità contrattuale tra le parti del contratto di lavoro.

Ovviamente, tale criterio applicativo ha avuto e continua ad avere detrattori che sostengono, al contrario, che la volontà delle parti deve costituire un elemento essenziale nella qualificazione di una prestazione di servizi. Tali posizioni si inseriscono in un dibattito estremamente approfondito in cui la riaffermazione della volontà individuale come fonte di diritti e doveri del lavoro è solo

un perito valutatore e da una compagnia di assicurazioni, a ciascuno dei quali è stata attribuita una diversa valutazione in merito alla considerazione di dati e circostanze particolari.

32 J. LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*, Ministero del Lavoro e della Sicurezza Sociale, Madrid, 1994. pp. 304 e ss.

33 Sembra che questo criterio si applichi anche in altri Stati vicini, ad esempio in Francia (E. DOCKES, *Le salariat des plateformes*, in *Labour & Law Issues*, n° 1, 2019, p. 9) o Italia (M. DE LUCA, *I giuslavoristi e le innovazioni tecnologiche*”, p. 33 ss., consultato il 18 luglio 2019, in http://csdle.lex.unict.it/Archive/OT/From%20our%20users/20181106-121151_De_Luca_I_giuslavoristi_e_le_innovazioni_tecnologiche.pdf

34 La giurisprudenza sul punto è numerosa. Tra le sentenze recenti, si veda SCS 18 luglio 2018 (n° rec. 2228/2015).

35 Per tutte, SCS 18 maggio 2018 (n° rec. 3513/2016).

un passo di un discorso “più lungo” volto, all’estremo, a mettere in discussione la virtualità stessa del diritto del lavoro come insieme normativo legittimato a regolare alcune o tutte le prestazioni in cui ricorrono alcune caratteristiche, così come la possibilità o la convenienza di riconoscerlo come arbitro o paradigma preferenziale nel trattamento degli stessi. Tuttavia, il criterio di dare la precedenza alla realtà dei fatti rispetto ai dati formali si basa sull’idea e sull’applicazione, non solo del modello spagnolo, ma anche di altri modelli nazionali vicini, e le indicazioni che si possono trovare nell’ottavo considerando della Direttiva (UE) 2019/1152, possono servire da esempio a questo proposito³⁶.

L’altro criterio tecnico utilizzato dai tribunali spagnoli per determinare se una prestazione sia o meno di natura subordinata è che, come è stato detto tradizionalmente, il diritto del lavoro ha una certa forza attrattiva. Questa qualità è resa esplicita nella legge spagnola attraverso l’art. 8.1 dello Statuto dei Lavoratori, secondo il quale il contratto di lavoro «si presume che esista tra tutti coloro che forniscono un servizio per conto e nell’ambito dell’organizzazione e della gestione di un altro e coloro che lo ricevono in cambio del pagamento al primo».

Come altre presunzioni giuridiche, si tratta di una regola strumentale la cui peculiarità sta nel fatto che permette di giungere a una conclusione più ampia di quella che si può semplicemente dedurre dal resoconto fattuale. In questo caso, il meccanismo presuntivo verrebbe utilizzato quando, in assenza di prove affidabili o categoriche di tutte le caratteristiche richieste dal diritto del lavoro, la qualificazione della prestazione pone ragionevoli dubbi.

Forse a causa delle differenze verificabili tra la sua prima formulazione e quella attualmente in vigore³⁷, la dottrina³⁸ ha a lungo messo in discussione l’efficacia dell’art. 8, paragrafo 1, dello Statuto dei Lavoratori come meccanismo

36 Del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’UE. DOUE n° L 186 dell’11 luglio 2019.

37 Infatti, l’attuale formulazione trova la sua origine in normative molto precedenti (Legge del 19 maggio 1908, sui Tribunali industriali, art. 5.2; Codice del lavoro del 23 agosto 1926, art. 2; previsto dal suo art. 2; Legge sui contratti di lavoro del 1931, art. 3; e Legge sui contratti di lavoro del 1944, art. 3) che stabilivano la regola presuntiva secondo cui «il contratto [di lavoro] si presume sussista tra tutti coloro che prestano lavoro o utilizzano un servizio e coloro che lo prestano», articolata, pertanto, sulla sussistenza di uno solo fattore da cui si inferiscono gli altri che caratterizzano il rapporto. Il fatto che la legge vigente (art. 8.1 Statuto dei Lavoratori) condiziona il funzionamento del meccanismo presuntivo all’evidenza della dipendenza e dell’alienità, suggerisce, secondo alcuni, l’inanità del precetto. La legge sui rapporti di lavoro del 1976, tuttavia, ignorava la formulazione tradizionale, affermando (art. 1) che «1. Tutte le attività di lavoro subordinato svolte per conto di terzi, ad eccezione di quelle espressamente escluse all’articolo due, si considerano incluse nella presente legge e nelle altre norme che regolano i rapporti di lavoro» e «2. Il lavoro svolto per conto proprio non è soggetto alla legislazione sul lavoro, se non negli aspetti espressamente previsti dalla legge», aprendo così ad una possibilità sorprendentemente attuale.

38 Per tutti, recentemente, J. CRUZ VILLALÓN, *El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo*, in RDS n° 83, 2018, p. 23.

presuntivo, attribuendogli solo un valore tautologico. Tuttavia, non essendo stata abrogata, questa disposizione potrebbe avere un significato minimo, come alcuni studiosi hanno suggerito, per continuare ad affermare l'esistenza di una "forza attrattiva" del diritto del lavoro, che avrebbe un impatto sull'analisi e la classificazione delle prestazioni fornite nelle zone "grigie" o di confine. Questa posizione ha oggi un'evidente proiezione, poiché non si può escludere che il precetto possa essere ripreso come strumento procedurale³⁹.

In considerazione di quanto sopra, il compito di classificare la natura di una prestazione è, nel diritto spagnolo, complesso, ma non per la sua arbitrarietà o incertezza, come si suggerisce in alcuni dibattiti, ma, al contrario, perché si concentra sulla considerazione ponderata di tutti, e non solo di alcuni, i criteri presenti caso per caso. Non si esaurisce, quindi, in valutazioni fatte "con l'accetta", per categorie o per "gruppo", per cui, anche nel lavoro per piattaforme in regime *off-line*, fondamentale sarà la valutazione dei termini specifici di realizzazione dell'attività oggetto del contratto. Tuttavia, quanto emerso nelle sentenze finora pronunciate consente di riscontrare un certo approccio tecnico di natura ponderata.

B) *Alcune caratteristiche del lavoro svolto attraverso le piattaforme e il loro adattamento ai parametri della subordinazione.*

Tra le formulazioni per l'erogazione delle prestazioni gestite attraverso piattaforme, quella che, per il momento, suscita il maggior interesse dottrinale dal punto di vista giuridico, è quella offerta *off-line*, essendo paradigmatici in questo senso i modelli di Uber, Glovo o Deliveroo.

Oggi, l'approccio più comune per stabilire la natura del rapporto contrattuale tra la piattaforma e i "collaboratori" – siano essi chiamati "rider", "glover" o in qualsiasi altro modo – è quello che cerca di chiarire se è di natura lavoristica, civile o commerciale. Così, altri approcci, prima in voga, sembrano essere stati scartati, in particolare quello costruito sulla ricostruzione per cui le piattaforme e i collaboratori operano nell'ambito della pura economia collaborativa⁴⁰, in virtù della quale l'utilizzo di beni sottoutilizzati (in questo caso, il tempo che un soggetto ha a disposizione e con il quale non sa cosa fare), aveva un'utilità⁴¹. Se tale argomentazione fosse stata portata avanti, il dibattito principale sarebbe ruotato intorno alla questione se vi sia o meno una causa di scambio in ogni accordo riguardante la singola prestazione.

Poiché sono già state descritte in numerose occasioni – sia nella dottrina che nei tribunali – può essere eccessivo ora approfondire ogni singola circostanza che caratterizza la fornitura di servizi *off-line* attraverso le piattaforme. Mi

39 J. LUJÁN ALCARAZ, *op. cit.*, p. 291.

40 Denominazione che, secondo A. FABRE, *op. cit.*, p. 13 nota 4, sfiora l'ipocrisia.

41 A. TODOLÍ SIGNES, *El futuro del trabajo: Nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales*, in *Revista de treball, economia i societat*, n° 92, 2019, pp. 1 a 8. p. 1.

limiterò a commentare, dalla prospettiva delle indicazioni di cui sopra (sezione A), quelle che appaiono le più incisive e ripetute affermazioni fatte per sostenere la natura non subordinata delle prestazioni fornite dai collaboratori in regime *off-line*⁴².

Questa analisi tralascerà intenzionalmente le accuse che mettono in discussione l'imparzialità, la qualifica o la correttezza di chi ha redatto il verbale di accertamento all'epoca, così come quelle che suggeriscono l'esistenza di pressioni che li avrebbero indotti ad agire in un certo modo. Né considererò le clausole contrattuali come il risultato di una o più mutazioni che, sempre imposte dalla società⁴³, non hanno avuto alcun effetto pratico sulle condizioni di adempimento dell'attività ed hanno avuto come obiettivo principale, secondo i giudici e i tribunali⁴⁴, quello di snaturare la vera natura del contratto.

Le argomentazioni che, secondo i titolari della piattaforma, sono decisive per stabilire che i servizi forniti dai loro collaboratori sono di natura autonoma (non subordinata), trascurano la dipendenza per valorizzare il criterio dell'alienità che, come è stato sottolineato⁴⁵, distingue il contratto di lavoro dal contratto di locazione dei servizi. Tra questi, i seguenti sembrano essere considerati di grande importanza e forza.

Per quanto riguarda la valutazione della *dipendenza*, in conformità alle sentenze emesse fino ad oggi, si può notare come la circostanza che, secondo i titolari della piattaforma, la nega, sostenendo la validità del proprio modello di *business* costruito sul lavoro autonomo, è legata alla libertà organizzativa di cui dispone il collaboratore. Tale libertà, si dice, è testimoniata dal fatto che quest'ultimo può scegliere i periodi in cui lavorerà per la piattaforma senza che la sua decisione di non farlo abbia ripercussioni sui collegamenti futuri.

Senza dubbio, la libertà di stabilire periodi di disponibilità per l'azienda potrebbe essere considerata un chiaro segno di indipendenza, ma questa premessa potrebbe essere messa in discussione se fosse interpretata come «la logica

42 Un recente rapporto sugli indici particolari che distingue tra le diverse piattaforme, in J. GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 47 a 55.

43 Si veda, a questo proposito, il resoconto dei fatti dimostrati, ad esempio, dal STS n. 19 di Madrid del 22 luglio 2019 (n. 510/18), il cui il fatto comprovato si riferisce all'utilizzo di un contratto come modello iniziale che è stato modificato unilateralmente dalla società proprietaria della piattaforma in due occasioni nell'arco di un anno. Un caso simile si trova in STS n. 5 di Valencia del 10 giugno 2019 (Atto n. 371/18-roj; SJSO 2892/2019).

44 Così, per esempio, in STS n° 19 di Madrid 22 luglio 2019 (n° atti 510/18) si fa riferimento ad una clausola che, dopo la "modifica" imposta dalla società, autorizzava il partner a nominare un terzo per lo svolgimento dei propri compiti; oppure alla scomparsa, dopo la prima modifica contrattuale, di una clausola del contratto iniziale che prevedeva l'obbligo per la società titolare della piattaforma di pagare i costi stimati del carburante.

45 Per tutti, di recente, J. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 25.

conseguenza della atomizzazione dell'orario di lavoro»⁴⁶, piuttosto che come un'indicazione di indipendenza. Ciò significa che l'obiettivo dell'azienda è quello di pagare solo per il tempo direttamente occupato nell'esecuzione di ogni ordine, scartando i momenti durante i quali il lavoratore può essere disponibile senza svolgere alcuna specifica mansione. Se così fosse – prosegue il ragionamento – e a pena di sottoporre il prestatore di servizi a uno stato di intollerabile servitù, che si verificherebbe se fosse ammesso il collegamento “*full time*” o permanente, il modello organizzativo costruito sulla successione dei collegamenti, anche se scelto dal lavoratore, non sarebbe una circostanza vantaggiosa per il lavoratore, ma piuttosto per l'azienda, che ne trarrebbe un notevole vantaggio economico favorendo il risparmio di tutto il tempo senza collegamento.

Ovviamente, il prezzo da pagare per l'esecuzione di ogni effettiva assegnazione potrebbe sussumere o compensare i periodi di indisponibilità del fornitore. Tuttavia, le sentenze finora emesse riportano come la prassi generale sia nel senso che il prezzo del servizio, della “corsa” o del compito svolto, è stabilito dalla piattaforma senza l'intervento del collaboratore⁴⁷. Questa circostanza dissipa ogni dubbio su ciò che viene effettivamente pagato e, allo stesso tempo, corrobora l'impressione che i valori utilizzati per fissare tale importo siano totalmente estranei alla cosiddetta “plusvalenza speciale” come caratteristica delle somme corrisposte per la prestazione di lavoro autonomo⁴⁸.

Da questo punto di vista non sembra, quindi, che la libertà di connessione di cui gode il collaboratore sia così evidente da essere una chiara e conclusiva indicazione di indipendenza, come alcune interpretazioni suggeriscono. Tuttavia, anche se lo fosse, va ricordato che, come sopra indicato, la valutazione o la negazione della dipendenza non si deduce da una mera indicazione formale, ma dalla sua reale e credibile coincidenza in conseguenza dei fatti che caratterizzano il caso di specie.

In altre parole, in applicazione del criterio che privilegia la realtà rispetto a quanto formalmente dichiarato, per smentire la dipendenza è necessario osservare se questa libertà di connessione sia vera o se, al contrario, essa costituisca solo una dichiarazione formale forse volta a offuscare o a mascherare la vera natura del contratto. Per stabilirlo, occorre verificare se vi sono linee guida o dichiarazioni che ne riaffermano o, al contrario, ne erodono o ne smentiscono la plausibilità.

Dall'analisi dei fatti emersi in alcune delle sentenze emesse finora, si evince che le piattaforme (in particolare le piattaforme di consegna o di messaggistica) mettono di solito a disposizione, con un certo anticipo rispetto alla data di

46 Principio di diritto 10° STS n° 33 di Madrid, 11 febbraio 2019 (ROJ: SJSO 279/2019- ECLI: ES:JSO:2019:279) del giudice Juez José Pablo Aramendi Sánchez.

47 Così, per esempio, precedente di fatto 11° della Sentenza della Corte Suprema (di seguito SCS) Asturie del 25 luglio 2019 (n° rec. 1143/2019).

48 SCS 16 novembre 2017 (n° rec. 2806/2015), Principio di diritto 3°.

applicazione, dei calendari in bianco, in modo che ogni collaboratore possa indicare la propria disponibilità. Questi calendari sono suddivisi in fasce orarie di durata prestabilita e con un orario specifico di inizio e fine⁴⁹. Va notato che una tale struttura già erode in qualche misura il margine di libertà di connessione disponibile, in quanto il collaboratore, per quanto gli sia conveniente o necessario, non può richiedere *slot* di durata diversa da quella stabilita, ad esempio, un'ora in più o un'ora in meno rispetto allo *slot* prestabilito, né, pur accettandone la durata di riferimento, può fissare un orario di inizio o di fine personale diverso da quelli segnati dalla piattaforma⁵⁰. Qualcosa di simile si verifica con le zone di attribuzione.

Vi sono, inoltre, dubbi sulla possibilità di rispettare il principio della libertà di scelta. Ad esempio, a meno che i flussi di ordini previsti non lo rendano consigliabile, la piattaforma non accetterà tutte le richieste di connessione effettuate da collaboratori diversi per la stessa fascia oraria; oppure se, a causa di un eccesso di richieste per *slot*, il numero di richiedenti supera quello desiderato dalla richiesta, si procederà ad una selezione che, a seconda delle particolari operazioni di ogni piattaforma, sarà effettuata dal proprio personale tecnico, tenendo conto delle “metriche di servizio”, ovvero della valutazione che essa ha di ogni distributore secondo parametri da essa stessa definiti⁵¹, ovvero di un algoritmo⁵² selettivo che attribuirà con preferenza la fascia richiesta ad alcuni richiedenti, avvalendosi dei criteri⁵³ precedentemente definiti dalla piattaforma stessa e che, quindi, non sono, in alcun modo, estranei a possibili pregiudizi, come è stato suggerito a volte.

Dalle varie sentenze emerge chiaramente che questa selezione viene effettuata valutando vari aspetti come, ad esempio, il volume degli ordini storici soddisfatti su un riferimento totale prestabilito, o il punteggio ottenuto dopo la valutazione da parte dei clienti quando il collaboratore è in modalità “attivazione

49 Si veda al riguardo il fatto provato n° 20 della STS n° 19 di Madrid, del 22 luglio 2019 (n° atti 510/18) in relazione all'attività prestata da Deliveroo. In un senso apparentemente uguale, anche se per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro di Glovo, SCS Asturie 25 luglio 2019 (n° rec. 1143/2019), Precedente di fatto, PRIMERO.8°.

50 Si veda il precedente di fatto n° 8 SCS Asturie 25 luglio 2019 (n° rec. 1143/2019) in cui si riferisce, letteralmente, che «il fattorino può essere penalizzato se non è attivo all'inizio del blocco temporale riservato all'offerta dei suoi servizi».

51 In Deliveroo. Si veda il fatto provato n° 20 STS n° 19 Madrid, 22 luglio 2019 (n° atti 510/18).

52 Con questo sistema opera Glovo. Si veda il precedente di fatto, PRIMO.8° SCS Asturie 25 luglio 2019 (n° rec. 1143/2019).

53 Così, SCS Asturie 25 luglio 2019 (n° rec. 1143/2019), riferisce come Glovo APP 23 SL, proprietaria del marchio Glovo, attribuisca a ciascun “collaboratore” un punteggio in cui il 45% dipende dalla sua disponibilità nel momento di maggiore necessità per l'azienda; il 35% in base al volume totale degli ordini serviti, valutato come percentuale su un totale di 750, che sarebbe del 100%. Vedi in particolare il Principio di diritto 4° di quella sentenza.

automatica”⁵⁴. Si tratta di variabili che mettono da parte chi si offre meno abitualmente di quanto l’azienda ritenga opportuno, o non si offre alla piattaforma senza restrizioni alle proprie esigenze, negando così la libertà di mettersi a disposizione senza conseguenze, che viene utilizzata come argomento per giustificare la condizione dei collaboratori autonomi. Inoltre, qualunque sia la tecnica utilizzata, va sottolineato che i criteri utilizzati per l’assegnazione degli *slot* soddisfano solo gli interessi della piattaforma, lasciando all’interessato la possibilità di aderire a breve termine, in quanto, come si vedrà, il rifiuto di assumere o attivare lo *slot* assegnato su richiesta può avere conseguenze negative sulle future richieste di attività.

Cambiando punto di vista, sebbene ugualmente legato all’esame circa la sussistenza di una reale autonomia nello svolgimento dell’incarico affidato, è rilevante osservare i termini in cui l’attività del collaboratore viene svolta una volta collegato, cioè dopo la concessione di uno *slot* da parte della piattaforma. In altre parole, poiché la definizione canonica di dipendenza è legata allo stato di appartenenza all’ambito organizzativo e gestionale della persona che svolge l’ordine di attività o di assegnazione, un’analisi della loro sussistenza ci obbligherà a considerare le modalità di dispiegamento di quest’ultima.

A questo proposito, sarebbe controproducente per la qualifica in termini di autonomia se, ad esempio, il fornitore fosse avvertito che «da possibilità di rifiutare un ordine è ammessa solo in casi estremi», o che «a chi rifiuta continuamente gli ordini non saranno garantiti i due ordini orari che il nostro sistema offre. Inoltre, se si ricorre spesso a questa opzione, si prescindere dai tuoi servizi»⁵⁵; oppure, ancora, se tra i criteri considerati per l’assegnazione degli ordini una volta attivati, la priorità sia data a chi ha optato per l’assegnazione automatica – cioè a chi assume l’assegnazione effettuata dalla piattaforma senza alcun margine di scarto o di scelta tra eventuali ordini o compiti⁵⁶ –, a discapito di altri parametri come la prossimità, che potrebbe assumere un valore imparziale nel giudizio di qualificazione.

Inoltre, potrebbero sussistere indicazioni come l’obbligo di indossare un abbigliamento speciale o un logo che pubblicizzi chiaramente l’immagine aziendale della piattaforma⁵⁷, o l’assoggettamento del collaboratore ad un sistema di controllo che viene inasprito, sia imponendo, ad esempio, un punto di partenza geografica (denominato “centroide” da una determinata piattaforma⁵⁸), impedendogli così di portare a termine l’incarico da un luogo diverso; o attraverso

54 È accettazione o attivazione automatica quella in cui è la piattaforma ad assegnare ogni specifico ordine, mentre in modalità “manuale” è il distributore a scegliere tra quelli disponibili.

55 Principio di diritto 6° STS n° 19 Madrid, 22 luglio 2019 (n° atti 510/18).

56 V. precedente di fatto 9° e 10° SCS Asturias 25 luglio 2019 (n° rec. 1143/2019).

57 V. rispetto a Glovo, precedente di fatto 2° 12 SCS Asturias 25 luglio 2019 (n° rec. 1143/2019).

58 V. il fatto provato n° 22 STS n° 19 Madrid, 22 luglio 2019 (n° atti 510/18).

sistemi di misurazione precisa dei tempi e dei percorsi utilizzati per svolgerli⁵⁹, o attraverso l'utilizzo sistematico, attraverso l'app di attivazione, di sistemi di localizzazione come il GPS⁶⁰, che, oltre a comportare un severo controllo in termini di sviluppo dell'attività, sottopone il collaboratore ad un continuo monitoraggio anche nei momenti in cui non sta svolgendo un incarico.

Alla luce di quanto sopra, ritengo che vi siano dati sufficienti per mettere in discussione il principio di libertà organizzativa cui fanno riferimento i titolari delle piattaforme per sostenere la validità giuridica della loro opzione organizzativa basata sul lavoro autonomo, ma anche per apprezzare la sussistenza del requisito della dipendenza con alcune manifestazioni di estrema gravità. A questo si può aggiungere che, oltre ai dettagli che suggeriscono una rigida sottomissione alle linee guida aziendali, la dipendenza non è smentita dal fatto che il lavoratore ha margini dinamici (che cambiano a seconda della situazione quotidiana) per determinare la sua giornata lavorativa e/o il suo orario. In questo senso, non sembra difficile evocare una serie variegata di prestazioni il cui carattere subordinato non è messo in discussione e che sono caratterizzate da schemi di orario di lavoro estremamente flessibili, o dalla fissazione dei termini della loro prestazione attraverso l'assegnazione di compiti⁶¹. Ciò si può notare, ad esempio, nell'aumento generalizzato delle formule di telelavoro o, nel diritto spagnolo, nella recente riforma dell'articolo 34.8 dello Statuto dei Lavoratori, che consente l'opzione del lavoro *à la carte* per qualsiasi settore di attività e in termini, non solo ampi da un punto di vista argomentativo/causale, ma anche "estendibili", grazie all'assegnazione di margini regolamentari alla contrattazione collettiva.

Dal punto di vista dell'*alienità*, le argomentazioni avanzate dai titolari delle piattaforme per difendere la validità del loro modello basato sul lavoro autonomo si sono rivelate molto meno incisive di quelle utilizzate per confutare la sussistenza della dipendenza, dal momento che vengono indicati fattori già relativizzati dalla giurisprudenza consolidata in tema di lavoro, che non conferisce a tali fattori un particolare significato come indicatori del fatto che o l'interessato assume «il rischio (costi e oneri) e i benefici (profitti) dell'attività d'impresa» o è «fuori mercato».

Pertanto, dal punto di vista dell'*alienità* rispetto al rischio, è stata ribadita l'irrilevanza del fatto che i collaboratori delle piattaforme siano i proprietari di alcuni dei mezzi che utilizzano per eseguire i loro ordini, come la bicicletta o la motocicletta, il telefono cellulare con caricabatterie o l'utilitaria, fermo restando

59 V. il fatto provato n° 22 STS n° 19 Madrid, 22 luglio 2019 (n° atti 510/18).

60 Questa, secondo il resoconto di fatti comprovati da varie sentenze, è una prassi consolidata nel settore. Così, per quanto riguarda Deliveroo, fatto provato n° 22 STS n° 19 Madrid, 22 luglio 2019 (n° atti 510/18); e rispetto a Glovo, Principio di diritto quarto SCS Asturie 25 luglio 2019 (n° rec. 1143/2019).

61 Così, per esempio, SCS 16 novembre 2017 (n° recud. 2806/2015) nel noto caso "Ofilingua".

che il pagamento o l'assunzione dei costi che il loro utilizzo richiede (tasse, carburante e/o assicurazioni) non indica in alcun modo che sia stata intrapresa un'attività commerciale, dato che, da un lato, si tratta di beni di consumo largamente posseduti dai cittadini e, dall'altro, che il loro importo è quantitativamente modesto. In altre parole, come è stato già dimostrato, la posizione stabilita tre decenni fa dalla Corte suprema nella sentenza del 26 febbraio 1986 è integralmente applicabile alla questione qualificatoria che ci interessa⁶².

Inoltre, come è stato stabilito in alcune delle sentenze emesse in merito a lavori svolti *off-line* attraverso le piattaforme, sia dal punto di vista del suo valore economico, che del suo valore strategico, l'*asset* principale e indispensabile che consente il dispiegamento di questa formula di attività è, senza dubbio, il corrispondente applicativo informatico che permette i contatti. Dal momento che la piattaforma è proprietaria dell'applicazione e i "collaboratori" non pagano per il relativo acquisto, l'utilizzo e/o la manutenzione della stessa, si deve concludere che essi sono completamente indipendenti dall'assunzione del rischio o del costo principale dell'attività e quindi la svolgono in regime di alienità.

Né l'argomento secondo cui ciò che viene pagato al prestatore è calcolato per unità di lavoro, piuttosto che per unità di tempo, è una base sufficiente per stabilire l'assunzione del rischio da parte del prestatore dell'attività, poiché, sia lo Statuto dei Lavoratori (artt. 26 e 29), che le sue norme di attuazione, prevedono la possibilità di calcolare la remunerazione mediante varie formule, con espresso riferimento al lavoro prestato "per affari", al collocamento o alla vendita, che può essere considerato senza dubbio paragonabile alla remunerazione per il lavoro o l'attività svolta. In altre parole, le formule per il calcolo delle retribuzioni sono estremamente varie nel campo dell'occupazione e, pertanto, l'utilizzo di una o dell'altra forma specifica di calcolo non definisce in alcun modo la natura del rapporto contrattuale di prestazione di servizi. *A contrario*, va ricordato, infine, che la fissazione, o la richiesta di una retribuzione minima, costituiscono, non tanto un presupposto, quanto una conseguenza della qualificazione di una prestazione di servizi come subordinata.

Allo stesso modo, le circostanze che sono legate al paradigma dell'"alienità dal mercato" enunciato negli anni Ottanta da Manuel Ramón Alarcón Caracuel⁶³ e che, a mio parere, è estremamente attuale nella materia in questione, hanno una notevole influenza sull'analisi della sussistenza dell'alienità. In questo caso, la valutazione dell'alienità è legata all'esistenza o meno di un rapporto tra il prestatore del servizio e il mercato dei beni e dei servizi, cosicché la constatazione che al di fuori della piattaforma il cliente non sarebbe in grado di richiedere il servizio ai prestatori a cui ha accesso attraverso di essa, e che, a loro volta,

62 Roj: SCS 10925/1986 - ECLI: ES:TS:1986:10925.

63 M. RAMÓN ALARCÓN CARACUEL, *La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo*, in REDT n° 26, 1986. pp. 495 y ss.

questi ultimi non sono in grado di offrire servizi di trasporto a persone diverse dai clienti della piattaforma, o a questi ultimi quando non sono “attivati”, è determinante per decidere se i collaboratori sono veri o falsi lavoratori autonomi. Inoltre, fattori come il fatto che il prezzo da pagare da parte del cliente sia definito dalla piattaforma, o che sia la piattaforma a stabilire anche il meccanismo di pagamento del servizio da parte del cliente, o che i collaboratori indossino abiti e strumenti che li identificano con la piattaforma senza alcuna indicazione della presunta azienda di cui sono proprietari, negano fortemente la mancanza di alienità, o, ciò che è lo stesso, confermando palesemente, da questo punto di vista, la reale natura subordinata del rapporto. A titolo di mera completezza, vale la pena di replicare il corretto commento di un certo tribunale straniero che, analizzando gli argomenti addotti da una piattaforma per sostenere l'autonomia dell'attività dei collaboratori, ha espresso il suo totale sconcerto per la paradossale possibilità che, in una determinata città, possa esistere un tale dispiegamento di imprenditori che, senza andare più lontano, solo in Spagna, si stimano essere circa 8.000 persone dedicate alla distribuzione di alimenti nell'ambito di un'unica piattaforma⁶⁴.

C) *Le implicazioni*

In considerazione delle circostanze e dei termini operativi appena commentati, ai quali potrebbero aggiungersi altri non affrontati per ragioni di spazio, l'attività svolta da molti dei cosiddetti “collaboratori”, “rider”, ecc. deve essere qualificata come subordinata e, di conseguenza, essere soggetta al diritto del lavoro. Questa è la conclusione che si può trarre da un equilibrato “giudizio di ponderazione” che, sia nel diritto spagnolo che in altri sistemi giuridici, non è nuovo al sistema della dottrina del diritto del lavoro⁶⁵, né implica un preoccupante stato di insicurezza. L'opinione⁶⁶ che il modello di qualificazione per

64 Si veda la notizia *Glovo: más de 1000 personas en lista de espera para convertirse en 'rider'*, pubblicata da Olga Rodríguez in *El Español* del 21 aprile 2019. Consultabile sul sito https://www.elespanol.com/economia/empresas/20190421/glovo-personas-lista-espera-convertirse-rider/392211299_0.html

65 Così, ad esempio, per un certo periodo è stato messo in discussione il fatto che i lavoratori intellettuali o i dirigenti fossero subordinati; oggi, una breve rassegna della recente giurisprudenza mostra che, nonostante l'ampia attività dottrinale e giurisprudenziale sull'argomento, continuano a sorgere problemi e vengono pronunciate decisioni in merito alla qualifica di lavoro o meno di vari servizi. Così, tra l'altro, la sentenza della Corte Suprema del 18 luglio 2018, (n° rec. 2228/15) relativa alla fornitura di servizi veterinari a un'amministrazione autonoma; la sentenza della Corte Suprema del 18 maggio 2018 (n° rec. 3513/2016) relativa all'attività di un'impresa di trasporti membro di una cooperativa di lavoro associata. A titolo puramente illustrativo, per alcuni settori di attività vanno menzionati i problemi di classificazione causati dalle cosiddette “aziende multiservizi” o dalle cooperative di lavoratori nel settore della carne.

66 Si veda la notizia *Glovo amenaza con invertir más en otros países si la regulación laboral en España sigue siendo “muy agresiva”*, pubblicata su *Infolibre* del 27 settembre 2019. Consultabile al sito <https://www.infolibre.es/noticias/economia/2019/09/27/>

indici sia controproducente per lo sviluppo economico e per il raggiungimento dei sistemi giuridici sicuri e stabili richiesti dal mercato è, a mio parere, estremamente di parte, e altrettanto può dirsi per l'opinione che il diritto del lavoro spagnolo sia "molto aggressivo", o per la previsione che i meccanismi di risoluzione spagnoli influenzeranno seriamente la creazione o la distribuzione dell'occupazione disponibile danneggiando la competitività di tali imprese imponendo loro l'obbligo, economicamente rovinoso, di assumersi i costi derivanti dall'inquadramento della loro attività nel quadro del lavoro.

Queste espressioni chiariscono che il compito di qualificare giuridicamente il lavoro fornito *off-line* attraverso piattaforme, sta entrando in un campo di battaglia feroce⁶⁷ in cui, in assenza di un servizio inedito, nuovo o ad alto valore aggiunto, il vantaggio competitivo di alcune (numerosi?) piattaforme sembra risiedere nell'evitare i costi del lavoro e della previdenza sociale⁶⁸. In tal caso, e se, come è stato sottolineato⁶⁹, le piattaforme offrono semplicemente vecchie professioni o attività (trasporto di persone, merci o alimenti; assistenza personale e/o domestica o animali domestici, ecc.) mediante nuove procedure, si dovrebbe chiarire se queste ultime giustificano di per sé l'esclusione di tali formule commerciali dal quadro di applicazione del diritto del lavoro.

Ci troviamo di fronte a un grande dibattito nel quale devono essere affrontate diverse premesse. La prima è che, come proclama la Dichiarazione di Filadelfia, il lavoro non è una merce⁷⁰. Il secondo è che, nonostante quanto suggerito da alcuni dibattiti, è passato molto tempo da quando il "lavoro/lavoratore tipico" – individuabile in colui che operava in un sistema fordista-taylorista e nei settori manifatturieri –, non è più, in nessun modo, il paradigma, né del lavoratore, né del lavoro a cui l'attuale diritto del lavoro spagnolo si rivolge con preferenza, al punto che, a tutt'oggi, l'impronta di questo prototipo nel nostro ordinamento giuridico non è molto evidente, se non per quanto riguarda i principali istituti del diritto del lavoro individuale (oggetto, tempo, luogo, luogo, esternalizzazione, retribuzione, modifica delle condizioni, ecc.⁷¹). Se, come ritengo, il "lavoro

glovo_amenaza_con_invertir_mas_otros_paises_si_regulacion_laboral_espana_sigue_siendo_muy_agresiva_99278_1011.html

67 Così, la piattaforma EsLife, finalizzata ad offrire servizi di pulizia della casa, ha dovuto chiudere quando è stata costretta ad assumere i costi aziendali relativamente ai lavoratori che fornivano il servizio. La lamentela dei rappresentanti della piattaforma era che «il diritto del lavoro è molto protezionista». Vedi l'articolo *El cierre de EsLife y las fronteras de la economía colaborativa*, pubblicato da Estefanía Pastor a ValenciaPlaza il 1 dicembre 2015 [Consultabile al sito <https://valenciaplaza.com/el-cierre-de-eslife-y-las-fronteras-de-la-economia-colaborativa>.]

68 Nello stesso senso, J. GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 41; J. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 16.

69 E. DOCKÉS, *op. cit.*, p. 5.

70 *Dichiarazione relativa agli scopi e alle finalità dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, adottata il 10 maggio 1994 e allegata alla Costituzione dell'OIL.

71 Senza pretesa di esaustività e limitandomi ai soli parametri legali (non giurisprudenziali), vale la pena ricordare, ad esempio, la notevole quantità di varianti normative previste da decenni

standard/lavoratore” (fordista-taylorista) non è più il destinatario caratteristico del nostro diritto del lavoro, si deve concludere che non esiste nemmeno il diritto di lavoro limitato a regolamentare, solo o principalmente, questo tipo di prestazioni. Questa convinzione consentirebbe inoltre di considerare l’obiezione di alcuni commentatori secondo i quali l’attuale diritto del lavoro non sarebbe adeguato o sufficientemente flessibile per regolare efficacemente il lavoro svolto nell’economia digitale, se non un sofisma, una palese esagerazione. Al contrario, poiché i concetti (dipendenza, alienità, ecc.) non vanno confusi con gli indici⁷², come sottolinea Emmanuel Dockès⁷³, c’è molta più modernità nei nostri vecchi strumenti giuridici di quanto spesso si riconosca, e da questa posizione, i concetti di dipendenza, alienità, ecc. continuano ad essere pienamente operativi nel qualificare varie manifestazioni di attività in diversi contesti produttivi, compreso quello digitale⁷⁴.

Tuttavia, e sebbene il nostro breve esame degli indici (vedi sopra) indichi che nessuno degli argomenti utilizzati assiduamente dalle piattaforme per convalidare il loro modello comporti l’esclusione categorica della prestazione dei loro collaboratori dalla struttura della subordinazione⁷⁵, ciò non implica – è bene sottolineare – che sia giuridicamente impossibile per le stesse sviluppare la propria attività basandosi esclusivamente o preferibilmente sul lavoro autonomo. Tuttavia, la scelta di questa opzione normativa ha conseguenze, vantaggi e/o svantaggi propri, che non possono essere evitati con la selezione dei regimi giuridici. In questo senso, sembra rilevante affermare che sottoporre una prestazione al diritto del lavoro non implica, in alcun modo, condannare l’azienda o l’impresa ad una rigidità o inflessibilità insopportabile o svantaggiosa⁷⁶. Al

nello Statuto dei Lavoratori e che sono dirette, in larga misura, alla regolamentazione di un’economia di servizi (non manifatturiera). Quindi, a tempo pieno/part-time; fisso (varie classi)/temporaneo (varie classi); modalità contrattuali; contrattazione diretta/agenzia del lavoro interinale/subcontratti; notte/turni/giorni speciali; stipendio fisso/voci a salario variabile; lavoratori flessibili/che possono essere resi flessibili; polivalenti/plurivalenti; formule di adeguamento flessibili, ecc.

72 L.E. DE LA VILLA GIL, *En torno al concepto de Derecho español del Trabajo*, in RT n° 26, 1969. pp. 103 ss. e p. 112, che, alcuni decenni fa, ha messo in guardia dal pericolo di confondere la dipendenza con le sue forme di esternalizzazione, sottolineando che «non di rado la crisi che viene predicata per la dipendenza colpisce solo alcuni dei suoi sintomi».

73 E. DOCKÈS, *op. cit.*, p. 5.

74 Nello stesso senso, J. GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 23; J. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, pp. 29 e 30; o STS n° 19 Madrid, 22 luglio 2019 (n° atti 510/18). F. Dcho. 6°

75 Nello stesso senso, E. L. PÉREZ, *Falsos autónomos y trabajo en plataformas*, in *Jurisdicción Social*, n° 200, 2019. pp. 13 a 17. p. 16.

76 Nello stesso senso B. SUÁREZ CORUJO, *La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social*, in *Temas Laborales*, n° 141, 2018. pp. 37 a 66. p. 50.

contrario, il diritto del lavoro è in grado di regolare una vasta gamma di strutture aziendali, comprese quelle nate nell'economia digitale⁷⁷.

Tuttavia, tutti devono essere sufficientemente “onesti”⁷⁸ da valutare un modello democratico di rapporti di lavoro che superi il timore espresso da Jean-Michel Servais⁷⁹ che «Più la scienza permette lo sviluppo di tecnologie sofisticate, più queste tecnologie limitano il potere normativo degli Stati e la loro capacità di impegnarsi in discussioni significative con le indebolite confederazioni sindacali e imprenditoriali».

Si può quindi presumere che il diritto del lavoro sia oggi ad un bivio, ma non tanto perché la sua applicabilità e la sua sopravvivenza futura sono in discussione, quanto piuttosto perché si trova ad affrontare una sfida. Questa sfida è, a mio avviso, quella di evitare la diffusione di categorie di sotto-lavoratori, fermo restando al tempo stesso che le nuove formule di *business* possono sviluppare i loro modelli salvaguardando i loro aspetti positivi⁸⁰.

In ogni caso, vista la probabilità – suffragata dalla maggior parte delle decisioni giudiziarie emesse in Spagna e in altri Stati vicini – che una gran parte dei servizi forniti *off-line* attraverso le piattaforme sia qualificata in termini di subordinato, sono state formulate diverse proposte volte ad attribuire loro un regime di organizzazione specifico o individualizzato, sul presupposto che il diritto del lavoro “comune” non sia adeguato per loro, e nell'intento di evitare o mantenere un'indesiderabile “fuga” dal paradigma del lavoro. Questa posizione, che si può osservare in diversi ordinamenti giuridici, si è concretizzata, nell'ordinamento spagnolo, in due proposte non necessariamente incompatibili: l'una, intervenendo nel quadro del diritto del lavoro, stabilendo uno statuto differenziato da quello del lavoro comune o ordinario; un'altra, agendo “al di fuori”, cioè dal punto di vista del cosiddetto “lavoro autonomo”, che si concreta nel “trasferimento” in quel campo di alcuni istituti o tecniche di tutela di natura tradizionalmente “lavoristica”. Per ragioni di sistematicità e di spazio, limiterò il commento alle proposte di cui al primo blocco di proposte.

77 E. DOCKÉS, *op. cit.*, p. 8.

78 L'Ispettorato del Lavoro e della Sicurezza Sociale, (Piano generale per un lavoro dignitoso 2018-2020, 2018, p. 3), seguendo l'OIL, definisce il lavoro dignitoso come «il lavoro che si svolge nel rispetto dei principi e dei diritti fondamentali sul lavoro, fornisce un reddito equo e commisurato allo sforzo compiuto, senza discriminazioni basate sul sesso o su altri motivi; si svolge con la protezione sociale; e include il dialogo sociale». Consultabile al sito http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/salamultimedia/documento_enlaces/PLAN-DIRECTOR-POR-UN-TRABAJO-DIGNO-27_07_2018.pdf. Si veda nello stesso senso la Risoluzione del Parlamento Europeo 4 luglio 2017 sulle condizioni lavorative e il lavoro precario. (2016/2221(INI)). DOUE n° C 334, 19-9-2018.

79 J.M. SERVAIS, *Travailleurs des plateformes numériques de services: quelles garanties sociales?*, in *Revue Interventions économiques*, n° 60, 2018. pp. 1/26. p. 1.

80 E. DOCKÉS, *op. cit.*, p. 8.

Da questo punto di vista, a grandi linee, due elaborazioni sono state articolate in Spagna. L'una suggerisce la configurazione delle prestazioni *off-line* attraverso piattaforme come rapporto di lavoro speciale (*infra* par. 4); l'altra indica la loro esplicita esclusione dall'ambito di applicazione dello Statuto dei Lavoratori (*infra* par. 5).

4. L'opzione del rapporto di lavoro speciale

Una delle proposte formulate⁸¹ per individuare il regime giuridico del lavoro fornito *off-line* attraverso le piattaforme, e che ha trovato eco anche in alcune pronunce giudiziarie⁸², è quella di creare un nuovo rapporto di lavoro speciale. Si tratta di un'opzione il cui approccio solleva varie considerazioni, sia formali che materiali, che ora esporrò brevemente.

A) *La fonte materiale della creazione del rapporto di lavoro speciale.*

Dal punto di vista strettamente formale, e sempre dalla prospettiva del diritto spagnolo, è inevitabile riflettere succintamente sulla tecnica normativa che dovrebbe essere utilizzata per dare un supporto specifico a quell'ipotetico rapporto di lavoro speciale. In effetti, una pratica molto comune nel nostro ordinamento giuridico è quella di stabilire il regime di ciascuno dei rapporti di lavoro speciali attraverso una disposizione regolamentare che, al di là della mera autorizzazione finale dell'art. 2 dello Statuto dei Lavoratori⁸³, risulta priva dei limiti stabiliti da una disposizione di rango legislativo, tanto con riguardo ai profili, quanto con riferimento al contenuto. È vero che, all'epoca, tale tecnica di regolazione era stata convalidata dalla giurisprudenza costituzionale spagnola⁸⁴, ma forse la sua adeguatezza potrebbe essere messa seriamente in discussione se fosse utilizzata per stabilire il regime giuridico applicabile al lavoro svolto attraverso piattaforme *off-line*.

81 Cosí, A. TODOLÍ SIGNES in diverse pubblicazioni sullo stesso tema. Per tutte, *El impacto de la "Uber economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*, in *Iuslabor* n° 3, 2015, p. 21 y ss; o, più di recente, *El trabajador en la «Uber economy»: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario*, in *Trabajo y Derecho*, n° 25, 2017, pp. 14 y 15.

82 Cosí, per esempio, nel principio di diritto 18° STS n° 33 Madrid, 11 febbraio 2019 (ROJ: SJSO 279/2019- ECLI: ES:JSO:2019:279) di José Pablo Aramendi Sánchez.

83 Salvo errori o omissioni, vi sono solo due eccezioni rispetto a quanto sopra. Una è quella del rapporto speciale di lavoro dei detenuti che lavorano nelle officine carcerarie, che, sebbene disciplinato dal Regio Decreto 782/2001 del 6 luglio (BOE 7-7-01), trova il suo fondamento legale negli artt. 26 e seguenti. L'altro è il rapporto di lavoro dei minori soggetti all'esecuzione di misure di internamento derivanti da responsabilità penale, che è regolato dall'art. 53 del Regio Decreto 1774/2004, del 30 luglio, che approva il Regolamento della Legge Organica 5/2000, del 12 gennaio, che disciplina la responsabilità penale dei minori. BOE 30-8-04.

84 (La sentenza della Corte Costituzionale (di seguito C. Cost.) 79/1983, 5 ottobre 1983 (Ricorso 24/1983), esclude categoricamente la violazione degli artt. 14 o 24 della Costituzione perché lo Statuto dei Lavoratori stabilisce un elenco di rapporti di lavoro speciali senza procedere ad una sua successiva regolamentazione specifica.

In primo luogo, perché, sebbene una “regolarizzazione” senza limiti giuridici di base potrebbe essere opportuna per rendere più flessibile un regime il cui profilo futuro è ancora difficile da immaginare, allo stesso tempo creerebbe un sistema di potenziali riforme eccessivamente lassiste e, a mio avviso, sproporzionatamente poste al di fuori del controllo parlamentare.

In secondo luogo, sebbene si dubiti dell’affidabilità e dell’accuratezza dei dati circa il peso economico e il volume di occupazione generato intorno all’economia delle piattaforme⁸⁵, sembra che il lavoro svolto attraverso le stesse sia un fenomeno in crescita, sia in termini quantitativi che funzionali⁸⁶. Se la previsione è corretta, può essere particolarmente spiacevole che un bacino già ampio e in crescita di lavoratori abbia le sue principali condizioni di lavoro fissate da una normativa caratterizzata da contenuti e legittimazione così debole come quella regolamentare. Inoltre, se così fosse, forse il primo compito da affrontare per dare un sostegno costituzionale a tale opzione, sarebbe quello di eliminare l’art. 35.2 della Costituzione spagnola, in particolare nella parte in cui prevede che «La legge disciplinerà uno statuto dei lavoratori». Inoltre, il modello “regolamentare” diventerebbe particolarmente inadeguato se, come sembra probabile, il lavoro svolto attraverso le piattaforme dovesse occupare un posto centrale nel dibattito sull’applicazione dei diritti fondamentali nei rapporti di lavoro o, se si vuole, nelle attività produttive (non discriminazione/*privacy* informatica/vita familiare/libertà sindacale, ecc.). In questo senso, a trovandoci in un momento in cui alcune voci già propongono la riforma dello Statuto dei Lavoratori al fine di aggiungere un Titolo specifico dedicato al “gioco” dei diritti fondamentali nel rapporto di lavoro, forse sarebbe controproducente riorientare sul piano regolamentare proprio un settore di attività molto sensibile sul piano della precarizzazione e relativizzazione di tali diritti.

Tuttavia, è ovvio che le obiezioni di cui sopra potrebbero essere superate se il regime di questo tipo di attività fosse fissato da una disposizione con lo *status* di legge. Sarebbe diverso se, date le intense polemiche sull’argomento, si riuscisse a raggiungere una maggioranza parlamentare sufficiente alla sua approvazione.

B) *La portata del rapporto di lavoro speciale.*

La scelta di considerare la fornitura di prestazioni attraverso le piattaforme come un rapporto di lavoro speciale richiederebbe, prima di tutto, di stabilire le caratteristiche del loro profilo, un compito che può essere singolarmente

85 I. DAUGAREILH, C. DEGRYSE, P. POCHE (a cura di), *Économie de plateforme et droit social: enjeux prospectifs et approche juridique comparative*, Working Paper n° 10, 2019. Edit. ETUI, Bruxelles, 2019. p. 3, in <https://www.etui.org/fr/Publications2/Working-Papers/Economie-de-plateforme-et-droit-social-enjeux-prospectifs-et-approche-juridique-comparative>

86 Così, di recente, prendendo come riferimento alcune indagini sul campo svolti nell’UE, A. TODOLÍ SIGNES, *Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista*, in *Lan Harremanak*, n° 41, 2019, pp. 4 ss. in www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/20880/18819.

complesso, data l'eterogeneità delle formule di *business*⁸⁷ finora utilizzate e il loro probabile futuro aumento.

In questo senso, sembra pertinente notare che, tra gli autori che riflettono su questa opzione, vi sono differenze significative al momento di identificare coloro che sarebbero interessati da questo *status* speciale. Così, ad esempio, mentre alcuni⁸⁸ sembrano pensare solo a chi fornisce i propri servizi *off-line* attraverso piattaforme, vi è chi⁸⁹ suggerisce che il rapporto speciale di lavoro debba riguardare tutti i lavori a chiamata anziché regolare solo il lavoro attraverso le piattaforme, e vi anche è chi⁹⁰ suggerisce che il rapporto speciale di lavoro debba riguardare coloro che, trovandosi al di fuori dei confini della subordinazione (perché non dimostrano di essere dipendenti), non possono neppure essere qualificati come autonomi perché non possiedono la condizione di abitudine che la legge 20/2007⁹¹ impone, sia al lavoratore autonomo cosiddetto “ordinario” (art. 1), sia al c.d. TRADE (art. 11), offrendo così una utile soluzione che garantirebbe una copertura legale a chi fornisce servizi in modalità *online*, compresi i “microlavori”.

Tuttavia, anche se il nuovo rapporto di lavoro speciale dovesse interessare solo coloro che forniscono servizi *off-line* attraverso piattaforme, sarebbe necessario specificare il suo quadro funzionale di applicazione, che potrebbe essere articolato in vari modi.

Una prima opzione sarebbe quella di identificare l'impresa (piattaforma), anche se, date le numerose e imprevedibili – a causa della loro varietà – formule prospettabili, questo potrebbe essere un obiettivo difficile da raggiungere. Inoltre, questo non sembra essere il criterio più efficiente, dato che, anche se in numero ridotto, le piattaforme assumono anche lavoratori “comuni”⁹².

Il perimetro funzionale del rapporto di lavoro speciale potrebbe essere delineato anche attraverso la definizione di un paradigma che definisca le condizioni in cui il prestatore eserciterà la sua attività. Questa operazione richiederebbe

87 Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Sobre la calificación jurídica de la prestación de servicios de reparto a plataformas digitales*. SJS núm. 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019 (sentencia núm. 53/2019), in *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n° 1, 2019. pp. 1 a 8. p. 6

88 A. TODOLÍ SIGNES, *El trabajador en la «Uber economy»: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario*, cit., p. 13/23; B. SUÁREZ CORUJO, *op. cit.* p. 54.

89 Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *op. cit.*, p. 6.

90 Segnatamente, S. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 123.

91 Dell'11 luglio, *Lo Statuto del Lavoro Autónomo*. BOE 12-7-07.

92 Le piattaforme sono di solito intese come organizzazioni in cui non vengono assunti più lavoratori del necessario. A titolo di esempio, l'articolo di giornale “*Especuladores, tráfugas del taxi e inversores VIP: se dispara el negocio a la sombra de Uber y Cabify*” (pubblicato da Ángel Munariz su Infolibre il 5 agosto 2018) riporta che, secondo i suoi conti del 2016, la filiale spagnola di Uber (Uber Systems Spain) aveva alle proprie dipendenze solo 8 lavoratori, mentre Cabify ne aveva 273, e nessun autista, che, secondo fonti dell'azienda, erano incaricati di sviluppare l'applicazione e di supervisionare il funzionamento del servizio.

la definizione di criteri “generali” (ad esempio, la reale libertà di connessione, la possibilità di svolgere l’attività in un determinato regime, cioè, indipendentemente dai mezzi o dai percorsi, ecc.). In ogni caso, quali che siano i fattori di differenziazione che identificano il rapporto di lavoro speciale, ciò che, a mio avviso, sarebbe indiscutibile, è che, in un eventuale esame della sua sussistenza, sarebbe indispensabile tener conto delle informazioni fornite dai dati reali (vero contenuto obbligatorio), e non degli accordi formali (*nomen iuris*). In questo modo, e anche se si tratta di un rapporto di lavoro speciale, in caso di controversia sulla sua natura giuridica, il giudice dovrebbe comunque procedere ad un “giudizio di ponderazione”, cioè sottoporre il rapporto allo stesso tipo di operazione che alcuni rifiutano, ritenendola dagli esiti incerti.

Dal canto suo, la definizione del rapporto di lavoro speciale, collegata a determinati settori di attività, sarebbe probabilmente inutile. A parte il fatto che renderebbe gravoso il compito di individuare i diversi settori eventualmente interessati, lo sforzo sarebbe forse inutile per il futuro, data la più che probabile estensione di quella formula di attività a settori in cui, ad oggi, non sussiste una sua percepibile applicazione. Sono infatti numerosi i contributi dottrinali che alludono alla diffusione delle formule digitali in settori o attività molto diversi (trasporti, servizi domestici, cura della persona, riparazione di elettrodomestici, distribuzione e consegna di piccoli oggetti o pasti a domicilio, ecc.)⁹³. A ciò va aggiunto che, poiché molti dei rapporti di lavoro speciali in vigore hanno un profilo settoriale, il legislatore dovrebbe optare, o per il mantenimento di quelli esistenti, e limitarsi in questo caso a modificarne lo statuto per incorporare le varianti della piattaforma, oppure per la “duplicazione” delle norme in modo che, ad esempio, accanto al “normale” rapporto speciale di lavoro del servizio domestico, ne sia prevista un’altra per quando questa attività è fornita dalla piattaforma.

C) *Le condizioni differenziali rispetto al rapporto di lavoro “ordinario”*

Ovviamente, l’alternativa del rapporto di lavoro speciale comporterebbe la definizione dell’insieme delle condizioni differenziali rispetto ad una prestazione lavorativa comune. Dato il regime giuridico stabilito per quelli esistenti, questa “peculiarità” potrebbe concernere, ad esempio, le fonti che fissano i diritti e i doveri di entrambe le parti contraenti, il profilo o il regime di alcune condizioni (individuali e/o collettive) di lavoro, o i termini estintivi del rapporto tra le parti. Inoltre, e non meno importante, sarebbe necessario stabilire i criteri per ancorare la nuova figura all’interno del campo di applicazione del sistema di protezione sociale.

In relazione a questi temi sono state avanzate diverse proposte. Alcune di esse, a mio parere, sono eccessive, essendo paradigmatico, in queste, il suggerimento

⁹³ Per tutti, J. CRUZ VILLALÓN, *El futuro del trabajo y su gobernanza*, in *Temas Laborales* n° 137, 2017, pp. 13 a 39. p. 16.

che in questo rapporto speciale «i lavoratori dovrebbero essere ritenuti responsabili per la negligenza commessa durante la fornitura dei servizi, compresi gli infortuni sul lavoro o i danni ai clienti e anche i danni al marchio o alla reputazione della piattaforma virtuale». A parte il fatto che configurare la responsabilità dei lavoratori è già possibile, escludere l'applicazione del principio della responsabilità oggettiva delle imprese per gli infortuni sul lavoro in un contesto lavorativo è, a mio parere, non solo un modo per cancellare uno dei pilastri del principio della responsabilità altrui, ma anche per sopprimere una delle più grandi conquiste del movimento operaio. In senso completamente opposto, è stato evidenziato⁹⁴ che l'estensione, anche a livello transnazionale, del principio di responsabilità dell'impresa al lavoro svolto attraverso le piattaforme, costituisce uno dei punti che dovrebbero caratterizzarne lo *status* giuridico, anche se dovesse essere classificato come lavoro autonomo, al di fuori dell'ambito della subordinazione.

Né sembra appropriato il suggerimento di attribuire al lavoratore il costo del tempo di attesa o del tempo di ricerca del cliente o di permettere che tale termine sia negoziato tra le parti. Si tratta di una proposta che, senza dubbio, violerebbe i criteri del diritto comunitario, sia perché sarebbe in diretta contraddizione con la giurisprudenza consolidata⁹⁵, sia perché pregiudicherebbe l'utile effetto della direttiva 2003/88/CE⁹⁶ e dell'art. 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁹⁷. Del resto, la proposta di sottoporre a negoziazione individuale la determinazione del regime di orario di lavoro, mi sembra manifestamente deleteria nella misura in cui può essere dubbia l'effettiva capacità negoziale di una delle parti del rapporto. In questo senso, dagli studi statistici disponibili⁹⁸ sembra si possa dedurre che coloro che in Spagna forniscono servizi *off-line* attraverso piattaforme, non sono precisamente – date le circostanze familiari, personali o di studio, ecc. – soggetti in grado di negoziare le loro condizioni di lavoro in posizione di ragionevole parità contrattuale.

Alla luce di quanto sopra, dubito che la creazione nella legge spagnola di un rapporto di lavoro speciale (o più rapporti di lavoro speciali?) volto a regolamentare il lavoro sulle piattaforme, sia un'opzione efficace e soddisfacente,

94 J.M. SERVAIS, *op. cit.*, p. 18 ss., e la dottrina ivi citata.

95 Si veda in proposito la sentenza della CGUE (di seguito CGUE) 10 settembre 2015, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.) contra Tyco Integrated Security SL y Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA*, C-266/14.

96 Direttiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 4 novembre 2003, *relativa a certi aspetti della disciplina dell'orario di lavoro*. DOUE n° L 299, 18-11-03.

97 Si vedano le indicazioni che possono desumersi da CGUE 14 maggio 2019, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Deutsche Bank, S.A.E.* °C-55/18.

98 A. PESOLE, C. URZI BRANCATI, E. FERNÁNDEZ-MACÍAS, F. BIAGI, I. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, *Platform Workers in Europe*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, consultabile al sito https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112157/jrc112157_pubsy_platform_workers_in_europe_science_for_policy.pdf.

anche solo per evitare la “fuga” dalla subordinazione, obiettivo che, secondo i suoi sostenitori, ispira questa opzione normativa.

5. L'opzione dell'esclusione ha efficacia costitutiva?

Un'altra delle proposte delineate intorno al trattamento legale del lavoro fornito *off-line* attraverso le piattaforme, è stata quella di suggerire la sua esplicita esclusione dall'ambito di applicazione della regola lavoristica, intervenendo su quello che Luis Enrique de la Villa⁹⁹ ha definito il “presupposto qualificativo” della subordinazione. Questa esclusione avrà presumibilmente efficacia costitutiva se sarà disposto che si farà a meno degli elementi che determinano dogmaticamente la subordinazione (alienità, dipendenza, ecc.).

Il meccanismo della esclusione costitutiva, fondato sull'impulso di alcuni postulati ideologici, dovrebbe concretizzarsi, secondo i canoni tradizionali del sistema spagnolo, in una disposizione espressa nello stile di quello che, all'epoca, ha dato origine all'attuale articolo 1.3.g) dello Statuto dei Lavoratori¹⁰⁰. Ciò significherebbe far confluire nel lavoro autonomo il mondo dei collaboratori attraverso piattaforme *off-line* che, data la presumibile crescita della figura, potrebbe implicare il graduale ma inarrestabile assottigliamento dello spazio occupato dal diritto del lavoro, così come lo conosciamo oggi.

In merito alla realizzazione di questa proposta, occorre considerare che – come accade in altro sistema giuridico vicino¹⁰¹ – che l'esclusione sarebbe costituzionalmente possibile solo se fosse prevista attraverso una disposizione di legge, come previsto dall'art. 35.2. della Costituzione spagnola.

Una volta soddisfatta questa condizione, è opportuno ricordare la giurisprudenza costituzionale espressa con la sentenza 227/1998¹⁰², secondo la quale la disposizione dell'art. 35.2 non si limita a configurare una riserva di legge, ma attribuisce al legislatore la regolamentazione di uno specifico regime giuridico che ha rilevanza costituzionale in quanto determina la portata soggettiva di alcuni diritti costituzionali (a titolo esemplificativo, ma non esaustivo, gli artt. 7, 28.1 e 2, ecc.), al di là del piano procedurale (principio di diritto 4°). Tuttavia, questo potere di definire l'ambito soggettivo di uno statuto dei lavoratori non è affidato al legislatore con assoluta libertà (principio di diritto 4°), ma, piuttosto, «data la rilevanza costituzionale che tale esclusione acquisisce, si dovrà evitare che, per

99 L.E. DE LA VILLA GIL, *op. cit.*, p. 112.

100 Incorporato nello Statuto dei Lavoratori dal D.F. 7^a della Legge 11/1994, 19 maggio, che modifica alcuni articoli dello Statuto dei lavoratori, e del testo articolato della legge sulla procedura del lavoro e della legge sulle infrazioni e le sanzioni nell'ordinamento sociale. BOE 23-5-94.

101 M. DE LUCA, *op. cit.*, p. 7.

102 Del 26 novembre 1998. Pleno. Con una votazione speciale, non legata alla questione che ci occupa.

mezzo di essa, non venga effettuata [sic] una restrizione costituzionalmente illegittima dei lavoratori come settore sociale».

In questo modo, continua la sentenza, «al legislatore è vietato dagli articoli 14 e 35.2 del C.E., una volta incorporati determinati criteri per definire la prestazione di lavoro rientrante nell'ambito di applicazione del diritto del lavoro (come quelli contenuti nell'articolo 1.1 dello Statuto dei Lavoratori), e, sulla base di tali criteri, definiti i rapporti contrattuali che devono essere regolati secondo le finalità e i principi di tale normativa, escludere dall'ambito di applicazione così configurato, e dai diritti da esso derivanti, gruppi di lavoratori o determinati tipi di prestazioni sulla base di un criterio che, oltre che ingiustificato o irragionevole, è costituzionalmente inaccettabile in quanto contrario al principio di uguaglianza» (principio di diritto 5°).

In altri termini, l'opzione, anche legislativa, di escludere dall'ambito della subordinazione alcuni prestatori di lavoro, in questo caso quelli che operano *off-line* attraverso piattaforme, è soggetta ad un canone di costituzionalità che può essere rispettato solo dopo aver valutato alcuni elementi, quali la giustificazione della scelta legislativa e la sua proporzionalità, valutate in relazione alla finalità e agli effetti perseguiti dal provvedimento.

Tale canone potrebbe quindi diventare uno dei principali ostacoli alla convalida della scelta dell'esclusione, soprattutto se la sua unica giustificazione è da ricercarsi, ad esempio, nel lavoro nel campo dell'economia digitale.

Tuttavia, anche se si ipotizzasse la validità costituzionale dell'esclusione, è ovvio che i problemi di definizione, che sono stati brevemente descritti nel paragrafo 4, sarebbero riprodotti in modo più grossolano, in termini la cui analisi supera il quadro concesso per lo sviluppo di questo contributo.

6. Diritto dell'Unione Europea e inquadramento del lavoro su piattaforma

L'azione dell'UE sull'argomento in discussione è, a mio avviso, inequivocabile e assolutamente rilevante per quanto riguarda l'inquadramento giuridico dell'attività di servizio *off-line* attraverso le piattaforme. Poiché, sebbene frammentari e di profondità disomogenea, alcuni interventi sono già stati fatti, ne commenterò brevemente alcuni, data la lunghezza limitata di questo testo.

In tal modo, pur essendo incentrate su un tema diverso, furono emesse, all'epoca, decisioni giudiziarie che, secondo numerose voci dottrinali nazionali e internazionali¹⁰³, rafforzarono la tesi che l'attività delle piattaforme non poteva essere considerata come un mero servizio di intermediazione, se erano

103 Rispetto al diritto francese, E. DOCKÉS, *op. cit.*, p. 7, nel diritto italiano, M. BIASI, *op. cit.*, p. 6, o M. DE LUCA, *op. cit.*, p. 6, e in Spagna, recentemente e per tutti, J. GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 48. D'altra parte, è meno entusiasta della sua importanza nel campo del lavoro J.M.

soddisfatte determinate condizioni legate all'effettiva organizzazione dei compiti forniti attraverso di esse.

Secondo la dottrina, classificando Uber come azienda di trasporto e non come azienda della società dell'informazione, proprio perché non è un semplice intermediario tra cliente e fornitore, ma piuttosto come entità che organizza un servizio, in questo caso di trasporto, la sentenza della CGUE del 20 dicembre 2017¹⁰⁴ ha facilitato – anche se non ha definito – l'inquadramento di tale attività rispetto alle nozioni di dipendenza e alienità e, di conseguenza, rispetto alla qualificazione lavoristica di coloro che forniscono servizi attraverso la piattaforma.

Proiettata al di là della piattaforma Uber, il pregio di queste sentenze non era tanto quello di stabilire che chi operava come fornitore di servizi *off-line* attraverso le piattaforme dovesse comunque essere considerato lavoratore, quanto quello di consentire o favorire una visione più incline a tale qualificazione, negando o mettendo in discussione la premessa che il sistema delle piattaforme si collocasse al di fuori del tradizionale regime di fornitura di servizi per il solo fatto di essere articolato attraverso mezzi digitali.

In questo senso, una risposta negativa sarebbe data all'interrogativo, forse retorico, sollevato da De Luca¹⁰⁵, se le innovazioni tecnologiche e il loro impatto sul rapporto di prestazione di servizi, siano di tale calibro e rilevanza da diventare di per sé una sorta di “fonte del diritto” nel determinare la costituzione, la modifica o la non applicazione di altre disposizioni normative che hanno finora disciplinato le diverse figure di prestazione di servizi.

Al di là delle conseguenze che la dottrina ha dedotto da questa pronuncia, l'idea che la fornitura di servizi attraverso le piattaforme debba essere valutata e trattata negli stessi termini di quelle che operano rispetto a qualsiasi altra fornitura dispiegata nello stesso settore attraverso strumento più analogici o tradizionali può essere considerata rafforzata dalla Direttiva (UE) 2019/1152¹⁰⁶. In particolare, l'ottavo considerando del preambolo della direttiva chiarisce che la stessa si riferisce all'abuso dei lavoratori autonomi come mezzo per mascherare il lavoro non dichiarato e rifuggire dagli obblighi legali e fiscali; e, in secondo luogo, menziona espressamente i «lavoratori delle piattaforme online» come uno dei vari gruppi¹⁰⁷ che dovrebbero essere considerati come lavoratori ove siano soddisfatti determinati criteri, il che allinea l'UE alla tesi che, di per sé, il

GOERLICH PESET, *La prestación de servicios a través de plataformas ante el Tribunal de Justicia: el caso Uber y sus repercusiones laborales*, in *Trabajo y Derecho* n° 43-44, 2018, Smarteca, p. 1/10. p. 4 e ss. 104 SCS *Elite Taxi c. Uber*, C-434/15, in particolare punti 34 a 39; successivamente, nello stesso senso e per le stesse ragioni, CGUE 10 aprile 2018, *Uber France SAS*, C-320/16, in particolare punti 21 e 24.

105 M. DE LUCA, *op. cit.*, p. 3.

106 Del Parlamento Europeo e del Consiglio 20 giugno 2019 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea. DOUE n° L 186 11 luglio 2019.

107 Si menzionano espressamente altri gruppi come i lavoratori domestici, i lavoratori su richiesta, i lavoratori intermittenti, i lavoratori retribuiti con voucher, i tirocinanti e gli apprendisti.

lavoro *offline* attraverso le piattaforme non dovrebbe essere considerato, soltanto per quella specifica circostanza, al di fuori dell'ambito del diritto del lavoro, e che neppure l'attività svolta dalle piattaforme dovrebbe essere considerata, di per sé, al di fuori dei paradigmi del diritto del lavoro.

Stabilito quanto sopra, è altresì rilevante che la Direttiva sottolinei l'importanza di effettuare, se del caso, quello che, in altre parti di questo lavoro, abbiamo chiamato "giudizio di ponderazione", che, come la stessa direttiva afferma, «dovrebbe essere guidato dai fatti relativi al lavoro effettivamente svolto, e non dalla descrizione delle parti del rapporto». La direttiva presuppone quindi anche la naturale applicazione del principio imperativo nell'ambito dei giudizi di qualificazione, rispetto alle tesi che rinviano all'autonomia individuale.

Un altro dettaglio rilevante che, a mio parere, deriva dalla direttiva 2019/1152, è che, per definire la sua portata soggettiva, i criteri da considerare sono quelli utilizzati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea per stabilire lo *status* o la condizione di lavoratore. In questo modo, sono criteri quelli che definiscono l'effettiva applicazione della Direttiva che, ove sussistenti, comportano la qualificazione del soggetto come lavoratore, con il conseguente obbligo dell'ente per il quale fornisce i servizi, di rispettare i dettami stabiliti dallo Stato che deve recepirli. Inoltre, alla luce della menzionata importanza di adottare misure a livello dell'Unione, è probabile che, dal punto di vista del diritto europeo, sia inaccettabile che uno Stato membro, ignorando tale indicazione, limiti la nozione di lavoratore desumibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, riducendo così l'effetto applicativo della direttiva 2019/1152. In questo senso, è molto significativo che le eccezioni "generaliste", che la direttiva stessa contempla rispetto alle sue regole, siano dichiarate come facoltative per gli Stati membri e riguardano solo alcune categorie di dipendenti pubblici (cfr. capitolo 9 e art. 1.6 della direttiva), i lavoratori marittimi (capitolo 10 e art. 1.8 della direttiva), o coloro che, in quanto lavoratori, svolgono un'attività prestabilita inferiore a 3 ore settimanali in media in un periodo di riferimento di quattro settimane (capitolo 11 e art. 1.3 della direttiva). Va notato che nessuna di queste indicazioni riguarda i lavoratori *off-line* a servizio delle piattaforme, poiché, sebbene inizialmente sia possibile che il lavoro effettivamente svolto sia in media inferiore a tre ore settimanali, l'eccezione prevista dall'art. 1, paragrafo 3, è legata esclusivamente al caso in cui tale situazione sia determinata prima dell'inizio dell'attività, cosicché una corretta classificazione dei casi in cui non è garantito un volume di lavoro prestabilito, comporterebbe l'inclusione dei relativi lavoratori nel gruppo di cui all'art. 1, paragrafi 4 e 12, della direttiva.

È vero che, come è consuetudine nel diritto dell'Unione Europea, lo *status* di lavoratore è determinato in relazione a determinati istituti o direttive, e non in generale. È anche vero che le indicazioni della direttiva 2019/1152 sono rilevanti solo per le materie dalla stessa disciplinate. Ciò nonostante, i riferimenti espliciti della direttiva al lavoro attraverso piattaforme sembrano giustificare la

normale riconduzione al diritto del lavoro di questa categoria di soggetti, sollecitando le autorità nazionali legislative e giudiziarie a recepire una nozione europea di lavoratore di portata maggiore di quella stabilito nella maggior parte dei modelli nazionali.

In questo senso, e anche se i limiti logici dello spazio mi impediscono di approfondire questa idea, mi sembra interessante ricordare che, secondo un principio ribadito e mantenuto in pronunce relative a diversi argomenti (libera circolazione dei lavoratori, orario di lavoro, ecc.), la nozione europea di lavoratore trascende le definizioni di ciascuno degli Stati Membri, cosicché, ai fini della sua valutazione, è irrilevante, non solo la qualifica data dalle parti del rapporto contrattuale¹⁰⁸, come si è visto nel diritto spagnolo, ma anche le qualifiche o gli statuti particolari che il legislatore o le autorità pubbliche nazionali hanno deciso di attribuire a una o più categorie di prestazioni di servizi¹⁰⁹.

In questo senso, e poiché, secondo una giurisprudenza consolidata¹¹⁰, «dall'esigenza di applicazione uniforme del diritto dell'Unione e dal principio di uguaglianza discende che la formulazione di una disposizione del diritto dell'Unione che non faccia esplicito riferimento al diritto degli Stati membri, deve essere interpretata per determinarne il significato e la portata in modo autonomo e uniforme in tutta l'Unione», occorre ricordare che lo sforzo legislativo nazionale di escludere un gruppo di prestatori di servizi dal settore lavoristico, non sempre può limitare l'applicazione del diritto comunitario.

Senza spazio per ulteriori esempi o commenti, non sembra escluso che il diritto comunitario e la giurisprudenza siano gli strumenti di maggiore impatto per “suturare” il divario che processi di digitalizzazione mal gestiti potrebbero causare nel mercato del lavoro, sia per i lavoratori dipendenti che per quelli autonomi, con conseguenti indesiderati effetti di frattura della coesione sociale.

108 Così, in una causa riguardante la protezione contro il licenziamento di una donna incinta, un membro del consiglio di amministrazione di amministrazione, si veda CGUE dell'11 novembre 2010, *Danosa*, C-232/09, paragrafi 41 e 40; o in un caso riguardante la parità retributiva CGUE del 13 gennaio 2004, *Allonby*, C-256/11, paragrafi 70 e 71.

109 Tra le altre, CGUE 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, paragrafo 20; CGUE 10 settembre 2014, *Haralambidis*, C-270/13, paragrafo 40; CGUE 21 febbraio 2018, *Matzak*, C-518/15, paragrafo 29.

110 Così, CGUE 19 settembre 2013, *Brey*, C-140/12, paragrafo 49; CGUE 11 aprile 2019, *Tarola*, C-483/17, paragrafo 36.

La disconnessione digitale in Spagna: una proposta di regolazione per la prevenzione dello stress¹

Óscar Requena Montes

SOMMARIO: 1. Introduzione: il rapporto inscindibile tra salute e lavoro. – 2. Una precisazione necessaria a proposito dei rischi psicosociali. – 2.1. I fattori di rischio psicosociale. – 2.2. I rischi psicosociali. – 2.3. Il danno. – 3. Lo stress come rischio psicosociale: il suo rapporto con il lavoro. – 3.1. Lo stress. – 3.2. Lo stress lavoro-correlato. – 3.2.1. Approccio soggettivo allo stress lavorativo. – 3.2.2. Approccio oggettivo allo stress lavorativo. – 3.3. Il *techno-stress* lavoro-correlato. – 4. La connettività permanente: il diritto alla disconnessione digitale. – 4.1. *Background*. – 4.2. La regolamentazione di fonte legale del diritto in Spagna. – 4.3. Il significato di disconnettere. – 5. Conclusione: una proposta per una differente regolazione.

1. Introduzione: il rapporto inscindibile tra salute e lavoro

È noto che il lavoro, o l'attività professionale che una persona svolge, non è solo un modo per sopravvivere, cioè per ottenere denaro sufficiente a coprire il costo dei bisogni umani più elementari: cibo, vestiti e alloggio.

La famosa piramide dei bisogni umani disegnata, nel 1943, da Abraham Maslow ne dà un buon resoconto. Attraverso questa classificazione, lo psicologo umanistico ha creato un ordine gerarchico dei cinque obiettivi o bisogni dell'individuo in relazione al lavoro, distinguendo le prime due fasi, formate dai bisogni fisiologici e dalla sicurezza (stabilità fisica, ma anche economica e occupazionale, tra gli altri), rispetto ad altri tre obiettivi quali le relazioni sociali, l'affetto o l'appartenenza ad un gruppo (*love*), l'autostima e il riconoscimento degli altri (*esteem*) e, infine, l'auto-realizzazione².

* La traduzione del presente Capitolo è stata curata dal Dott. Tommaso Maserati.

1 Questo scritto costituisce il risultato del progetto di ricerca DER2017-83488-C4-3-R dal titolo “*Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital*” finanziato dal Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación e dal FEDER.

2 A.H. MASLOW, *A Theory of Human Motivation*, in *Psychological Review*, vol. 50, num. 4, 1943, pp. 372-383 e 394.

Pertanto, il lavoro e l'intero ambiente che lo circonda possono essere una fonte di reddito, ma anche una fonte di ispirazione, di creatività e di sviluppo personale, di generazione di amicizie o di altre relazioni sociali e, in breve, di pace e di progresso, sia individualmente che collettivamente³. Qualcosa di simile sta accadendo per quanto riguarda le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione (NTIC), e, soprattutto, per quanto riguarda i *social network* e alcune altre applicazioni digitali. Anche se, in origine, la loro funzione pratica più elementare era quella di permettere la comunicazione tra i loro utenti, la verità è che molte persone hanno trovato in loro il luogo ideale per sviluppare, in tutto o in parte, la loro attività economica o lavorativa, ottenendo così una buona parte del loro reddito. Inoltre, è sempre più comune percepire le reti di comunicazione virtuale come il mezzo preferito per coprire le esigenze di autostima – a seconda dei *likes* ricevuti – e di appartenenza ad un gruppo, al punto da sentire un vuoto o un isolamento se non si pubblica alcun contenuto – immagini, riflessioni, ecc. – per un periodo di tempo prolungato.

Ebbene, in relazione a quanto sopra, la nota definizione di “salute” fornita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), nel 1946, suggerisce che la stessa non consiste solo nell'«assenza dello stato di malattia o infermità», poiché il concetto è molto più ampio e si traduce in «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale»⁴. Questa definizione è stata integrata da una precisazione rilevante per quanto riguarda questo scritto, e cioè che «il godimento del più alto livello di salute raggiungibile è uno dei diritti fondamentali di ogni essere umano senza distinzione di razza, religione, ideologia politica, condizione economica o sociale». Tuttavia, il *pericolo* ci accompagna per tutta la vita, e l'attività lavorativa non fa eccezione, sicché la stessa non è estranea all'applicazione del suddetto principio fondamentale dell'OMS. Al contrario, è nel corso della prestazione lavorativa, quando non si tiene conto del giusto equilibrio tra le condizioni di lavoro e il fattore umano, che si moltiplicano i rischi di ogni tipo e condizione. Questa realtà, che è presente da ben prima che il rapporto di lavoro stesso fosse regolamentato, non ha ricevuto la necessaria attenzione, dal punto di vista dei diritti e dei doveri delle parti del contratto di lavoro, proprio fino al XIX secolo.

Dunque, se i primi approcci alla prevenzione dei rischi sul lavoro si concentravano su fattori di rischio che potevano causare quasi esclusivamente danni fisici al lavoratore – come cadute, colpi o tagli – e, successivamente, questa gamma è stata ampliata per includere sostanze nocive – fisiche, chimiche o biologiche – e fattori ergonomici, la vera sfida dei nostri tempi è senza dubbio quella dei cosiddetti *rischi psicosociali*. Pertanto, nessuno dubita che i rischi

3 Analogamente, OIT, *El estrés en el trabajo: un reto colectivo*, Ginevra, 2016.

4 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, in *Documentos básicos, Suplemento de la 45ª edición*, ottobre 2006.

professionali siano in evoluzione⁵ e che, tra quelli che sono stati catalogati come rischi sul lavoro emergenti⁶, i rischi psicosociali abbiano assunto un ruolo di primo piano⁷. Tuttavia, la novità e la rilevanza di tali rischi è direttamente connessa all'incessante comparsa e sviluppo di nuove tecnologie e nuovi modi di lavorare o di produrre, che aumentano il numero di persone esposte e il loro grado di esposizione alla disponibilità permanente, al sovraccarico di lavoro, alla risoluzione urgente di conflitti e, in breve, a situazioni di stress⁸. In questo senso, un sondaggio condotto nel 2012 dall'impresa Randstad, affermava che il 64% degli spagnoli ha lavorato durante il proprio tempo libero, e il 39% ha ritenuto di dover essere disponibile a lavorare in qualsiasi momento⁹.

Questa è stata la conclusione cui è giunta gran parte della dottrina come conseguenza dell'analisi evolutiva dei rapporti di lavoro che, negli ultimi cinquant'anni, e soprattutto nei paesi sviluppati o in via di sviluppo, ha anche visto un'evidente transizione verso un modello produttivo atomizzato (decentramento produttivo e subappalto), *terziarizzato* (prevalentemente nel settore dei servizi¹⁰) e accelerato (cambiamento tecnologico costante e rapido), richiedendo un'enorme flessibilità in tutte le sue variabili.

Il percorso intrapreso in Spagna per far fronte a questa flessibilizzazione, che avrebbe potuto essere ben diverso, è stato caratterizzato dalla de-standardizzazione del rapporto di lavoro, dove la temporaneità¹¹ – e la proliferazione di contratti di lavoro atipici –, timidamente accettata negli anni 80 e fortemente

5 Come sottolineato dalla CGUE nella sentenza del 15 novembre 2011 (C-49/00), il concetto di rischio sul lavoro è dinamico.

6 EU-OSHA, *Expert forecast on emerging psychosocial risks related to occupational safety and health*, Luxembourg, 2007. Disponibile a: <https://osha.europa.eu/en/publications/reports/7807118> (ultimo accesso: 29.10.2019).

7 Come si evince dalle due Indagini europee sui rischi nuovi ed emergenti (ESENER) condotte nel 2009 e nel 2014. La terza indagine è in corso nel 2019 e, come indicato nella sua sintesi, l'intervistatore chiede alle oltre quarantamila aziende "come gestiscono la salute e la sicurezza, quali sono le questioni più importanti e se vengono presi in considerazione anche temi come lo stress". Disponibile a: <https://osha.europa.eu/es/surveys-and-statistics-osh/esener> (ultimo accesso: 29.10.2019).

8 Ciò è evidenziato anche dall'articolo 4 dell'Accordo del Comitato del Gruppo BNP Paribas del 10 gennaio 2017.

9 I risultati di indagini simili condotte in altri paesi dell'Unione Europea sono disponibili a: Eurofound and ILO, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union and International Labour Office, Luxembourg and Geneva, 2017, p. 23.

10 La progressiva rilevanza che le manifestazioni derivanti dai rischi psicosociali stanno raccogliendo è direttamente correlata alla crescita del settore terziario, dove abbondano le attività strettamente connesse a questo tipo di rischio.

11 Nel 2019, la Spagna continua a guidare l'Unione Europea ed è sul podio dei paesi dell'OCSE con il più alto tasso di contratti a tempo determinato. Vedi il rapporto *OECD Employment Outlook 2019: The future of work* a <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/9ee00155-en/1/2/2/index.html?itemId=/content/publication/>

incoraggiata a partire dal decennio successivo, sembra essere stata consolidata e affermata – non in teoria, ma in pratica – come regola generale nel campo dei contratti di lavoro. Questa e molte altre condizioni socio-lavoristiche, come l’alto tasso di disoccupazione generale e giovanile¹², la possibilità di organizzare l’attività dell’azienda nel suo complesso “con un *click*” o tramite un’applicazione scaricata sullo *smartphone*, nonché la disponibilità di meccanismi di controllo aziendale sempre più invadenti, portano ad un sentimento di instabilità e fragilità da parte del lavoratore. Questa fragilità lo rende molto più vulnerabile a certi eccessi, siano essi imposti dal datore di lavoro, dalla concorrenza o, infine, autoimposti per coprire tutti i possibili obiettivi, indipendentemente dal fatto che debba usare il suo tempo libero per “tenere il passo”¹³. È in questa maniera che il lavoratore cerca di mantenere il proprio posto di lavoro di fronte alla minaccia di una concorrenza sempre più agguerrita e alla sempre più semplice, economica e talvolta anche risoluzione acausale dei contratti di lavoro.

Uno scenario come quello descritto, in cui la flessibilizzazione delle condizioni di lavoro si riproduce molto chiaramente nell’aumento dell’orario di lavoro formale e, soprattutto, informale (o escluso dalla giornata lavorativa ufficiale), costituisce il terreno di coltura ideale per lo sviluppo di rischi psicosociali in capo al lavoratore, tra cui spiccano lo stress sul lavoro, la fatica visiva e la violenza sul lavoro.

In sintesi, lo scopo di questo scritto è, da un lato, quello di evidenziare l’ampia influenza che, nel contesto sopra descritto, l’uso (improprio) dei media digitali può avere sull’insorgere di rischi psicosociali e, più specificamente, il legame tra lo stress e la connettività senza limiti a cui il lavoratore è spesso sottoposto. D’altra parte, e sulla base della conferma di questo rapporto, proporrà una ridefinizione giuridica della connessione digitale come fattore di rischio psicosociale, in modo che la stessa al di fuori dell’orario di lavoro sia regolata come un diritto e un obbligo dei soggetti che fanno parte del rapporto di lavoro.

9ee00155-en&_csp_=b4640e1ebac05eb1ce93dde646204a88&itemIGO =oecd&itemContent#section-d1e1218 (ultimo accesso: 29.10.2019).

12 Va ricordato che il tasso di disoccupazione generale e giovanile in Spagna (13,8% e 32,2% nell’agosto 2019) continua ad occupare il secondo posto tra i Paesi che compongono l’Unione Europea, superato solo dalla Grecia (17% e 33%), entrambi lontani dalla media dei 28 Paesi che attualmente compongono l’Unione Europea (6,2% e 14,2%). Dati ottenuti da Eurostat, *Statistics explained*, disponibile a https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Unemployment_statistics e <https://www.statista.com/statistics/266228/youth-unemployment-rate-in-eu-countries/> (ultimo accesso: 29.10.2019).

13 La “NTP 1123: *Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*”, 2018, definisce tale situazione con il termine “*leaveism*”, coniato dal ricercatore dell’Università di Manchester Ian Hesketh.

2. Una precisazione necessaria a proposito dei rischi psicosociali

Se uno degli obiettivi di questo capitolo è quello di considerare se e come la connessione permanente ai dispositivi tecnologici ed elettronici possa incidere sulla salute dei lavoratori, risulta assolutamente necessario esaminare le differenze che distinguono i tre termini connessi agli aspetti psicosociali che si possono trovare nell'ambiente di lavoro. Questi sono: i fattori di rischio psicosociale, i rischi psicosociali e i danni psicosociali.

2.1. I fattori di rischio psicosociale

Quando parliamo di “fattori di rischio psicosociale” ci riferiamo a tutti quegli aspetti dell'organizzazione e del suo contesto che possono potenzialmente generare danni. Il fatto di specificare che sono “a rischio” non è né gratuito né capriccioso. Tuttavia, ci sono diversi fattori psicosociali sul lavoro che possono produrre effetti positivi, che hanno ricevuto meno attenzione dottrinale di quelli potenzialmente dannosi, anche se il loro studio avrebbe potuto incoraggiare l'investimento da parte delle imprese nella creazione di organizzazioni salubri¹⁴. Per questo motivo, i fattori psicosociali sul lavoro sono stati definiti per la prima volta dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), nel 1984, come segue¹⁵: «I fattori psicosociali sul lavoro sono costituiti da interazioni tra il lavoro, il suo ambiente, la soddisfazione sul lavoro e le condizioni della sua organizzazione, da un lato, e le capacità, i bisogni, la cultura e la situazione personale del lavoratore al di fuori del lavoro, dall'altro, che, attraverso le percezioni e le esperienze, possono influenzare la salute e le prestazioni e la soddisfazione sul lavoro»¹⁶.

A mio parere, e ai fini di questo studio, risulta particolarmente rilevante l'inclusione della «situazione personale al di fuori del lavoro» come un aspetto del lavoratore che, di fronte alle condizioni organizzative dell'azienda in cui fornisce servizi, può essere, sia una condizione che favorisce la coesistenza di obblighi lavorativi e personali, sia, al contrario, un elemento di rischio per la salute del lavoratore. Questa seconda possibilità, in particolare, in quanto fattore di “rischio” psicosociale, è l'oggetto del presente studio, fatta salva la possibilità

14 Idea difesa da B.M. JIMÉNEZ, *Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales*, in *Medicina y Seguridad del Trabajo*, vol. 57, 2011, disponibile a: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2011000500002 (ultimo accesso: 29.10.2019).

15 Nell'ordinamento giuridico spagnolo, il primo riferimento ufficiale risale al 1997, quando l'allegato VI del Regio Decreto 39/1997, che disciplina i Servizi di Prevenzione, ha incorporato la specialità “Ergonomia e fattori psicosociali” nella formazione necessaria per ottenere il titolo di Tecnico Superiore nella Prevenzione dei Rischi Psicosociali.

16 OIT, *Factores psicosociales en el trabajo: naturaleza, incidencia y prevención*, in *Serie Seguridad, Higiene y Medicina del Trabajo*, num. 56, 1984.

di contribuire con alcune idee su come ribaltare gli effetti negativi di alcune caratteristiche del lavoro in misure efficaci e positive a favore della salute e della produttività del lavoratore.

Anche se abbiamo alcuni riferimenti nell'Unione Europea¹⁷, il regolamento contenuto nella Legge 31/1995, dell'8 novembre, sulla Prevenzione dei Rischi del Lavoro (d'ora in poi LPRL) non descrive esplicitamente cosa si debba intendere per rischi psicosociali o fattori di rischio psicosociali, ma li prende in considerazione nel suo art. 4.7, quando definisce la *condizione di lavoro* come «qualsiasi caratteristica del lavoro che possa avere un'influenza significativa sulla generazione di rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori» e fornisce come esempi di tali «caratteristiche» non solo i tipi di locali, attrezzature, prodotti o strumenti e i tipi e le modalità di utilizzo degli agenti fisici, chimici e biologici, ma anche «tutte quelle caratteristiche del lavoro, comprese quelle relative alla sua organizzazione e alla sua gestione, che influenzano l'entità dei rischi a cui il lavoratore è esposto». Secondo le parole di Rivas Vallejo, questo includerebbe qualsiasi fattore legato al lavoro che ha o potrebbe avere un impatto sulla psiche e sulla salute mentale del lavoratore¹⁸.

Insomma, anche se l'elenco dei fattori psicosociali può essere molto ampio – e, di fatto, lo era fin dalla sua proposta iniziale –, si potrebbe ipotizzare una classificazione in base alla fonte specifica dell'aspetto o del conflitto, in modo da ottenere tre grandi gruppi:

- a) Il primo gruppo atterrebbe alla dimensione individuale, vale a dire, sarebbero quelle condizioni di lavoro che riguardano ogni singolo lavoratore, come le sue funzioni o il contenuto del suo lavoro, il carico di lavoro, il livello di responsabilità della posizione occupata in relazione alle sue competenze, il grado di autonomia, l'instabilità del posto di lavoro, la turnazione o la fornitura di servizi in orari atipici, ecc.;
- b) In secondo luogo, tra i fattori di rischio organizzativo, o fattori di rischio derivanti dall'organizzazione del lavoro in azienda, troveremmo il modello autoritario o democratico di gestione, il riconoscimento delle prestazioni lavorative, la trasparenza o l'opacità nel processo decisionale, la messa a disposizione di risorse umane e tecniche per svolgere l'attività, il clima di lavoro, i meccanismi di adattamento ai cambiamenti che possono verificarsi e l'organizzazione dell'orario di lavoro¹⁹;

17 Art. 4.3 della Direttiva 2010/32/UE del Consiglio del 10 maggio 2010, recepita in Spagna con ordinanza ESS/1451/2013 del 29 luglio. Cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 15 novembre 2001 (causa C-49/00, *Commissione vs. Italia*).

18 P. RIVAS VALLEJO, *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Comares, Granada, 2009, p. 20.

19 R. CLADELLAS, *La ausencia de gestión de tiempo como factor de riesgos psicosociales en el trabajo*, in *Intangible capital*, 2008, pp. 238-241.

c) Infine, i fattori di rischio esterni all'azienda, come il rapporto del dipendente con i clienti, la sua autostima personale (non professionale) o i rapporti familiari o di amicizia.

Si noti che nella "lista non esaustiva dei fattori di rischio psicosociale" di cui alla pagina 3 del documento «NTP 1123: Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo», del 2018, è stata inserita come unico fattore psicologico la «diminuzione del tempo di riposo mentale e fisico necessario per il recupero del lavoratore a causa del prolungamento dell'orario di lavoro favorito dall'uso delle TIC e dalla connettività permanente, che si sovrappone al tempo libero e al tempo di riposo». La citata Nota Tecnica sulla Prevenzione comprende poi anche altri fattori di rischio che possono essere inclusi nell'aspetto della conciliazione della vita professionale e familiare, che saranno esaminati in seguito.

2.2. I rischi psicosociali

Se, nel definire i fattori di rischio psicosociale, si considera la loro potenzialità di generare un danno, i rischi psicosociali non sono quel danno, ma il risultato immediato dei suddetti fattori che, in determinate circostanze, genereranno un danno alla persona del lavoratore; o, se del caso, al datore di lavoro, poiché si tratta di rischi "sul lavoro", in astratto, senza specificare la figura lesa. Pertanto, l'alta probabilità che il danno si verifichi fa parte del contenuto intrinseco del concetto di "rischi psicosociali". Due esempi paradigmatici di rischi sociali sono principalmente lo stress professionale – in tutte le sue variabili – e la violenza o le molestie sul lavoro, che, a loro volta, possono trovare espressione con diverse modalità.

Non vi è dubbio che una situazione estrema e/o prolungata di stress o di violenza sul posto di lavoro rappresenti un rischio grave e potenzialmente pericoloso per la salute del lavoratore, che molto probabilmente porterà alla comparsa di malattie fisiche e/o mentali. Tuttavia, la valutazione se lo stress, in quanto rischio psicosociale, sia causato da conflitti familiari o personali o, al contrario, abbia la sua origine principalmente nelle condizioni di lavoro a cui il lavoratore è stato sottoposto, determinerà la classificazione di tale rischio come professionale o meno, con le conseguenze giuridiche da ciò derivanti, e che saranno esposte in seguito²⁰.

In questo studio ci concentreremo sullo stress connesso alle condizioni in cui viene prestata l'attività lavorativa, approfittando di questa contestualizzazione

20 J. SÁNCHEZ PÉREZ, *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: una visión global y práctica*, Comares, Granada, 2016, p. XV, sottolinea che, a differenza della qualificazione automatica come malattia professionale che potrebbe essere fatta rispetto alla sindrome del *burn-out*, in caso di *stress* professionale il legame causale tra la patologia diagnosticata e il lavoro dovrebbe essere valutato e accreditato.

per affrontare il tema del diritto alla disconnessione digitale. Tuttavia, la richiesta aziendale di iperconnettività può raramente essere qualificata come causa determinante del *mobbing*. Questo, a meno che non vengano osservate «molestie ripetute e costanti nei confronti della persona del lavoratore con richieste continue e persistenti»²¹ per mezzo di dispositivi elettronici e con l'intenzione di intaccare la sua integrità morale, che potrebbero invece portare alla classificazione in termini di *mobbing*.

Infatti, al fine di differenziare, da un lato, le situazioni di stress causate dall'esercizio abusivo dei poteri gestionali e, dall'altro, il *mobbing*, la giurisprudenza non si è concentrata sui mezzi attraverso cui viene causato il danno al lavoratore (organizzazione del lavoro o rapporti personali), ma su altri quattro criteri: 1°. Gli obiettivi: un maggiore utilizzo della forza lavoro (essendo quindi lo stress un rischio indiretto e un danno collaterale) o, invece, un danno effettivo alla personalità del lavoratore. 2°. La protezione giuridica: di fronte allo stress prodotto da un'esposizione obbligata ed eccessiva ai mezzi di comunicazione con l'azienda, sarà possibile, se del caso, attivare i meccanismi di protezione previsti dalla legislazione ordinaria, mentre il *mobbing* costituisce un attacco al diritto all'integrità morale di cui all'art. 15 della Costituzione spagnola; 3°. Il danno causato: nella stessa ottica, in caso di stress, questo è prodotto o favorito dalla violazione del rispetto dei diritti del lavoro da parte dell'azienda, ma in caso di *mobbing*, i diritti direttamente attaccati sono quelli della salute del lavoratore e, in questo contesto, della sua integrità psicologica; 4°. La prova: il fatto di provare l'arbitrarietà aziendale e il suo legame con l'aumento dello stress può servire allo scopo di qualificare il danno come connesso al lavoro, ma se lo scopo è quello di provare l'esistenza di un vero e proprio *mobbing*, sarà necessario dimostrare l'intento aziendale di provocare questo specifico danno e altri requisiti della patologia, così come è stata descritta dalla psicologia²².

In conclusione, secondo questi criteri, la qualificazione della connessione digitale imposta dal datore di lavoro come *mobbing* è fortemente limitata, in quanto condizionata all'esistenza di un "dolo specifico" da parte del datore di lavoro. Per questo motivo, l'analisi di questo studio si concentrerà sulla figura dello stress da lavoro.

2.3. Il danno

Le malattie o lesioni, di cui alla sezione precedente, prodotte a seguito della mancata prevenzione o protezione contro i fattori di rischio, sono quelle che

21 Con le parole di M. I. RAMOS QUINTANA, *Estrés laboral y deterioro de la salud: la organización del trabajo en la empresa como centro de imputación*, in M. I. RAMOS QUINTANA (a cura di), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 32.

22 STSJ di Murcia, del 3 di settembre del 2003, che conferma la sentenza del Juzgado de lo Social di Murcia, numero 7, 30 maggio 2003.

possiamo identificare come “danni derivanti dal lavoro”²³. Questi danni potrebbero essere suddivisi, in una prima classificazione basata sulla natura degli aspetti colpiti, in fisici (mal di schiena, tremori, problemi cutanei o renali, ecc.), o mentali (ansia, insonnia, depressione...). Ma la verità è che alcuni di essi sono intimamente connessi e colpiscono indistintamente in entrambe le direzioni (in particolare, si pensi alle malattie cardiovascolari), soprattutto quando lo stress diventa un fattore stimolante di dipendenza da alcol, droghe, quando non trova un esito fatale come nel suicidio. Sono stati infatti i drammatici episodi di suicidio dei lavoratori francesi, verificatisi negli ultimi tempi, a stimolare la preoccupazione e lo studio dello stress come rischio psicosociale sul posto di lavoro.

3. Lo stress come rischio psicosociale: il suo rapporto con il lavoro

Una volta identificato lo stress come rischio psicosociale, è importante sapere esattamente in cosa consiste per: a) differenziarlo da altri rischi psicosociali come il *burn-out* o la violenza sul lavoro; b) chiedersi se la connessione a dispositivi digitali messi al servizio del lavoratore per svolgere la sua attività lavorativa sia un fattore psicosociale potenzialmente stressante; e c) in caso affermativo, chiedere al datore di lavoro di informare i suoi lavoratori sui rischi generali e specifici inerenti alla loro specifica prestazione lavorativa²⁴.

3.1. Lo stress

Lo stress, come definito dalla Real Academia de la Lengua Española, è la «tensione causata da situazioni travolgenti e che portano a reazioni psicosomatiche»²⁵. Da questa definizione possono quindi essere estrapolate tre fasi chiave: la prima è l'esistenza o la creazione di situazioni che, oggettivamente o soggettivamente, sono oppressive; la seconda fase consiste nella comparsa di tensioni causate dalla situazione di oppressione precedentemente esistente; in terzo luogo, secondo un rapporto di causa-effetto e a causa della situazione oppressiva e della successiva sensazione di oppressione, si produce nel corpo una reazione che colpisce la psiche.

Rispetto alla definizione di stress sul posto di lavoro, che esamineremo più avanti, l'individualizzazione del processo non è qui così evidente, poiché non si dice nulla sul fatto che la “situazione stressante” sia il risultato delle

23 Secondo l'articolo 4.3 della LPRL, sono considerate tali «le malattie, le patologie o le lesioni subite in occasione di lavoro».

24 Secondo G. CALVELLINI, M. TUFO, *Lavoro e vita privata nel lavoro digitale*, in *Labor: Il lavoro nel diritto*, n. 4, 2018 p. 410, l'informazione sarebbe il primo passo, che dovrebbe essere seguita da una formazione e da un'efficace disconnessione.

25 *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Estrés*, disponibile in <https://dle.rae.es/estrés?m=&e=> (ultimo accesso: 29.10.2019).

caratteristiche particolari della persona (fobie, esperienze traumatiche, livello di pazienza, ecc.) o che sia il risultato di un contesto o di condizioni “oggettivamente” stressanti. Così come non si può negare che lo stress abbia una componente soggettiva intrinseca, è anche ovvio che ci sono situazioni che oggettivamente hanno più probabilità di provocare un senso di disagio rispetto ad altre. Così, ad esempio, per un cittadino medio, l’immersione senza bombola di ossigeno genererà alti livelli di stress e potenziali danni alla salute, se la durata dell’attività supera il mezzo minuto. Al contrario, nell’intervallo tra i cinque e i venti secondi, due persone sperimenteranno sensazioni diverse a seconda della loro capacità respiratoria, della loro tecnica o della paura di tuffarsi in acqua.

Prendendo in considerazione entrambe le opzioni, si intende anche sottolineare che il livello di stress sarà fortemente determinato anche dalla *componente situazionale*, soprattutto quando la persona è sottoposta a pressioni a cui non è abituata, per le quali non è stata addestrata e la cui esposizione prolungata è, nella maggior parte dei casi, rischiosa. Analogamente, sul posto di lavoro, le condizioni di lavoro influenzeranno in un modo o nell’altro il livello di stress vissuto dal lavoratore.

3.2. Lo stress lavoro-correlato

In tutti i settori, compreso il lavoro, un certo grado di stress (noto come *eustress*) è riconosciuto come sano e persino positivo, in quanto tali “buoni fattori di stress”, “fattori di stress positivi” o “*challenges*” stimolano la creatività e la produttività²⁶. Tuttavia, il mantenimento di livelli di stress eccessivi può essere molto pericoloso per la salute mentale, così come per la salute fisica.

In realtà, quanto esposto nelle precedenti sezioni dimostra chiaramente come lo stress professionale non sia di per sé una malattia, ma una dimensione di rischio probabile o imminente per la salute²⁷. Esistono infatti solide indagini che riconoscono e affermano la presenza e la consistenza di uno stretto legame tra stress da lavoro e salute, in particolare con alcune malattie causate da alterazioni del sistema nervoso e cardiovascolare²⁸. Si tratta, dunque, di una questione di fondamentale importanza, poiché le malattie cardiovascolari sono la principale causa di morte e di disabilità nell’Unione europea. Nondimeno, le aree in cui lo stress sul lavoro produce disturbi sono molto varie e vanno dagli aspetti mentali (demotivazione, depressione) o respiratori (come l’asma).

26 Anche se è pur vero che alcuni studi hanno messo in discussione questo rapporto tra livelli moderati di *stress* e prestazioni, come evidenziato da C. CATALINA ROMERO, J. ROMÁN GARCÍA, *El desafío del estrés laboral*, in C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (a cura di), *Riesgos Psicosociales: Teoría y Práctica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 25-26.

27 C. CATALINA ROMERO, J. ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, p. 26.

28 AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, *Investigación sobre el estrés relacionado con el trabajo*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas,

a quelli muscoloscheletrici (come il mal di schiena), dermatologici (ad esempio psoriasi o alopecia) o endocrini (diabete).

3.2.1. *Approccio soggettivo allo stress lavorativo*

Fino a tempi relativamente recenti, vi era un ampio consenso in dottrina rispetto alla conclusione per cui lo stress lavorativo non sarebbe altro che una «tensione fisica o psicologica che si verifica quando c'è uno squilibrio tra le richieste fatte dall'organizzazione del lavoro e l'ambiente di lavoro, e le risorse dei lavoratori per affrontarle (o controllarle)»²⁹.

In questo modo, lo stress è stato tradizionalmente considerato come un fenomeno di sovraccarico rispetto ai compiti da svolgere, perché considerati eccessivi per la quantità di competenze e risorse materiali e temporali che la persona ha a disposizione³⁰. Come è stato detto, si parte dalla premessa – qui non messa in discussione – che non tutte le persone siano uguali e reagiscano allo stesso modo alle stesse circostanze, in modo che ciò che può essere stressante per alcuni, potrebbe essere attraente e motivante per altri. Tra le caratteristiche personali che possono influenzare se una persona è più incline allo stress o, meglio, in grado di affrontare tali situazioni, ci sono: la percezione della situazione, la motivazione e l'impegno nell'azienda in cui lavora, o l'esperienza di aver vissuto eventi particolarmente difficili in passato (morte di familiari o di amici intimi, divorzio dei genitori, ecc.)³¹.

In breve, lo stress legato al lavoro sarebbe una perdita di controllo sulla situazione da parte della persona (il lavoratore), che sembra essere incolpata o largamente responsabile della comparsa dello stress. Questo “dito accusatore” è usato per perpetuare un discorso “machista” che etichetterebbe il lavoratore stressato come “pigro” o “debole”, mentre si presume che non abbia la capacità (talvolta non intellettuale o fisica, ma semplicemente di sopportazione) che hanno altri soggetti³². Una situazione che non farebbe altro che “allargare la ferita” e portare a nascondere la paura di non poter corrispondere alle istruzioni

Luxemburgo, 2000. Come esempio di ricerca più concreta, v. R. CLADELLAS, *op. cit.*, p. 248.

29 C. CATALINA ROMERO, J. ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, p. 24.

30 Nei termini utilizzati da J. SÁNCHEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. XIII: «Lo stress lavorativo è il risultato del disequilibrio tra le esigenze e le pressioni che affronta il lavoratore, da un lato, e le sue conoscenze e capacità, dall'altro» (trad. dell'A.).

31 J. M. MARTÍNEZ SELVA, *Tecnoestrés laboral: el estrés derivado de la implantación de las nuevas tecnologías*, in AA.VV., *Annuario internacional sobre prevención de Riesgos Psicosociales y calidad de vida en el trabajo 2016: Nuevas tecnologías de la Información y la Comunicación y Nuevos Riesgos en el Trabajo*, UGT, 2016, p. 127.

32 È stata P. RIVAS VALLEJO, *op. cit.*, p. 23, a sottolineare il problema generato dalla cultura machista ancora presente nelle organizzazioni per affrontare il problema dello stress, che è servito a sottolineare il carattere preventivo che le misure antistress dovrebbero avere.

ricevute o alle aspettative riposte in quella persona³³, che, a breve termine, causerà una situazione di bassa autostima o depressione.

Questo è uno dei motivi per cui un settore dottrinale, con cui concordo, sostiene che la causa dello stress non sia tanto nella figura del lavoratore e nelle sue qualità o competenze, quanto, più probabilmente, nella mancanza di capacità di *leadership* da parte di chi dirige l'azienda o, soprattutto, nella non corretta organizzazione delle risorse umane, dei compiti e dei tempi, secondo gli obiettivi ragionevoli che l'ente dovrebbe fissare e, a sua volta, assegnare ai propri dipendenti³⁴. Questa prospettiva o modalità di affrontare il problema dello stress professionale può essere chiamato "approccio oggettivo" al problema e può già essere osservato in altre definizioni di stress professionale, dove coesiste con la prospettiva soggettiva.

3.2.2. *Approccio oggettivo allo stress lavorativo*

Come sottolineato più sopra, esiste una teoria relativamente opposta alla definizione di stress da lavoro come fattore di natura soggettiva. In questo senso, la pagina web dell'Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo – precedentemente Instituto Nacional de Seguridad e Higiene – può essere consultata per verificare che, per questa istituzione, lo stress lavorativo, oltre ad essere «la risposta, fisica ed emotiva, ad uno squilibrio tra le esigenze percepite e le capacità di un individuo di affrontare tali esigenze», è anche «una delle conseguenze dell'esposizione ai rischi psicosociali», potendo essere inteso come «una situazione lavorativa in cui si verificano condizioni psicosociali avverse o sfavorevoli»³⁵.

Così lo concepisce anche Sánchez Pérez, per il quale lo stress lavorativo deve essere «inteso come una reazione emotiva, fisiologica o comportamentale, che si produce di fronte ad aspetti negativi o nocivi del lavoro, dell'organizzazione e dell'ambiente di lavoro», avvertendo anche l'importanza di questo rischio emergente sul posto di lavoro, «in considerazione dell'enorme costo umano che presenta, sia in termini economici che sociali»³⁶. In questo modo, è possibile

33 Come critica M. I. RAMOS QUINTANA, *op. cit.*, p. 29.

34 Secondo il sondaggio StressPulse del fornitore di EAP ComPsych del primo semestre 2006, la maggior parte (46%) dello stress legato al lavoro deriva dal carico di lavoro, mentre lo stress legato al lavoro per problemi personali si riduce al 28%. Gli altri due fattori principali sono la difficoltà di conciliare la vita personale e familiare (20%) e l'instabilità del lavoro (6%). Informazioni ottenute da: <https://www.stress.org/workplace-stress/> (ultimo accesso: 29.10.2019). Vedi, nello stesso senso, OIT, *La prevención del estrés en el trabajo: Lista de puntos de comprobación*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginevra, 2013, p. 13.

35 INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, disponibile a <https://www.insst.es/-/que-es-el-estres-laboral-> (ultimo accesso: 29.10.2019).

36 J. SÁNCHEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 3. Sorprendentemente, secondo il sito web dell'*American Institute of Stress*, negli Stati Uniti si calcola che il costo dello stress raggiunge i 300 miliardi di euro all'anno. Vedi www.stress.org (ultimo accesso: 29.10.2019).

spersonalizzare la causa dello stress, poiché tali aspetti del lavoro che lo circondano saranno probabilmente “negativi o dannosi” per qualsiasi individuo che li debba affrontare.

Nondimeno, lo stress può sorgere indipendentemente dalla funzione svolta, dal tipo di contratto stipulato, dal luogo di lavoro in cui viene prestata l'attività lavorativa o dalle dimensioni dell'azienda per cui si lavora. Ma, allo stesso tempo, tali condizioni influenzano i fattori di stress più comuni nel contesto lavorativo. Infatti, le funzioni e il luogo di lavoro determinano in larga misura le condizioni fisiche (calore, rumore, sovraffollamento, ecc.) e il grado e la durata dell'esposizione che il dipendente deve sopportare. Inoltre, per la stessa attività lavorativa possono osservarsi notevoli differenze nel carico di lavoro e nel ritmo di lavoro, a seconda dell'azienda in cui si lavora e di chi la gestisce. In questo senso, le dimensioni e la gerarchia dell'organizzazione possono anche influenzare le opzioni di avanzamento di carriera, il cambiamento di lavoro, la mobilità geografica e l'assunzione di maggiori responsabilità, aumentando il rischio di stress dovuto a cambiamenti improvvisi o a una scarsa adattabilità con i nuovi colleghi. Indipendentemente da ciò, tuttavia, sono spesso il datore di lavoro o i superiori gerarchici che, alterando arbitrariamente la giornata lavorativa, prolungando il tempo di lavoro e di permanenza in azienda, ritardando il momento in cui il salario è dovuto o richiedendo la connessione permanente con i dispositivi elettronici, producono direttamente lesioni psicofisiche al lavoratore³⁷.

3.3. Il *techno-stress* lavoro-correlato

Proseguendo con quanto segnalato nella sezione precedente, tra le condizioni di lavoro che si distinguono come generatrici di stress esamineremo: a) l'assegnazione delle mansioni (carico di lavoro eccessivo, poche e ridotte pause, orari di lavoro molto lunghi, disturbi causati dal lavoro a turni, ecc.)³⁸; b) l'instabilità del lavoro (contratti a breve termine, minaccia di licenziamento, basse aspettative di carriera, cambiamenti improvvisi di funzioni e di posto di lavoro, ecc.); c) lo stile di gestione (autoritarismo, scarsa comunicazione, scarsa partecipazione dei lavoratori al processo decisionale, mancanza di attenzione all'equilibrio tra lavoro e vita privata, ecc.); d) i conflitti tra i ruoli (richieste del capo e del cliente, sovrapposizione di esigenze lavorative e familiari o personali); e) i rapporti interpersonali (competitività, diffidenza o *mobbing* tra colleghi o da parte di supervisori o clienti); f) le condizioni fisiche o ambientali (sovraffollamento,

37 M. I. RAMOS QUINTANA, *op. cit.*, pp. 31-32.

38 Come sottolinea J. M. MARTÍNEZ SELVA, *op. cit.*, p. 133: «Se si lavora troppe ore durante la settimana lavorativa, quando arriva il fine settimana, si mantiene un alto livello di attivazione e non è facile distaccarsene» (trad. dell'A.). Nello stesso senso, v.: J. M. RAGSDALE, T. A. BEEHR, *A rigorous test of a model of employee's resource recovery mechanisms during a weekend*, in *Journal of Organizational Behaviour*, 37, 2016, pp. 911-932.

inquinamento atmosferico, ecc.³⁹). Ebbene, se queste sono state le condizioni di lavoro che tradizionalmente sono state evidenziate come fattori di rischio psicosociale, in seguito Kompier ha indicato come ulteriori dieci cause di stress lavoro-correlato, tra le quali: “l’economia 24 ore su 24”, la flessibilità del lavoro, la continuità della giornata lavorativa a casa e le TIC⁴⁰.

A questo proposito, dobbiamo tener presente che, prima dell’attuale rivoluzione tecnologica, basata sulla robotica, sugli algoritmi e sul digitale, il mercato del lavoro già sperimentava – e beneficiava – della presenza dei *computer* nei luoghi di lavoro. Quella rivoluzione, come spesso accade, ha portato con sé la sostituzione o la modifica di molti posti di lavoro, la creazione di alcuni e la scomparsa di altri. Ha richiesto, quindi, profondi cambiamenti nelle modalità di esecuzione delle mansioni (che hanno visto un aumento della sedentarietà, della fatica visiva, ecc.) e un processo di apprendimento e di aggiornamento da parte dei lavoratori interessati, che è stato interessante, sia dal punto di vista giuridico – diritto alla formazione, possibilità di licenziamento per mancanza di adattamento alle modifiche operate nel lavoro –, sia dal punto di vista psicologico⁴¹.

Useremo questi precedenti per chiarire la portata del già famoso *techno-stress*. Non casualmente, fu il già citato passaggio all’uso intensivo del *computer* e alle attività *online* ad aprire ai primi problemi di *techno-stress*, intesi come «una malattia dell’adattamento causata dalla mancanza di capacità di affrontare in modo sano le nuove tecnologie informatiche»⁴². Quindi, da questo punto di vista, il *techno-stress* non sarebbe lo stress causato dalla tecnologia, ma una questione più concreta. Secondo le parole di Rivas Vallejo, consisterebbe «nella difficoltà di adattamento del lavoratore alle nuove tecnologie nel suo lavoro, che provoca sintomi di ansia, depressione e senso di incompetenza, tra gli altri»⁴³.

Dunque, allo stesso modo in cui si è discusso del significato dello *stress lavoro-correlato*, dovrebbe essere messa in discussione anche la concezione citata delle cause che comportano il prodursi dello *stress tecnologico* sul posto di lavoro. Quindi, se abbiamo detto che lo stress lavoro-correlato è causato, per lo più, da condizioni di lavoro dannose per il dipendente, si deve convenire che lo *stress*

39 Tra le tante altre fonti, è possibile consultare: NIOSH, *Stress... at work*, Publication no. 99-101. Disponibile a <https://www.cdc.gov/niosh/docs/99-101/pdfs/99-101.pdf?id=10.26616/NIOSH PUB99101> (ultimo accesso: 29.10.2019).

40 M. A. J. KOMPIER, *Bus drivers: Occupational stress and stress prevention*, International Labour Office, Geneva, 1996. Disponibile a http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_250105.pdf (ultimo accesso: 29-10-2019). Citato anche da P. RIVAS VALLEJO, *op. cit.*, p. 8.

41 Afferma che le innovazioni tecnologiche «producono nelle percezioni individuali di ansia e domanda costante» M.I. RAMOS QUINTANA, *op. cit.*, p. 29.

42 C. BROD, *Technostress: The human cost of the computer revolution*, Addison Wesley, Massachusetts, 1984. Su questa definizione si basa la “NTP 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención social”, 2004.

43 P. RIVAS VALLEJO, *op. cit.*, p. 6.

tecnologico include ogni manifestazione di stress indotta o influenzata dall'invasione nella vita quotidiana delle nuove tecnologie. Vale a dire, lungi dal limitare la causa del *techno-stress* alla sensazione di non adattarsi ai progressi tecnologici⁴⁴, sarà necessario estendere il campo di applicazione di questo concetto ai processi lavorativi che richiedono il contatto costante del lavoratore con i dispositivi elettronici, generando una situazione di stress eccessivo e costante⁴⁵.

Sarà quindi necessario integrare, come fattori di rischio di *techno-stress* o di stress tecnologico, le nuove caratteristiche incorporate dai più recenti progressi tecnologici, come la facile portabilità dei dispositivi, la moltitudine di applicazioni che mettono al servizio dell'utente, l'espansione delle reti Wi-Fi, il potenziale dei *social network* come mezzo di diffusione di massa, la semplicità e la velocità con cui si può contattare virtualmente un'altra persona e, in relazione a quanto sopra, la cultura allargata dell'immediatezza e della connettività permanente, la spersonalizzazione delle relazioni umane, così come l'alta probabilità di *infoxication* o di sovraccarico di informazioni a nostra disposizione, che non siamo in grado di elaborare⁴⁶.

In breve, il «*techno-stress*, come lo stress in generale, è un termine “*catch-all*” che comprende diversi tipi specifici di *techno-stress*, come, ad esempio, tecno-ansia, tecno-fatica e tecno-dipendenza»⁴⁷, che appaiono in diversi punti di questo testo.

Alla luce di quanto sopra, e riprendendo quanto indicato all'inizio di questa sezione, concordo pienamente con i suddetti autori italiani e con Dans Álvarez De Sotomayor, per quanto riguarda le modalità preventive per affrontare lo stress tecnologico, che comprendono «il fondamentale ricorso alla formazione

44 Come sottolinea, in relazione al concetto di *techno-stress* professionale, E. GONZÁLEZ COBALEDA, *Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: una perspectiva de protección diferente*, in *CEF-RTSS Comentarios y Casos Prácticos*, num. 387, 2015, pp. 21 e 39: «dobbiamo dissociarci dall'errata concezione che incolpa il lavoratore per il suo mancato adattamento a queste nuove forme di organizzazione del lavoro attraverso le NTIC» (trad. dell'A.).

45 In modo analogo, è stato sottolineato che «il *techno-stress* è causato dall'uso continuo e contemporaneo di computer e dispositivi digitali, dalla gestione di un flusso continuo di informazioni derivanti dall'uso delle tecnologie e dall'inadeguata ergonomia dei luoghi di lavoro e delle attività che producono dolore psicologico e disfunzioni (in contrapposizione a sintomi che vanno dall'ansia alla stanchezza, a problemi comportamentali e problemi del sistema cardiovascolare)». Cfr. A. ROTA, *El debate europeo sobre el derecho a la desconexión en las relaciones de trabajo*, in AA.VV., *Anuario internacional sobre prevención de Riesgos Psicosociales y calidad de vida en el trabajo 2016: Nuevas tecnologías de la Información y la Comunicación y Nuevos Riesgos en el Trabajo*, cit., p. 295.

46 Vedi, *ex pluris*: L. HJORTH, *La poética del retraso: medios móviles, tecnologías omnipresentes y nociones de lugar*, in J. M. AGUADO TERRÓN, I. MARTÍNEZ MARTÍNEZ (a cura di), *Sociedad móvil: tecnología, identidad y cultura*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009, pp. 127-130 e J. VAN DIJCK, *The culture of connectivity: A critical history of social media*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

47 “NTP 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención social”, 2004.

permanente» e «i sistemi di disconnessione digitale che permettono di garantire e proteggere il diritto al riposo e, in ultima analisi, la salute dei lavoratori»⁴⁸.

4. La connettività permanente: il diritto alla disconnessione digitale

Finora, è stato notato come la tecnologia stia cambiando le condizioni in cui i dipendenti prestano la loro attività lavorativa all'interno delle organizzazioni produttive. È stato dimostrato che queste condizioni possono diventare veri e propri fattori di rischio per la salute dei lavoratori. Tra queste condizioni di lavoro rese possibili dalle nuove tecnologie, abbiamo evidenziato la massificazione delle informazioni, il mantenimento della stessa posizione o di posizioni inadeguate per molte ore, il contatto diretto e prolungato con gli schermi digitali o l'obbligo esplicito o implicito di rispondere immediatamente alle comunicazioni commerciali o dei clienti. Queste condizioni, o fattori psicosociali, si trasformano in rischi sul lavoro reali di vario tipo, che finiscono per tradursi in stress lavoro-correlato o tecnologico. Infine, questi rischi finiscono per provocare disturbi fisici (muscolo-scheletrici, calvizie, ecc.) e malattie mentali o psicologiche (soprattutto cambiamenti improvvisi di comportamento e depressione), che possono portare ad esiti tragici come il suicidio.

Abbiamo voluto focalizzare l'attenzione sui fattori psicosociali organizzativi che influenzano il rischio di stress causato dall'assenza di disconnessione e di riposo a cui portano quei fattori o condizioni legate all'organizzazione del lavoro. Questo percorso aiuterà a comprendere la dimensione, lo scopo e la natura del diritto che sarà esaminato in seguito: il diritto alla disconnessione digitale.

4.1. Background

Viviamo in un'era digitale che tende a eliminare i confini temporali e spaziali⁴⁹; basta rendersi conto che, da un lato, una mail viaggia su grandi distanze in pochi millisecondi e, dall'altro, oggi abbiamo accesso a una rete Wi-Fi anche in volo. Se a ciò si aggiunge l'elevata applicabilità delle invenzioni tecnologiche, il

48 L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *Incidencia de las tecnologías digitales en la salud psicosocial de los trabajadores*, in M. I. RAMOS QUINTANA (a cura di), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 66. Similmente, la NTP 730: *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención social*, del 2004, indica che a livello organizzativo la strategia dovrebbe concentrarsi sulla riduzione delle richieste (ad esempio, attraverso una riprogettazione tecnologica) o sull'aumento delle risorse (supporto tecnico, formazione...) e l'autoefficacia specifica per l'uso della tecnologia. Cfr. M. SERRANO ARGÜESO, "Always on". *Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, num. 2, 2019, pp. 188-189.

49 Sulla liquidità delle dimensioni spazio-temporali: Z. BAUMAN, *Modernidad líquida*, Fondo de cultura económica, México, 2003.

cui progresso raggiunge praticamente ogni campo e compito, il risultato è che pochi riescono ad astrarsi dalla cultura installata nelle società avanzate. Società basate sull'immediatezza e sul contatto costante con i dispositivi tecnologici chiamati a semplificare e velocizzare qualsiasi compito.

Nessuno ci ha informato, né tanto meno ci ha addestrato, sull'uso corretto e ragionevole della tecnologia. Pertanto, è lasciata a ciascuno la scelta di come utilizzare tali strumenti, di quali applicazioni o contenuti utilizzare o visitare e quanto tempo dedicare ad essi. Questa libertà positiva può però rivelarsi ingannevole e rivoltarsi contro di noi quando l'attrazione verso i vantaggi offerti da tali meccanismi ci rende dipendenti dell'informazione e schiavi dei nostri *computer* o dei nostri telefoni cellulari⁵⁰. In questo senso, non mancano in dottrina le voci che sostengono l'importanza dell'inclusione della capacità o la competenza di scollegarsi come componente sostanziale della competenza digitale⁵¹, e anche del curriculum scolastico⁵².

Questo problema, di carattere generale, ha, come è stato detto, gravi implicazioni nel contesto lavorativo, di cui almeno due sono degne di nota:

l'offuscamento o la scomparsa delle fasce orarie che, da tempo immemorabile, separavano il tempo e lo spazio di lavoro dal tempo per il riposo⁵³, quest'ultimo

50 La *tecnodipendenza* è definita nella "NTP 730: *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención social*", del 2004, come un tipo di *techno-stress* caratterizzato dall'«incontrollabile costrizione ad utilizzare le TIC "in ogni momento e in ogni luogo", e ad utilizzarle per lunghi periodi di tempo».

51 V. C. NAVAL *et al*, *Sobre la necesidad de desconectar: algunos datos y propuestas*, in *Education in the Knowledge Society*, vol. 17, n. 2, 2016, p. 84. Anche la Raccomandazione del Consiglio dell'Unione Europea del 22 maggio 2018 sulle competenze chiave per l'apprendimento permanente (2018/C 189/01), che già interpreta la competenza digitale non solo come l'uso "sicuro e critico" ma anche "responsabile" delle tecnologie di apprendimento digitale: «La competenza digitale implica l'uso sicuro, critico e responsabile delle tecnologie digitali per l'apprendimento, il lavoro e la partecipazione alla società, nonché l'interazione con esse. Comprende l'alfabetizzazione sull'informazione e sui dati, la comunicazione e la collaborazione, l'alfabetizzazione mediatica, la creazione di contenuti digitali (compresa la programmazione), la sicurezza (compreso il benessere digitale e le competenze in materia di sicurezza informatica), le questioni di proprietà intellettuale, la soluzione di problemi e il pensiero critico. Le persone devono capire come le tecnologie digitali possono favorire la comunicazione, la creatività e l'innovazione ed essere consapevoli delle opportunità, dei limiti, degli impatti e dei rischi che comportano» (trad. dell'A.).

52 Proposta di risoluzione del Parlamento europeo del 24 novembre 2008 sull'alfabetizzazione mediatica in un mondo digitale (2008/2129(INI)): «18. Sottolinea che l'educazione mediatica dovrebbe far parte di un'educazione formale accessibile a tutti i bambini e dovrebbe essere parte integrante del programma scolastico a tutti i livelli di scolarizzazione» (trad. dell'A.).

53 Questa biforcazione è stata rigorosamente mantenuta dai tribunali europei, riluttanti ad includere la possibilità di parlare di un "terzo tempo" diverso dal lavoro e dal riposo. Si veda, tra le altre sentenze, una delle più recenti: la sentenza della Corte di giustizia europea del 21 febbraio 2018 (C-518/15, causa *Matzak*), che conclude che le guardie effettuate da un lavoratore a domicilio con l'obbligo di rispondere al datore di lavoro entro otto minuti devono essere considerate come orario di lavoro. Cfr. L. MELLA MÉNDEZ, *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y salud de los trabajadores*, in *Trabajo y Derecho*, num. 16, 2016, p. 33.

comprendente anche momenti personali o comunque autodeterminati, come il tempo libero – per divertimento o semplicemente per “non fare nulla” – il tempo della famiglia o il tempo dedicato alla formazione e allo sviluppo culturale come persona. Questa realtà ha una notevole influenza sui più giovani – “generazione Y”, “*millennials*” o nativi tecnologici – poiché stanno normalizzando una situazione pericolosa e dannosa per la loro salute fisica e mentale, come il mix indifferenziato di tempo libero e lavoro⁵⁴.

Rispetto al passato, il prolungamento e l'intensificazione della giornata lavorativa significa che, quando il lavoratore desidera disimpegnarsi dall'attività lavorativa per dedicarsi al riposo, da solo, accompagnato dalla famiglia o dagli amici, o per dedicarsi ai propri *hobby*, non potrà farlo o sarà più complicato, il che si ripercuoterà, prima o poi, sulle sue prestazioni lavorative⁵⁵. Questo perché l'essere umano non è, ovviamente, una macchina programmata per lavorare alla massima intensità e fermarsi “a secco”. Al contrario, così come accade quando abbiamo difficoltà a recuperare il fiato dopo aver corso a un ritmo standard e aver fatto uno sprint, più ore lavoriamo durante la settimana a un ritmo accelerato, più tempo sarà necessario per “tornare alla calma”.

I primi Paesi in cui tali cambiamenti sono stati osservati ed esaminati sono stati la Germania e la Francia⁵⁶. I precedenti nel paese teutonico hanno avuto origine nel 2014, quando, durante il dibattito sulla legge contro lo stress, è stata proposta una norma che vieta al datore di lavoro di comunicare con il lavoratore in determinati orari, salvo circostanze eccezionali⁵⁷.

La radice del dibattito tedesco, o i dati che lo hanno suscitato, è stato l'aumento del 40% del numero di assenze dal lavoro dovute a disturbi mentali (fondamentalmente stress e depressione) tra il 2008 e il 2011, che naturalmente ha preoccupato l'Istituto tedesco per la salute e la sicurezza (BAuA)⁵⁸. Allo stesso

54 È paradossale che all'inizio del secolo la confluenza del lavoro e del tempo libero fosse anche uno dei problemi più preoccupanti nell'uso della posta elettronica e nella navigazione in Internet, ma all'epoca, a differenza di oggi, la questione era discussa in termini di uso dell'orario di lavoro per scopi personali. Sul punto v. V.M.B. CARDONA RUBERT, *Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas*, in *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, num. 1 extra, 2003, pp. 165 ss.

55 Il controllo dei tempi di lavoro è una variabile potenzialmente positiva per il lavoro: R. KARASEK, *Job demands, job decision latitude, and mental strain: implications for job redesign*, in *Administrative Science Quarterly*, no. 24, 1979, pp. 285-308.

56 Uno studio al riguardo in: E. GONZÁLEZ COBALEDA, *op. cit.*, pp. 25-28. Vedi inoltre R. AGUILERA IZQUIERDO, R. CRISTÓBAL RONCERO, *Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica*, in AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos*, Vol. 2, Madrid, 2017, pp. 331-342.

57 M. R. VALLECILLO GÁMEZ, *El derecho a la desconexión: ¿“Novedad digital” o esbonismo del “viejo” derecho al descanso?*, in *CEF-RTSS*, num. 408, 2017, p. 138.

58 A. Rota, *op. cit.*, p. 292. Va inoltre notato che la causa principale del pensionamento anticipato in Germania è la salute psicosociale, come evidenziato da C. MOLINA NAVARRETE, *Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “Desconexión digital”, garantía del derecho al descanso*, in *Temas Laborales*, num. 138, 2017, p. 257.

tempo, una delle entità più rappresentative dell'imprenditoria tedesca ha approvato un accordo con il quale ha reso inoperativa la circolazione delle e-mail sui Blackberry dei suoi dipendenti durante l'orario non lavorativo⁵⁹.

In Francia, il primo precedente si trova nell'Accordo nazionale interprofessionale (ANI) del 19 giugno 2013, il cui art. 17 sottolinea i vantaggi delle TIC per i rapporti di lavoro, ma descrive anche i pericoli che le nuove tecnologie della comunicazione comportano in termini di fattori quali la confusione degli ambienti personali e di lavoro. Questo accordo sollecita le aziende a: conoscere, come valutazione preventiva, l'opinione e la realtà dei loro lavoratori in materia di TIC; offrire loro corsi di formazione e di sensibilizzazione e a stabilire i tempi di disconnessione come mezzo per conciliare vita professionale e vita personale.

Poi, sono state le grandi multinazionali francesi ad inserire clausole di disconnessione digitale nei loro accordi. Senza voler essere esaustivi, alcune aziende, individuate come pioniere, hanno adottato regolamentazioni che non sono andate esenti da critiche, soprattutto a causa della loro natura ambigua quando si è trattato di stabilire eccezioni rispetto del diritto alla disconnessione digitale per affrontare «particolari circostanze derivanti dall'urgenza e dall'importanza delle materie in questione»⁶⁰. A seguito di queste prime esperienze contrattuali, nel marzo 2015, su richiesta del Ministero del Lavoro francese, è stato pubblicato il Rapporto Mettling che, tra l'altro, configurava il diritto alla disconnessione digitale come un vero e proprio diritto e dovere di corresponsabilità, riconosciuto e richiesto ad entrambe le parti contraenti perché «dipende sia dalla formazione a livello individuale che dalla regolamentazione a livello aziendale»⁶¹.

Sulla base del suddetto rapporto, e con la chiara intenzione di recepire le esperienze contrattuali e, così, compensare le profonde riduzioni ai diritti del lavoro apportate dalla riforma del lavoro francese del 2016, la *Loi El Khomri*⁶² ha introdotto il diritto alla disconnessione digitale come eminentemente facoltativo per il lavoratore, ma con uno stile di scrittura che ne ha ridotto gli effetti, al punto da rendere il diritto una mera illusione o una reiterazione delle garanzie che i lavoratori già avevano⁶³. Vale la pena ricordare che questo regolamento è

59 Gruppo *Volkswagen*, in 2011. Questo “coprifuoco digitale” consisteva in una politica di blocco dell'accesso alle comunicazioni aziendali sul cellulare dalle 18:15 alle 07:00.

60 Articolo 20 dell'Accordo del Gruppo *Arèva*, firmato il 31 maggio 2012. È inoltre possibile consultare i contratti collettivi delle aziende quali *Thalès* (2014) e *Orange, Michelin* o *Natixis* (2016).

61 B. METTLING, *Informe Mettling, para adaptar el trabajo a la transformación digital*, in *Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social: Actualidad Internacional Sociolaboral*, num. 194, 2015, p. 136.

62 *Loi Travail* N° 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, chiamata così dal nome della ministra che l'ha proposta.

63 Uno degli studi più dettagliati della dottrina spagnola è quello di F. ALEMÁN PÁEZ, *El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088”*, in *Trabajo y Derecho*, num. 30, 2017, pp. 12-33.

stato una chiara fonte di ispirazione per altri legislatori nazionali, come quello italiano⁶⁴, belga o, come sarà spiegato più avanti, anche per quello spagnolo.

Per quanto riguarda la Spagna, il contratto collettivo AXA Seguros (BOE del 10.10.2017) è diventato famoso proprio perché includeva un articolo – il quattordicesimo – che doveva regolare il diritto alla disconnessione digitale. Tralasciando l'esame del suo contenuto, basti dire che la dottrina giuslavorista ha qualificato questa manovra come puro “marketing contrattuale”, simile ad alcune misure di responsabilità sociale d'impresa che spesso non aggiungono alcun diritto⁶⁵. Dato che sono stati recentemente pubblicati alcuni studi che si riferiscono ai contratti collettivi più recenti che hanno regolamentato la materia, ci riferiamo di seguito a queste regolamentazioni contrattuali⁶⁶.

4.2. La regolamentazione di fonte legale del diritto in Spagna

Avendo già brevemente delineato il contesto, è interessante approfondire la regolamentazione specifica di questo diritto tanto peculiare nel sistema giuridico spagnolo. In virtù delle sue caratteristiche, avrebbe potuto essere incluso, tra le altre alternative, sia nella legge fondamentale del lavoro – lo *Estatuto de los Trabajadores* (da qui in poi, ET) – come parte del contenuto del diritto al riposo (artt. 34 e 37 dello Statuto); o anche, essendo una materia che tende a creare o ad aumentare i rischi sul lavoro, poteva essere inserita negli artt. 14 – che obbliga il datore di lavoro ad adottare tutte le misure necessarie per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori in tutti gli aspetti relativi al lavoro –, e 19 della LPRL⁶⁷. Al contrario, il legislatore spagnolo ha ritenuto opportuno,

64 Cercando di trovare il collegamento con le modifiche presentate alla regolazione del *lavoro agile*: M. J. CERVILLA GARZÓN, *Avances en Italia y España hacia la regulación del derecho a la desconexión tecnológica y el nuevo “lavoro agile”*, in L. Mella Méndez (a cura di), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*, Vol. 1, Peter Lang, Bern, 2017, pp. 443-452. Un interessante esercizio nella costruzione giuridica del diritto alla disconnessione, regolamentato in Italia esclusivamente per il lavoro agile, per estenderlo al resto dei lavoratori in G. CALVELLINI, M. TUFO, *op. cit.*, pp. 406-412.

65 In questi termini si è espresso Miguel Rodríguez-Piñero Royo durante le domande della tavola sulla “Disconnessione digitale”, del Congresso su *Automatización, vigilancia y control de trabajadores y derechos fundamentales*, Valencia, 12 di settembre del 2019. Disponibile a https://www.youtube.com/watch?time_continue=89&v=nF1QNYyPe3c (ultimo accesso: 29.10.2019).

66 G. L. BARRIOS BAUDOR, *El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones*, in *Aranzadi Doctrinal*, num. 1, 2019 e M. MIÑARRO YANINI, *La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho*, in *CEF-RTSS*, num. 440, 2019.

67 Sono d'accordo, in ogni caso, che sarebbe inopportuno limitarlo alla dimensione della conciliazione tra tempo di lavoro e tempo della vita personale, poiché questo aspetto non è, a mio avviso, il più rilevante o il più strettamente legato al diritto in esame. A questo proposito, criticando l'opzione accolta in Francia di regolamentare tale diritto nel Codice del Lavoro ma inquadrandolo nel regime dei piani di parità di trattamento: F. ALEMÁN PÁEZ, *op. cit.*, p. 23. La dottrina francese ha compreso che l'oggetto dell'analisi è il diritto alla conciliazione, ma che dietro questa questione va rinvenuto il diritto alla salute: C. MATHIEU-GÉNAUT *et al.*, *Le droit à la déconnexion: une chimère?*, in *Revue de droit du travail*, no. 10, 2016, p. 592.

per il rapporto tra tecnologia e *privacy* che informa tale diritto, aggiungere un art. 20 *bis ad hoc* nell'ET, semplicemente per menzionarlo⁶⁸, pur mantenendo e sviluppando la sua regolamentazione nell'art. 88 della recentemente approvata *Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales* (da qui in poi, LOPDGDD).

Come verrà indicato più avanti, il diritto alla disconnessione digitale è contenuto in diversi diritti fondamentali, uno dei quali è il diritto alla *privacy*. Si può quindi affermare che il diritto alla disconnessione digitale è in realtà un complemento o una particolare espressione del diritto alla *privacy* – così come di altri diritti fondamentali ugualmente riconosciuti in capo al lavoratore nel rapporto di lavoro da parte dello stesso ET⁶⁹ – in una dimensione specifica caratterizzata dalla digitalizzazione o, più in generale, dalla tecnologia. Tuttavia, la tecnica legislativa utilizzata – ossia l'enunciazione del diritto all'art. 20 *bis* dell'ET – è quantomeno curiosa perché, sebbene il diritto alla disconnessione digitale appaia in quel precetto circondato da continue citazioni del diritto fondamentale alla *privacy* personale e lavorativa⁷⁰, una lettura attenta della disposizione sottolinea come il legislatore spagnolo cerchi costantemente di separarla dal diritto «alla *privacy* in relazione all'ambiente digitale», mettendo così in discussione la natura “fondamentale” del diritto alla disconnessione. Questa questione sarà ripresa più avanti.

Entrando nel merito, l'art. 18 della LOPDGDD contiene lo sviluppo giuridico del diritto alla disconnessione digitale, costituito da tre sezioni⁷¹. Nel primo

68 Sarebbe stato preferibile menzionarlo nell'art. 4 ET, che stabilisce i diritti nel rapporto di lavoro. Questo sembra essere sostenuto da A. BAYLOS GRAU, *La garantía de los derechos digitales en el trabajo. El proyecto de Ley ya aprobado en el Congreso. Un texto decepcionante*, nel suo blog *Según Antonio Baylos...*, disponibile a <https://baylos.blogspot.com/2018/11/la-garantia-de-los-derechos-digitales.html> (ultimo accesso: 29.10.2019).

69 Due in particolare meritano di essere richiamati: il diritto dei lavoratori al rispetto della loro *privacy* e la considerazione dovuta alla loro dignità (art. 4.2.e ET) e il diritto alla loro integrità fisica e ad una politica adeguata per la prevenzione dei rischi professionali (art. 4.2.d ET).

70 Secondo il disposto dell'art. 20 *bis* ET: «I lavoratori hanno diritto alla *privacy* nell'uso dei dispositivi digitali messi a disposizione dal datore di lavoro, alla disconnessione digitale e alla *privacy* nell'uso dei dispositivi di videosorveglianza e di geolocalizzazione nei termini stabiliti dalla normativa vigente in materia di protezione dei dati personali e di garanzia dei diritti digitali» (trad. dell'A.).

71 Il citato art. 19 stabilisce che: «1. I lavoratori e i dipendenti pubblici hanno il diritto di essere disconnessi digitalmente al fine di garantire, al di fuori dell'orario di lavoro stabilito per legge o per contratto, il rispetto del loro tempo di riposo, delle ferie e dei congedi, nonché la loro *privacy* personale e familiare.

2. Le modalità di esercizio di tale diritto tengono conto della natura e dello scopo del rapporto di lavoro, promuovono il diritto alla conciliazione tra lavoro e vita personale e familiare e sono soggette alle disposizioni della contrattazione collettiva o, in mancanza, all'accordo tra l'azienda e i rappresentanti dei lavoratori.

3. «Il datore di lavoro, sentiti i rappresentanti dei lavoratori, elabora una politica interna per i lavoratori, anche in posizioni dirigenziali, definendo le modalità di esercizio del diritto alla

paragrafo, la disposizione dichiara solennemente, ma in modo piuttosto scarno nella sostanza, il diritto alla disconnessione digitale, e al tempo stesso ne chiarisce l'ambito soggettivo di applicazione indicando i «lavoratori e dipendenti pubblici», senza specificare ulteriormente, in entrambi i casi, il regime giuridico in base al quale essi prestano l'attività lavorativa, potendo così essere interpretato in modo veramente ampio⁷².

Ciò che il legislatore chiarisce, seppur in modo sparso, sono le finalità giuridiche e pratiche del diritto alla disconnessione e i diritti, ad esso correlati, che entrano in gioco e devono essere rafforzati attraverso di esso: nel primo paragrafo, il diritto al riposo (compresi i congedi e le ferie) e il diritto alla *privacy* personale e familiare; in stretta connessione con quest'ultimo, il diritto di conciliare il lavoro con la vita personale e familiare è menzionato nella seconda sezione; infine, il diritto alla salute è ancora una volta menzionato nella terza sezione, questa volta per evidenziare come punto da trattare nella politica interna⁷³ dell'azienda e nelle azioni di formazione e sensibilizzazione – che, come vedremo, sono richieste dalla legge –, il rischio di «affaticamento informatico», nel caso in cui il lavoratore possa fare un uso irragionevole degli strumenti tecnologici. A questo proposito, credo che sarebbe stato più appropriato usare un termine più adatto ai tempi attuali, in cui prevalgono le tecnologie di comunicazione mobile, come potrebbe essere la “tecno-fatica”⁷⁴ o, semmai, la “fatica digitale”, poiché gli attuali fattori di rischio psicosociale vanno ben oltre la dimensione puramente informatica.

Al di là di questo tipo di questioni semantiche, il punto più problematico della regolamentazione della legge potrebbe essere nella sua efficacia giuridica. Questa affermazione non si basa sulla mancanza di una definizione minima del diritto in sé – questione che sarà affrontata nelle sezioni seguenti – ma sull'assenza di garanzie legali che renderebbero possibile un cambiamento radicale nel comportamento degli agenti sociali e delle singole parti del contratto. Così, le «modalità di esercizio» o, in altre parole, la modalità di attuazione del diritto, sono assolutamente relegate – con l'unica sfumatura o raccomandazione di adattare il regolamento

disconnessione e le attività di formazione e sensibilizzazione del personale sull'uso ragionevole degli strumenti tecnologici per evitare il rischio di affaticamento informatico. In particolare, il diritto di essere disconnesso digitalmente è garantito in caso di lavoro a distanza totale o parziale e a domicilio del dipendente in relazione all'utilizzo di strumenti tecnologici per scopi di lavoro» (trad. dell'A.).

72 In altri ordinamenti giuridici, il sistema delle deroghe al diritto è stato criticato. Vedi A. ROTA, *op. cit.*, p. 305.

73 Critico del concetto “elusivo” di “politica d'attuazione” utilizzato dal diritto francese: F. ALEMÁN PÁEZ, *op. cit.*, p. 28.

74 Questo concetto è più ampio, poiché «è caratterizzato da sensazioni di stanchezza e di esaurimento mentale e cognitivo dovute all'uso delle tecnologie, integrate anche da atteggiamenti scettici e credenze di inefficienza nell'uso delle TIC», dichiarandosi inclusa in tal concetto la sindrome da affaticamento informatico come sovraccarico di informazioni provenienti da Internet (“NTP 730: *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención social*”, 2004).

alla natura e all'oggetto del rapporto di lavoro⁷⁵ e, salvo un'eventuale analogia applicazione del sistema informativo interno sui reclami⁷⁶ – a quanto concordato dalle parti nella contrattazione collettiva, trattandosi, peraltro, di una questione sulla quale nessuna parte sociale si sentirà obbligata a sedersi a negoziare, in quanto non rientra nel contenuto obbligatorio dei contratti collettivi⁷⁷.

Questa possibile inazione è prevista nella stessa norma che, in tal caso, subdelega a «quanto concordato tra l'azienda e i rappresentanti legali dei lavoratori»⁷⁸. Tuttavia, nonostante il fatto che la stragrande maggioranza delle imprese spagnole non abbia rappresentanti legali dei lavoratori, lasciando più di un quinto dei lavoratori senza questa garanzia⁷⁹, la norma non si degnava nemmeno di suggerire l'audizione preventiva dei singoli lavoratori⁸⁰, sebbene ciò sia già garantito dall'art. 33 LPRL. D'altra parte, questo diritto – il diritto ad un'audizione preventiva – è riservato ai rappresentanti legali dei lavoratori quando, in realtà, ne avrebbero uno più efficace, come il diritto di essere consultati e di produrre una relazione prima dell'attuazione del provvedimento, poiché il processo decisionale relativo al diritto alla disconnessione digitale dovrà affrontare lo «studio dei tempi» o la «realizzazione o revisione dei sistemi di organizzazione e controllo del lavoro»⁸¹. Né il legislatore spagnolo ha

75 Il disposto dell'art. 88, paragrafo 3, infine, sembra riferirsi, in modo particolare, ai casi di telelavoro, a domicilio o «a distanza», fatti salvi i dovuti adeguamenti richiesti da altre attività o modalità di prestazione di servizi. Va ricordato che la Castilla y León STSJ del 3 febbraio 2016 suggerisce che le aziende che utilizzano le TIC o il telelavoro dovrebbero gestire il loro tempo stabilendo, ad esempio, procedure di connessione digitale o registrazioni temporali.

76 Previsto nell'art. 24 LOPDGDD. A riguardo, vedi J. A. ALTÉS TÁRREGA, S. YAGÜE BLANCO, *El derecho a la desconexión digital en el trabajo*, in AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migración y Seguridad Social, 2019, p. 61.

77 Articolo 85.3 ET.

78 Nel panorama europeo troviamo esempi in cui gli agenti sociali si sono interessati alla regolamentazione delle questioni (Francia) e altri in cui non lo hanno fatto (Italia). Cfr. A. ROTA *op. cit.*, p. 303.

79 Secondo l'art. 62.1 ET, solo le società con più di dieci dipendenti devono avere almeno un rappresentante del personale. Le aziende con meno di sei lavoratori sono escluse da quest'obbligo, ed eccezionalmente le aziende o i luoghi di lavoro con un numero di lavoratori compreso tra sei e dieci sono autorizzate, facoltativamente se la maggioranza dei lavoratori dell'azienda lo decide, ad eleggere un rappresentante legale dei lavoratori. Va notato che le imprese che impiegano da uno a nove lavoratori in Spagna rappresentano l'86,13% delle imprese spagnole con dipendenti (escludendo quindi i lavoratori autonomi senza dipendenti) e impiegano il 21,92% di tutti i lavoratori dipendenti. Percentuali calcolate a partire dai dati contenuti in www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2019.pdf (ultimo accesso: 29.10.2019). In questo senso, è stata evidenziata anche la realtà dei lavoratori che forniscono servizi attraverso le piattaforme digitali: E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *La trascendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales*, in *Temas Laborales*, num. 146/2019, p. 152.

80 In ogni caso, il fatto che non vi siano rappresentanti legali dei lavoratori non esonera il datore di lavoro dall'obbligo giuridico di redigere la «politica interna» di cui alla disposizione.

81 Art. 64.5.f) ET.

ricordato la figura del delegato per la prevenzione dei rischi sul lavoro, nonostante sia stato debitamente denunciato dalla dottrina spagnola, rispetto al caso francese, e prima dell'entrata in vigore della norma nazionale⁸².

Il contenuto dell'art. 88 della LOPDPGDD è carente, ma non deve essere interpretato come una “pantomima” e, di conseguenza, non si deve concludere che non abbia alcuna utilità o effetto⁸³. Lungi dall'essere considerato un diritto liquido o “evanescente”⁸⁴, il semplice fatto che sia stato riconosciuto il diritto alla disconnessione digitale, espressamente e in linea con il principio della dignità sul lavoro, dovrebbe servire a rafforzare la tutela preventiva⁸⁵ del diritto dei lavoratori a conciliare il tempo di lavoro con quello personale e del diritto al riposo e alla salute del lavoratore e del datore di lavoro – in relazione alle tecnologie e come obbligo di risultato per il datore di lavoro⁸⁶ –, e di farla valere in giudizio contro gli eccessi in cui il datore di lavoro può incorrere nell'esercizio dei suoi poteri gestionali e disciplinari, in particolare quando tali eccessi rendono difficile l'isolamento mentale del lavoratore dal suo lavoro e quando, come conseguenza diretta o indiretta, immediata o mediata, di questa mancanza di distacco, è stato creato o alimentato un certo rischio psicosociale.

Si potrebbe dire, a prima vista, che il diritto alla disconnessione digitale non è, di per sé, un diritto fondamentale. Infatti, almeno formalmente non lo è, poiché da nessuna parte appare dichiarato come tale e, pur essendo disciplinato da una Legge Organica, l'articolo specifico che lo disciplina – art. 88 – manca di tale carattere⁸⁷. Tuttavia, il diritto alla disconnessione digitale, come particolare

82 M. R. VALLECILLO GÁMEZ, *op. cit.*, p. 142.

83 Cfr. S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *La desconexión digital como límite al control empresarial de la jornada de trabajo*, in A. VILLALBA SÁNCHEZ, L. MELLA MÉNDEZ (a cura di), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, 2018, pp.503 e 509.

84 Riportiamo qui l'espressione usata durante la sua presentazione dal professor F. ALEMÁN PÁEZ, *Desconexión digital*, nel Congresso su *Automatización, vigilancia y control de trabajadores y derechos fundamentales*, Valencia, 12 di settembre del 2019. Disponibile in https://www.youtube.com/watch?time_continue=89&v=nF1QNYyPe3c (ultimo accesso: 29.10.2019). L'autore difende, tuttavia, “il notevole successo” di questo diritto: F. ALEMÁN PÁEZ, *op. cit.*, p. 30.

85 È questo carattere preventivo («che eviti in modo efficace, prima che il danno emerga») della «politica di piena vigilanza» richiesta dalla legge francese del datore di lavoro, che è stato sottolineato nella prima analisi di tale norma: M. R. VALLECILLO GÁMEZ, *op. cit.*, p. 141.

86 A favore, M. A. PURCALLA BONILLA, *Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y práctica*, in *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, Vol. 5, 2018, p. 109. Ritengo inoltre che sia da accogliere l'ipotesi avanzata da M. R. VALLECILLO GÁMEZ, *op. cit.*, p. 143, la quale afferma che la nuova legge spagnola – nonostante le sue carenze e sebbene sia ancora una particolare riproduzione di ciò che poteva già essere dedotto dall'ET e dalla LPRL – riversa direttamente sull'imprenditore quello che è un mandato rivolto esclusivamente alle autorità pubbliche nella Costituzione. Cfr., meno ottimista, C. Molina Navarrete, *op. cit.*, pp. 276 e 279-283.

87 Ha la natura di diritto ordinario, secondo il disposto della prima disposizione finale della LOPDPGDD.

espressione del diritto fondamentale al riposo⁸⁸, trova fondamento in almeno altri quattro diritti, alcuni dei quali espressamente dichiarati come diritti fondamentali dalla stessa Costituzione spagnola; il che la dice lunga sulla rilevanza di questa tematica. Vale a dire, il diritto alla salute⁸⁹, il diritto alla vita e all'integrità fisica e morale⁹⁰, il diritto alla *privacy*⁹¹ e il diritto di conciliare lavoro, famiglia e vita personale⁹². Tutto questo, naturalmente, nel rispetto della dignità che, in quanto diritto fondamentale del lavoro in generale⁹³, è riconosciuta ad ogni lavoratore.

In quest'ottica, va notato che il precetto finisce per richiedere in modo chiaro e diretto al datore di lavoro, in assenza di un accordo contrattuale collettivo o di un accordo con i rappresentanti dei lavoratori – quando questi non esistono – di elaborare la suddetta politica interna, il cui contenuto è duplice: da un lato, selezionare e definire le modalità o le modalità in cui essa deve essere attuata al fine di garantire il diritto alla disconnessione; dall'altro, definire azioni di formazione e di sensibilizzazione rivolte ai propri lavoratori affinché imparino a fare un uso ragionevole dei dispositivi elettronici e delle altre apparecchiature tecnologiche.

Ritengo che questo secondo aspetto – ad esclusione delle azioni di pura sensibilizzazione⁹⁴ – sia oggetto, tanto di un diritto-obbligo del lavoratore di ricevere la formazione necessaria per adattarsi ai cambiamenti sul posto di lavoro – la

88 L'art. 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione dell'OIL n. 132. Esso è anche riconosciuto come un diritto dagli artt. 34 e 37 – e, in effetti, da tutta la sezione 5 del Capo II – dello Statuto dei lavoratori. Si veda anche la Direttiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003 relativa all'organizzazione dell'orario di lavoro. Infine, è anche riconosciuto, seppur come un obbligo rivolto alle autorità pubbliche, dagli artt. 40.2 e 43 della Costituzione spagnola. Tuttavia, la Corte Costituzionale è stata un baluardo della difesa di questo diritto del lavoratore alla salute, con la sentenza n. 160/2007, del 2 giugno e n. 192/2003, del 27 ottobre, ritenendo incostituzionale il fatto di considerare il tempo libero del lavoratore (in questo caso, le ferie, anche se è indifferente ai nostri fini) come "tempo vincolato" all'azienda, cioè senza distinzione tra tempi di lavoro e di riposo.

89 Tra le altre disposizioni, si veda l'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. Inoltre, come già evidenziato in questo testo, la Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità lo dichiara un diritto fondamentale.

90 Art. 15 della Costituzione Spagnola. Il rapporto di lavoro stesso è riconosciuto ai sensi dell'art. 4, paragrafo 2, lettera d) ET.

91 L'art. 18 della Costituzione spagnola, che prevede e richiede nel suo quarto paragrafo che la legge limiti «l'uso del computer per garantire l'onore e la *privacy* personale e familiare dei cittadini e il pieno esercizio dei loro diritti». Si vedano anche gli artt. 4.2.e) e 20.bis dell'ET, che saranno citati qui di seguito.

92 Si veda, tra l'altro, l'art. 44 della legge organica 3/2007 del 22 marzo 2007 sulla parità effettiva tra donne e uomini e l'articolo 34.8 ET.

93 M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 31-34 e 79. Vedi gli articoli 10.1 CE y 4.2.e) ET.

94 Non sorprende che tali misure possano includere azioni semplici come l'aggiunta di una nota permanente nell'e-mail che ricordi l'orario in cui è vietato inviare e-mail.

cui disciplina si trova negli artt. 23.1.d) e 52.b) della legge sull'occupazione⁹⁵ –, quanto di un diritto-dovere del lavoratore e del datore di lavoro alla formazione in materia di prevenzione, regolato, nei suoi termini più elementari, dagli artt. 19.4 ET e 19 LPRL⁹⁶. Inoltre, ferma restando l'utilità della norma come richiamo o rafforzamento di tali aspetti, ritengo che per difendere il diritto alla formazione del lavoratore non fosse neppure necessario prevederlo nel citato art. 88, in quanto era sufficiente applicare le disposizioni delle suddette norme statutarie e preventive a qualsiasi persona adibita ad un lavoro che richiedesse l'utilizzo di nuovi mezzi tecnologici o che potesse comportare un problema di connessione permanente.

4.3. Il significato di disconnettere

Infine, poiché la legislazione non fornisce alcuna definizione legale di cosa significhi disconnessione digitale, è utile cercare di descriverne le caratteristiche principali. Ebbene, per “disconnettere” troviamo fino a cinque significati nel Dizionario dell'Accademia Reale della Lingua Spagnola. Scartando quelli che non sembrano essere legati al campo in cui ci troviamo, *disconnettersi* significherebbe semplicemente «interrompere la connessione tra due o più cose», il che porterebbe a «cessare di avere una relazione, una comunicazione, un legame», in modo tale che, nel contesto tecnologico, finiremmo per «interrompere il legame tra i dispositivi, o tra i dispositivi e le persone, in modo che il flusso esistente tra di loro cessi di esistere»⁹⁷.

In questo caso, il diritto alla disconnessione digitale non può essere attuato agendo esclusivamente sul lavoratore, dandogli la possibilità di non rispondere o di non assistere ad alcuna comunicazione ricevuta dall'azienda al di fuori del suo orario di lavoro. Questa misura non risolve il problema perché la situazione di debolezza e vulnerabilità del lavoratore, in alcuni casi, e/o, in altri casi, il suo desiderio di stabilità o promozione professionale o economica – un fattore molto presente soprattutto nei lavoratori più qualificati – farà sì che il lavoratore tenda a rispondere alle richieste dell'azienda in qualsiasi momento. Inoltre, anche se non risponde, la sua capacità di disconnettersi sarà notevolmente ridotta dal momento in cui legge il messaggio o, anche senza leggerlo, semplicemente per la consapevolezza di avere un messaggio da leggere e la curiosità o la distrazione che lo stesso genera.

95 Per quanto riguarda lo stato attuale della norma, mi permetto di rimandare a O. REQUENA MONTES, *Los derechos individuales de formación en el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 330-390.

96 Ciò costituirebbe quindi una causa aggiuntiva rispetto a quelle già previste da questi precetti (inizio del rapporto di lavoro, cambiamenti nelle funzioni, introduzione di nuove tecnologie e cambiamenti nei gruppi di lavoro) e il tempo dedicato alla formazione e alla sensibilizzazione sarebbe soggetto al regime giuridico previsto dall'art. 19, paragrafo 2, LPRL.

97 Dizionario de la Real Academia de la Lengua Española, *Desconectar*, disponibile a <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=desconectar> (ultimo accesso: 29.10.2019).

A riguardo, si può citare una recente sentenza della *Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia* della Galizia⁹⁸, che esamina il caso di un'azienda che forniva ai suoi dieci lavoratori (trasportatori) un telefono cellulare e comunicava con loro attraverso un gruppo *Whatsapp* creato dall'azienda. Non è chiaro dalla pronuncia se, quando l'azienda comunicava con i lavoratori individualmente e congiuntamente «attraverso lo stesso», si riferiva al gruppo *Whatsapp* (comunicazione collettiva) o al telefono cellulare (comunicazione individuale). A mio parere, se il lavoratore è in grado dimostrare di essere stato avvisato con una certa regolarità di alcune questioni relative alla sua attività lavorativa, di natura urgente o “nascoste” tra una moltitudine di messaggi del giorno precedente, attraverso il gruppo *Whatsapp* e al di fuori della sua giornata lavorativa, il suo diritto alla disconnessione digitale come espressione del diritto al riposo e alla *privacy* e/o nel suo aspetto preventivo del rischio psicosociale di stress dovuto al sovraccarico di lavoro sarebbe chiaramente violato. Va chiarito, tuttavia, che questo non sembra essere il caso del tribunale galiziano, che si rifà al giudizio di primo grado e alla relativa dichiarazione, per cui il fatto che l'azienda aveva contattato il lavoratore durante il periodo di riposo, giornaliero o settimanale, non risultava provato.

In effetti, la conclusione del paragrafo precedente potrebbe essere giustificata da un'altra pronuncia che è già stata debitamente esaminata dalla più autorevole dottrina⁹⁹. La sentenza proviene in particolare dalla *Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia* della Catalogna¹⁰⁰ e tratta di un “accelerometro”, installato nel telefono cellulare che un'azienda forniva ai lavoratori dell'area di manutenzione, che veniva integrato con un GPS, anch'esso incorporato nel dispositivo. Anche se l'azienda ha sostenuto che l'accelerometro veniva utilizzato per rilevare il movimento del lavoratore e, quindi, per sapere rapidamente se si fosse verificato un infortunio, è stato dimostrato dall'Ispettorato del Lavoro che la funzione dell'accelerometro non era quella di agire come dispositivo di protezione individuale (DPI), ma di controllare l'attività del dipendente. L'aspetto più interessante della questione qui esaminata è che: da un lato, l'accelerometro non poteva essere scollegato in quanto utilizzato in un'applicazione di cui i lavoratori non erano a conoscenza (FJ 9); dall'altro, il lavoratore non solo doveva portare con sé l'accelerometro – non nella cassetta degli attrezzi – durante la giornata lavorativa, ma anche portarlo a casa e caricare la batteria in modo che fosse sempre in condizioni ottimali per il suo funzionamento (FJ 10).

Come notano i giudici catalani, ciò comporta «una logica previsione e preoccupazione dei lavoratori [...] e un'interferenza nella vita privata e familiare» (FJ 10). Tuttavia, tutto questo – conclude il giudice – «comporta una situazione di

98 STSJ di Galizia, 18 dicembre (Rec. 2852/2018).

99 E. GONZÁLEZ COBALEDA, *op. cit.*, pp. 36-37 e C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, pp. 276-278.

100 STSJ della Catalogna, 23 maggio 2013 (Rec. 6212/2012). La pronuncia esamina principalmente l'accelerometro come misura del controllo aziendale, ma in questo lavoro ci concentreremo sulla sua dimensione come fattore di rischio psico-sociale.

rischio psicosociale, poiché il fatto che l'azienda utilizzi un dispositivo all'avanguardia per controllare il lavoro non può avere la conseguenza che, al di fuori della giornata lavorativa, debba addirittura continuare la sorveglianza ad opera di detto dispositivo sulla sfera personale e privata del lavoratore» (FJ 12° sic. che ripete la citata base giuridica, chiarendo che questo rischio riguarda stress). Senza dubbio, questo caso costituisce un altro esempio, simile ma diverso da quello dell'invio di messaggi, di come gli strumenti tecnologici – la loro costante presenza – influenzino direttamente la sfera più intima del lavoratore, la sua capacità di riposo e, quindi, la sua salute mentale.

5. Conclusione: una proposta per una differente regolazione

La dottrina specialistica ha elaborato una classificazione multilivello distinguendo tre concetti riferiti alle condizioni psicosociali di lavoro e alle conseguenze positive o negative che possono derivarne¹⁰¹. Possiamo quindi parlare di *fattori psicosociali* come di un concetto neutro legato alle caratteristiche che definiscono gli aspetti organizzativi del lavoro e che possono influire sulla salute del lavoratore, sia in modo negativo che positivo. Cioè, in senso stretto, queste componenti organizzative non sono di per sé *fattori di rischio psicosociale* perché *a priori* non rappresentano alcun tipo di disfunzione organizzativa né, a differenza dei *rischi psicosociali*, hanno una natura eminentemente minacciosa o hanno un'alta probabilità di causare un *danno* significativo alla salute del lavoratore.

Ora, come possiamo rilevare se tali fattori psicosociali sono o meno 'di rischio'? La risposta non è né semplice né pacifica, poiché ogni aspetto psicosociale rischia di diventare un fattore di rischio o un rischio diretto per il lavoratore¹⁰², ma fondamentalmente si possono distinguere due proposte.

La prima ha carattere riparatorio, in quanto il rischio si avverte quando, *de facto*, il danno è già stato causato, e si riflette in livelli di stress anomali¹⁰³;

In secondo luogo, l'esperienza ci permette di classificare alcune componenti organizzative in termini di fattori disfunzionali, come l'eccessivo carico di lavoro, la mancanza di chiarezza e comprensione dei compiti da svolgere o, come abbiamo visto, la disponibilità o la connessione permanente con l'azienda e gli imprevisti che possono sorgere intorno alla sua attività economica.

Assumendo, quindi, l'iperconnettività digitale come fattore di rischio psicosociale, che causa stress e altri rischi psicosociali, saremo in grado di agire

101 B. MORENO JIMÉNEZ, C. BÁEZ LEÓN, *Factores y Riesgos Psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*, INSHT e Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2010, p. 48 e ss.

102 M. T. IGARTUA MIRÓ, *Los riesgos psicosociales: evaluación y prevención. El caso Caixabank*, in *Trabajo y Derecho*, num. 27, 2017, pp. 46 e ss.

103 Un'analisi non molto ottimistica sul «dato riparatorio» e sul «dato sanzionatorio dei comportamenti che generano rischi psicosociali» in L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, *Nuevas tecnologías y riesgos psicosociales*, in *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 184, 2016, pp. 162-173.

preventivamente¹⁰⁴ sul problema determinato dagli odierni stili di vita altamente digitalizzati e a prezzi accessibili¹⁰⁵.

D'altra parte, tenendo conto delle diverse definizioni di stress e di stress lavoro-correlato, come è stato esposto in precedenza, si deve riproporre il concetto di "stress da lavoro" come rischio psicosociale? Secondo quanto esposto nelle pagine precedenti, sembra che l'origine dello stress lavorativo, la cui tipica definizione trovava la causa nel fatto che le esigenze dell'ambiente di lavoro superavano le capacità del lavoratore, avrebbe dovuto essere ripensata e riformulata. Tuttavia, la connettività digitale permanente non dovrebbe costituire un'abilità o una capacità del lavoratore, poiché si scontra con le basi fondamentali del diritto al riposo. Infatti, in questo tipo di situazione non è possibile far sopportare al lavoratore l'onere dello stress, e tanto meno attribuirgli qualche tipo di colpa, in quanto la vera causa risiede nel superamento dei limiti posti dalla legge da parte del datore di lavoro. In questo caso, la capacità – connessione – del lavoratore non deve adeguarsi alle esigenze dell'impresa, in quanto tale azione comporterebbe una netta violazione del suo diritto al riposo, che sarebbe incompatibile con il principio giuslavoristico dell'irrinunciabilità dei propri diritti.

Ebbene, il riconoscimento di un diritto deve sempre essere considerato una buona notizia, e il diritto alla disconnessione digitale non fa eccezione, nonostante le numerose critiche che ha ricevuto. Queste voci critiche hanno evidenziato che il legislatore spagnolo ha iniziato a regolamentare un diritto che era già riconosciuto al lavoratore in varie norme e in modi diversi. E non sono irragionevoli, dato che il sistema legale spagnolo era già sufficientemente completo, al punto da poter limitare l'eventuale scelta dell'impresa di imporre una connessione permanente¹⁰⁶, e proteggere il lavoratore dai rischi che potrebbero derivare da un'esposizione così prolungata ai dispositivi tecnologici.

D'altra parte, il nuovo diritto riconosciuto ha diverse virtù. Da un lato, svolge una funzione indiscutibile, che è quella pedagogica o di richiamo ai limiti e all'esercizio dei diritti al riposo e al lavoro, alla conciliazione familiare e personale, e, allo stesso tempo, dimostra la preoccupazione per una questione che, senza

104 Dalla teoria della lentezza e della comunicazione rallentata come alternativa vitale: C. HONORÉ, *In praise of slowness*, Harper Collins, New York, 2004; J. FREEMAN, *The tyranny of E-mail: The Four-Thousand-Year Journey to Your Inbox*, Scribner, New York, 2009, pp. 190-203; J. WAJCMAN *et al.*, *Intimate Connections: The impact of the mobile phone on work/life boundaries*, in G. GOGGIN, L. HJORTH (a cura di), *Mobile Technologies: from telecommunications to media*, Routledge, New York, 2009, pp. 9-22. Vedi inoltre D. REIG, *Describiendo al hiperindividuo, el nuevo individuo conectado*, in D. REIG, L. VILCHEZ., *Los jóvenes en la era de la hiperconectividad: tendencias, claves y miradas*, Fundación Telefónica, Madrid, 2013, pp. 23-90.

105 In questo senso, la Corte Costituzionale si è pronunciata "in anticipo" con la sentenza n. 160/2007 del 2 giugno, ricordando che il diritto alla tutela dell'integrità psicologica (e, si potrebbe aggiungere, dell'integrità fisica) richiede che si agisca prima che il danno sia arrecato.

106 Sentenza dell'Audiencia Nacional del 17 luglio 1997 che dichiara nulle le istruzioni commerciali che richiedevano la connettività permanente dei lavoratori ai telefoni cellulari.

essere inedita, è sempre più preoccupante; cioè l'influenza delle tecnologie sulle condizioni di lavoro.

È vero che la formulazione della norma spagnola è imprecisa e, a volte, può dare luogo a dubbi o entrare in conflitto con altre norme previste dalla legislazione sociale. È il caso, ad esempio, dell'uso di alcune previsioni condizionali o dichiarazioni programmatiche sul diritto al riposo che, se le confrontiamo con la normativa sull'organizzazione dell'orario di lavoro, potrebbero sembrare meno garantiste per il lavoratore. Tuttavia, in questi casi eccezionali, sappiamo che, sia per il principio di gerarchia, sia in virtù del principio della regola più favorevole, queste nuove regole verrebbero neutralizzate dall'applicazione preferenziale della regolamentazione più favorevole. Vale a dire che le norme giuridiche di necessaria applicazione, come quelle che regolano l'orario di lavoro, non saranno influenzate da nuove regole che intervengono in tali materie attraverso istituti di rango inferiore.

Infine, se vogliamo che il diritto alla disconnessione digitale sia veramente efficace, non può essere ridotto alla libertà del lavoratore di *ignorare*¹⁰⁷ i messaggi ricevuti; al contrario, è necessario sottolineare la qualità della disconnessione come un obbligo aziendale. Questa attuazione è anche la più coerente con le norme in materia di prevenzione dei rischi sul lavoro; come è stato spiegato in questo capitolo, questa tematica è strettamente legata al diritto di disconnessione. Non sorprende che l'art. 15 della LPRL, nell'elencare i principi dell'azione preventiva, indichi che la principale azione preventiva deve essere quella di evitare il rischio, che deve in ogni caso concretizzarsi nell'evitare che i messaggi raggiungano i dispositivi elettronici o, in breve, che giungano a conoscenza del lavoratore. È inoltre necessario valutare i rischi, per i quali si potrebbe iniziare a calcolare il tempo dedicato al lavoro attraverso la tecnologia al di fuori della giornata lavorativa, chiedendo al lavoratore di cronometrarlo¹⁰⁸ e di moderarne l'utilizzo.

Un altro principio da sottolineare è quello della "lotta ai rischi alla fonte". Se ci concentriamo sulla questione della messaggistica o della posta, agire su questo punto significherebbe vietare rigorosamente al datore di lavoro di inviare un messaggio – soprattutto uno con un contenuto professionale – ai suoi

107 Nel secondo significato fornito dalla Real Academia de la Lengua Española, che consiste nell'«ignorare qualcosa o qualcuno, o trattarlo come se non meritasse attenzione». La RAE stessa avverte che questo secondo significato è identico all'inglese "*to ignore*", che è ammissibile nonostante esistano equivalenti spagnoli come "*hacer caso omiso*", "*desdeñar*", "*despreciar*" o "*ningunear*". Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *Ignorar*, disponibile a <https://dle.rae.es/?w=ignorar> (ultimo accesso: 29.10.2019).

108 Questo è il primo dei tre passi raccomandati da Sieberg nel suo piano per combattere l'uso inappropriato della tecnologia. I due passi successivi sono la disintossicazione (aumentando progressivamente i periodi senza l'uso di dispositivi digitali) e la riconnessione con le abitudini sane apprese. Cfr. D. SIEBERG, *Digital diet: The 4-Step plan to break your addiction and regain balance in your life*, Three River Press, New York, 2011.

dipendenti al di fuori dell'orario di lavoro¹⁰⁹. A mio parere, tuttavia, non c'è bisogno di essere così netti, poiché in questo caso possiamo beneficiare dei progressi tecnologici, aderendo così ad un altro principio di prevenzione, che è quello di tenere conto degli sviluppi tecnici. Pertanto, considerando il datore di lavoro come un soggetto vulnerabile e sapendo che è preferibile adottare misure che antepongano la protezione collettiva alla protezione individuale, non si tratterebbe di impedire al datore di lavoro di inviare al lavoratore e-mail – o messaggi tramite altri servizi di messaggistica elettronica o digitale – una volta che quest'ultimo ha terminato la sua giornata lavorativa, poiché tale limitazione può anche avere un effetto negativo sulla salute professionale del lavoratore, che non potrà riposare completamente sapendo che ha un messaggio da scrivere e/o da inviare. Per risolvere questo impedimento preservando il diritto al riposo del lavoratore, esistono applicazioni per *smartphone* e *software* che permettono di catturare o stabilire una fascia oraria durante la quale un certo indirizzo e-mail (quello del lavoratore), o un numero di telefono, non saranno operativi e non riceveranno messaggi fino al termine di tale periodo¹¹⁰.

Il problema qui, se di problema si può parlare, è che le questioni “urgenti” – termine che, tra l'altro, ammette un ampio margine di soggettività – non possono essere risolte dal lavoratore che ha già terminato il suo lavoro e non è obbligato ad essere disponibile secondo le disposizioni di legge o convenzionali. Non possiamo dimenticare che queste conseguenze rispondono alla logica del contratto di lavoro, dove il lavoratore non è obbligato ad offrire più di quanto concordato con il datore di lavoro. Ebbene, se questa idea è nata dalle origini del diritto del lavoro, la cosa più sorprendente e preoccupante è la generale assimilazione della nostra assoluta predisposizione – non solo nel lavoro – ad essere virtualmente raggiungibili e (iper)attivi durante le ventiquattro ore, con la possibilità di rispondere immediatamente, che crea nel mittente del messaggio

109 Per tutti, E. E. TALÉNS VISCONTI, *La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una oportunidad de cambio para la negociación colectiva*, in *Información Laboral*, num. 4, 2018, p. 207. Nello stesso senso, la “NTP1123: Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo”, del 2018, indica, come esempio di politica di disconnessione digitale, l'installazione di «sistemi di disconnessione automatica limitata che disabilitano la ricezione e l'invio di e-mail durante la giornata lavorativa per evitare una “giornata lavorativa senza fine”». Il testo ribadisce anche le proposte preventive per organizzare i consueti (dall'esperienza di *Google* o *Intel*) “pisolini digitali”, stabilire giorni senza e-mail o evitare la confusione di account di posta elettronica aziendali e personali.

110 Come osserva A. ROTA, *op. cit.*, p. 292, *Deutsche Telekom* ha da anni sofisticate applicazioni pronte a selezionare i messaggi in base alla loro urgenza. Nella stessa ottica, C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, p. 281, mette in evidenza il sistema “Mail on Holiday” dell'azienda *Mercedes-Benz*, che reindirizza automaticamente i messaggi che arrivano nella casella di posta elettronica dei lavoratori in vacanza all'indirizzo e-mail di un altro lavoratore disponibile. Come sottolinea l'autore, questa misura ha un «effetto preventivo sullo stress post-vacanza», in quanto impedisce al lavoratore di trovare centinaia di messaggi accumulati al ritorno dalle vacanze.

– qui il datore di lavoro – la sensazione di avere il diritto di ricevere una risposta alle stesse condizioni, anche quando la giornata lavorativa del suo lavoratore è già terminata¹¹¹. Come conseguenza di una scarsa comprensione e attuazione del progresso tecnologico, abbiamo ampliato, con una naturalezza sorprendente e ignorando la legislazione sul lavoro, una delle peggiori condizioni di lavoro con cui alcune professioni hanno dovuto convivere per ragioni di emergenza e sicurezza, come quella del fabbro: la disponibilità “24/7”; ventiquattro ore al giorno, sette giorni su sette¹¹².

In conclusione, date le ripercussioni che la connessione permanente del lavoratore può avere sugli aspetti psicosociali e fisici, e dato che si tratta di un problema che in un certo senso va al di là dell’ambiente di lavoro e si integra nelle nostre abitudini di vita, si ritiene opportuno fornire una definizione che comprenda, sia gli aspetti facoltativi che quelli obbligatori in capo alle due parti contraenti, in conseguenza della concettualizzazione come condizione preventiva per la salute del lavoratore, e che favorisca l’effettivo rispetto della sua dignità e la corretta conciliazione del lavoro e della *privacy*.

La regolamentazione proposta è pertanto la seguente: «Tutti i lavoratori, così come i loro datori di lavoro, hanno il diritto e il dovere di rinunciare all’uso di supporti digitali o elettronici al di fuori dell’orario di lavoro stabilito per legge o contrattualmente. Attraverso la contrattazione collettiva e/o il contratto individuale, le parti concordano e specificano, per iscritto, le azioni generali e specifiche da intraprendere per garantire l’osservanza e, se del caso, le eccezioni che fanno fronte ragionevolmente a questioni di forza maggiore che, in ogni caso, contano come effettivo orario di lavoro. Allo stesso modo, il datore di lavoro deve effettuare, nell’ambito del piano di prevenzione dei rischi sul lavoro o, in mancanza, su base individuale, uno studio e una valutazione dei rischi reali e potenziali legati alla tecnologia a cui ogni lavoratore è soggetto, e prendere le misure necessarie per evitarli o, ove non possibile, ridurli. Le misure che consistono nella realizzazione di azioni di formazione sull’uso responsabile dei media digitali o simili, saranno soggette al regime giuridico previsto dall’articolo 19 della legge 31/1995, dell’8 novembre, sulla Prevenzione dei Rischi Professionali».

Si noti, nella definizione proposta, l’influenza della normativa sulla prevenzione dei rischi sul lavoro; non solo nel suo ultimo paragrafo, ma anche nella doppia

111 Riconosciuta come manifestazione specifica del fattore di rischio psicosociale in “NTP 1123: *Las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*”, del 2018.

112 Afferma Mercader Uguina che: «Questi progressi (tecnologici) sostituiscono l’ambiente naturale con quello tecnico, che diventa così un vero e proprio “ecosistema” che ci circonda e ci condiziona. L’unicità di questo particolare scenario è data dal fatto che sembra che questi nuovi sistemi e forme non siano controllati da noi». Cfr. J. R. MERCADER UGUINA, *Riesgos laborales y transformación digital: hacia una empresa tecnológicamente responsable*, in *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, num. 23, 2018, p. 94.

categorizzazione come diritto di libertà¹¹³ e, a sua volta, come obbligo di mezzi e risultati. Si tratta di porre fine alla dicotomia tra diritto e dovere, combinando entrambe le espressioni per rafforzare l'effettivo adempimento delle misure necessarie ad evitare i conseguenti rischi di un uso intensivo e sproporzionato delle TIC o di qualsiasi altro dispositivo che, in un modo o nell'altro, stabilisca una costante connessione tra lavoratore e azienda. È in quest'ottica che si richiede che, tanto la regolamentazione del diritto alla disconnessione digitale, obbligatoriamente concordata dalle parti¹¹⁴, quanto il suo regime di eccezioni, debbano risultare per iscritto, in quanto di grande importanza per la certezza giuridica delle condizioni sottoscritte dalle parti in vista di un'eventuale sanzione dell'azienda, ma anche come mezzo di prova in caso di rischi o danni alla salute del lavoratore.

In ogni caso, sebbene l'obbligo di astenersi – come sinonimo di fare a meno – dall'uso di mezzi digitali o elettronici, raggiunga anche il lavoratore¹¹⁵, tale obbligo avrà un effetto morale piuttosto che legale. Per quanto riguarda le conseguenze legali, il mancato rispetto di tale obbligo comporterà un avvertimento da parte del datore di lavoro – che esercita la sua funzione preventiva *in vigilando* – e solo la ripetuta disobbedienza del lavoratore nel desistere da tali mezzi comporterà un'azione disciplinare da parte del datore di lavoro. Ma il sistema amministrativo sanzionatorio ricadrà principalmente sul datore di lavoro e, eccezionalmente, sul lavoratore¹¹⁶, poiché sarebbe controproducente e ingiusto sanzionare quest'ultimo quando si potrebbe presumere *iuris tantum* che il suo atteggiamento nei confronti dell'iperconnettività sia stato causato indirettamente, e forse mascherato, da richieste del suo datore di lavoro. Tuttavia, la realtà mostra che spesso il lavoratore, consciamente o inconsciamente, per paura di essere licenziato, di cadere in disgrazia, o per empatia con il cliente, offre una disponibilità che va oltre i limiti della propria dignità umana¹¹⁷.

113 A questo proposito, si veda l'interessante definizione proposta da F. ALEMÁN PÁEZ, *op. cit.*, pp. 31-32: «il diritto di accettare e di rifiutare che conferisce ai lavoratori la possibilità di decidere, in via transitoria o permanente, la loro disponibilità in relazione ai dispositivi tecnici digitali, rispettando i diritti umani fondamentali e integrando, se del caso, le condizioni che possono essere stipulate a tal fine individualmente e in strumenti di natura collettiva».

114 R. AGUILERA IZQUIERDO, R. CRISTÓBAL RONCERO, *op. cit.*, p. 340, suggeriscono a loro volta che le parti siano tenute a negoziare e a definirne i contenuti nel contratto.

115 Come nell'*Acuerdo sobre la duración del tiempo de trabajo del Grupo Réunica*, del 29 di gennaio del 2014.

116 Sebbene un orientamento dottrinale abbia suggerito una classificazione specifica, tali reati e sanzioni potrebbero essere dedotti da quelli già classificati nel Real Decreto Legislativo 5/2000, del 4 agosto, che ha modificato la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Si vedano, in particolare, gli artt. 7.5, 7.10, 8.11, 11 e seguenti, 39.3 e 40.2 dello SPLICE, relativi rispettivamente ai reati contro il diritto al riposo e alla prevenzione dei rischi sul lavoro. Cfr. M. A. PURCALLA BONILLA, *op. cit.*, p. 109.

117 Lo dimostra una scena di un recente e brillante film in cui la lavoratrice interrompe la cena di famiglia per rispondere al cellulare e finisce per sospenderla per andare al lavoro. Vedi KEN

Infine, la regolazione proposta non determina il livello di negoziazione, perché, sia la contrattazione aziendale che quella settoriale, possono essere reciprocamente vantaggiose e, in caso di conflitto tra di esse, sarà necessario valutare il singolo caso in esame, e non sarà necessario stabilire un ordine di preferenza tra l'una e l'altra. Ciò è tanto più importante in quanto occorre sottolineare l'idoneità, non solo dell'accordo aziendale, in modo da tener conto delle particolari caratteristiche digitali dei rapporti di lavoro in essere, ma anche dell'accordo settoriale quando si tratti di stabilire un quadro di riferimento di base per la disconnessione digitale.

Non ci siamo soffermati qui su un altro problema legato alla possibilità di essere costantemente contattabili (*always on* o “sempre operativi”), che potrebbe essere favorito dalla proposta di regolazione, ovvero il rischio di dipendenza dal lavoro. Ossia, in altre parole, che la persona – *workaholic* – che presta la sua attività, lavori durante i suoi periodi di riposo – interni, settimanali, di vacanza o per sospensione del contratto –, e le misure da adottare possono essere di tipo molto diverso¹¹⁸. Vale la pena notare, tuttavia, la difficoltà di controllo che ciò comporta, soprattutto nei dipendenti che svolgono un lavoro intellettuale – medici, insegnanti, ricercatori, ecc. – la cui migliore arma sarà l'autodisciplina, aspetto per il cui miglioramento l'azienda deve collaborare, organizzando o finanziando attività di formazione o di sensibilizzazione¹¹⁹. Nella misura in cui il lavoratore fornisce servizi con l'ausilio di mezzi elettronici o digitali, questo tipo di istruzione o formazione dovrà essere disciplinato dalla suddetta normativa in materia di prevenzione, indipendentemente dal fatto che parte del suo contenuto possa riguardare questioni che vanno al di là della sfera organizzativa e si affermano nella vita quotidiana, come la dipendenza dal gioco d'azzardo, l'acquisto compulsivo o la “nomofobia”, ovvero la paura di essere tagliati fuori dalla comunicazione a causa dell'uscita di casa senza un telefono cellulare¹²⁰.

LOACH (Regista), *Sorry, we missed you* (Film), Regno Unito, Francia e Belgio, 2019, che ha ricevuto il premio del pubblico per il miglior film europeo al San Sebastian Film Festival.

118 Abbiamo a che fare con lavoratori che lavorano in media cinquanta o più ore alla settimana e che dimenticano o trascurano altri aspetti della vita, come il tempo libero o la condivisione del tempo con la famiglia, producendo uno squilibrio tra lavoro, tempo libero e riposo. Secondo il sondaggio intitolato *Randstad Workmonitori 2015*, il 28% dei lavoratori spagnoli non si è sentito in grado di staccare dal lavoro nemmeno durante le vacanze. Il dato è in crescita, come indicato dalla *III Encuesta Adecco sobre Desconectar del trabajo en vacaciones*, 2019.

119 In questo senso, vedi J.E. RAY, *Grande accélération et droit à la déconnexion*, in *Droit Social*, no. 11, 2016, p. 917.

120 Questa fobia ha assunto l'interesse della dottrina psicologica e possiamo già trovare numerosi articoli e almeno una tesi di dottorato in materia: L. GUTIÉRREZ PUERTAS, *Enfermería y las adicciones tecnológicas. Adaptación sociolingüística de una escala de nomofobia y su prevalencia en universitarios españoles y portugueses*, Tesis Doctoral, Universidad de Almería, 2016.

Controllo aziendale e diritti fondamentali dei lavoratori: limiti e garanzie alla luce della legge organica 3/2018 sulla protezione dei dati personali e garanzia dei diritti digitali¹

Olga Lenzi

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La LOPDGDD: un nuovo quadro normativo – 3. Il controllo dei dispositivi mobili messi a disposizione del lavoratore – 4. I dispositivi di registrazione video e audio – 5. L'uso di sistemi di geolocalizzazione – 6. Le tecnologie biometriche come meccanismi di monitoraggio: l'impronta digitale – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

È indubbio che uno dei settori più colpiti dall'innovazione tecnologica sia stato proprio quello del lavoro². Le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (comunemente conosciute con l'acronimo TIC) forniscono numerosi benefici ai lavoratori, facilitando la comunicazione, riducendo l'assenza di relazioni personali, permettendo una gestione rapida, immediata e di massa

-
- 1 Questo scritto costituisce il risultato del progetto di ricerca DER2017-83488-C4-3-R dal titolo “*Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital*” finanziato dal Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación e dal FEDER. L'autrice è beneficiaria del Programma “Atracción de Talento” dell'Universitat de València.
 - 2 A titolo esemplificativo, per quanto riguarda l'impatto della tecnologia sui rapporti di lavoro, cfr., J. R. MERCADER UGUINA, *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002; M.R. ALARCÓN CARACUEL, R.E. LEGARRETA (a cura di), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y el derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004; C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI (a cura di), *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas, 2014; J. CRUZ VILLALÓN, *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*, in *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 139, 2017, pp. 1347; M. LÓPEZ BALAGUER (a cura di), *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; L. MELLA MÉNDEZ (a cura di), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, e J.M. GOERLICH PESET, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, in *Revista de treball, economia y societat*, n. 92, 2019, pp. 1-26.

di tutti i tipi di informazione e semplificando gran parte delle attività svolte quotidianamente come parte del loro lavoro.

Tuttavia, non va dimenticato che la tecnologia promette e, allo stesso tempo, minaccia³. L'incorporazione delle TIC nel processo produttivo aziendale porta a un allungamento degli orari di lavoro ed a un ulteriore offuscamento della già tenue linea di demarcazione tra la vita professionale e la vita privata dei lavoratori, con conseguenti implicazioni per la loro salute e per la conciliazione tra lavoro e vita personale e familiare⁴. Rende possibile anche l'enorme raccolta ed accumulo di ogni tipo di dati personali, il cui massiccio incrocio permette la profilazione e la deduzione di informazioni, a volte errate, sulla personalità di un individuo, che possono dar luogo a fenomeni discriminatori.

Inoltre, l'uso abituale della tecnologia sul posto di lavoro conferisce al datore di lavoro la possibilità di avere una visione *a-prospettiva*⁵ dei suoi lavoratori in quanto gli permette di penetrare negli aspetti più intimi della loro vita privata, rafforzando, di conseguenza, il suo potere di direzione, aumentando, sia quantitativamente che qualitativamente, i suoi poteri di sorveglianza o di controllo e, pertanto, anche quelli disciplinari⁶.

In questo contesto, è chiaro che l'emergere delle TIC nel mondo del lavoro ha creato uno scenario altamente incerto, ricco di opportunità ma soprattutto di grandi sfide per la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori.

In effetti, negli ultimi tempi, questa circostanza ha suscitato un acceso dibattito in Spagna giacché, per anni, il contrasto sul piano giuridico tra il potere di controllo del datore di lavoro e gli specifici diritti alla *privacy* ed alla protezione dei dati personali del lavoratore, art. 18.1 e 4 della Costituzione Spagnola (di seguito CS), non è mai stato affrontato in modo specifico all'interno dell'ordinamento giuslavoristico.

3 J. L. GONZÁLEZ SEIN, *Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016*, in *Revista de Derecho Social*, n. 78, 2018, p. 17.

4 Interessante, a questo proposito, è la relazione del 2017 pubblicata congiuntamente da Eurofound e dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro, intitolata "Working anytime, anywhere anywhere: The effects on the world of work" (Lavorare sempre e ovunque: gli effetti sul mondo del lavoro). La versione completa in inglese è disponibile al seguente link: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_544138.pdf (ultima consultazione: 27.09.2019).

5 Questa espressione è stata usata dal filosofo sudcoreano Han, che ha ritenuto che «la sorveglianza digitale è tanto efficace, dunque, perché è *a-prospettiva*. Essa è libera dalla restrizione prospettica, che è caratteristica dell'ottica analogica. L'ottica digitale rende possibile la sorveglianza da qualsiasi angolo visuale: così, elimina gli angoli ciechi. Al contrario dell'ottica analogica, prospettica, quella digitale è in grado di scrutare sin dentro la psiche», in BYUNG-CHUL HAN, *Psicopolitica*, Milano, Nottetempo, p. 67.

6 M. B. CARDONA RUBERT, *Intimidación del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional*, in *Lex social: revista de los derechos sociales*, n. 2, 2015, p. 35.

In ogni caso, la nuova Legge Organica 3/2018, del 5 dicembre, sulla Protezione dei Dati Personali e la Garanzia dei Diritti Digitali (di seguito, LOPDGDD) potrebbe far luce sulla questione, poiché, per la prima volta nel nostro sistema giuridico, questo conflitto viene regolamentato. Pertanto, sulla base di tali considerazioni, le pagine seguenti intendono analizzare i limiti che la legge impone al datore di lavoro, nonché le garanzie che riconosce ai lavoratori nell'uso specifico di dispositivi mobili, telecamere di videosorveglianza, sistemi di geolocalizzazione e lettori di dati biometrici come strumenti per il controllo del lavoro. Ciononostante, a tal fine, è necessario fare alcune considerazioni preliminari legate al contesto di questa nuova normativa.

2. La LOPDGDD: un nuovo quadro normativo

Come è noto, il datore di lavoro, nel quadro del principio di libertà d'impresa che la Costituzione riconosce all'art. 38, ha un potere di direzione dell'attività di impresa in senso lato⁷. Ciò si manifesta, da una parte, con il potere direttivo dell'organizzazione generale dell'impresa, che comprende le decisioni relative all'orario di lavoro, alla classificazione professionale, alla retribuzione, alle modalità contrattuali, alla prevenzione dei rischi, ecc. e, dall'altra, con il potere direttivo in concreto, che include tutti gli ordini e le istruzioni ricevute dai lavoratori che trovano il loro fondamento nell'inserimento dei lavoratori, mediante contratto, nell'organizzazione produttiva altrui (art. 1.1 e 5.c. Statuto dei Lavoratori (di seguito, SL)).

È all'interno di quest'ultima dimensione che il datore di lavoro ha il potere di adottare, in astratto, le misure di controllo che ritiene più opportune per monitorare l'adempimento degli obblighi e dei doveri del lavoratore sul posto di lavoro, rispettando, nella loro adozione e applicazione, la dovuta considerazione alla dignità umana (art. 20.3 SL).

Nonostante l'ampio margine di discrezionalità che l'art. 20.3 SL concede al datore di lavoro nella scelta dei meccanismi di controllo che ritiene più appropriati⁸, va ricordato che, secondo consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale spagnola (in seguito, CC), il lavoratore, in quanto persona, gode di una serie di diritti fondamentali che la Costituzione riconosce. Infatti, «né le organizzazioni imprenditoriali formano mondi separati e a tenuta stagna dal resto della società, né la libertà d'impresa, sancita dall'articolo 38 della

7 Distinzione tratta da A. MONTROYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario (art. 20)*, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100, 2000, pp. 576-578.

8 È stato ritenuto che tale precetto conceda al datore di lavoro "carta bianca" per scegliere le misure che ritiene più appropriate per esercitare il suo potere di controllo e di sorveglianza sui lavoratori. Cfr. M. MINARRO YANINI, *Impacto del reglamento comunitario de protección de datos en las relaciones laborales: un -pretendido- «cambio cultural»*, in *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 423, 2018, p. 4.

Costituzione, legittima il fatto che coloro che prestano servizio per conto e sotto l'autorità dei loro titolari debbano subire privazioni temporanee o limitazioni ingiustificate dei loro diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, che hanno un valore centrale nell'ordinamento giuridico costituzionale»⁹.

Nondimeno, questi diritti fondamentali, che occupano una posizione preminente nel nostro ordinamento giuridico, non sono assoluti, e possono «arretrare davanti ad interessi costituzionalmente rilevanti, purché la compressione che i primi devono subire sia necessaria per raggiungere uno scopo legittimo, proporzionato al raggiungimento dello stesso e, in ogni caso, rispettoso del contenuto essenziale del diritto»¹⁰.

Così, l'assenza di riforma di una disposizione già obsoleta come l'art. 20.3 SL¹¹, che risale al 1980, ha richiesto l'intervento dei giudici, che hanno dovuto stabilire i limiti dei poteri imprenditoriali ed evitare che questi avessero esiti incostituzionali dannosi per i diritti fondamentali del lavoratore. In questo senso, al fine di determinare la legittimità delle misure di controllo adottate, essi hanno applicato, caso per caso, il triplice test di proporzionalità, ovvero hanno verificato se la misura è suscettibile di raggiungere l'obiettivo proposto (giudizio di idoneità); se, inoltre, è necessaria, nel senso che non vi è un'altra misura, più moderata, per raggiungere lo scopo con la stessa efficacia (giudizio di necessità); e, infine, se è ponderata, nel senso che derivano, da questa, più benefici per l'interesse generale che pregiudizi per altri beni o valori in conflitto (giudizio di proporzionalità in senso stretto)¹². Tutto ciò con il rischio, come è accaduto, che l'attività «quasi-legislativa» dei tribunali potesse portare ad uno scenario di incertezza del diritto causata dall'alternarsi di criteri interpretativi discordanti¹³.

Per questo motivo, vista la scarsa regolamentazione legale in materia, l'approvazione della LOPDGDD è stata accolta, in generale, con favore, in quanto

9 A questo proposito, la Corte Costituzionale ha affermato in numerose occasioni che «la conclusione di un contratto di lavoro non implica in alcun modo la privazione per una delle parti, il lavoratore, dei diritti che la Costituzione gli riconosce come cittadino, [...] e la cui tutela è garantita contro eventuali rischi promuovendo gli opportuni mezzi di ricorso, che nel campo dei rapporti di lavoro si concretizzano, per il momento, attraverso il processo del lavoro...» (SSTC 88/1985, del 19 luglio; 6/1988, del 21 gennaio; 129/1989, del 17 luglio; 126/1990, del 5 luglio; 99/1994, del 11 aprile, tra le varie).

10 *Cfr.*, STC 57/1994 del 28 febbraio e 143/1999 del 9 maggio.

11 Infatti, l'art. 20.3 SL è stato considerato come «*parvo instrumental*» dato che la sua «dichiarazione generica [...] comporta evidenti dubbi sui limiti del controllo aziendale». In questo senso, J. L. GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 22.

12 Tra tante altre, SSTC 66/1995 del 8 maggio, 55/1996 del 28 marzo e 207/1996 del 16 dicembre.

13 S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, in *Diario La Ley*, n. 9328, 2019, p. 4 (versione elettronica disponibile in Smarteca).

garantisce espressamente il diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali nell'ambiente di lavoro¹⁴.

In sostanza, questo intervento legislativo recepisce le disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (in seguito, GDPR), che abroga la Direttiva 95/46/CE e obbliga tutti gli Stati membri ad adeguare, entro il 25 maggio 2018¹⁵, la propria normativa interna al contenuto del regolamento europeo ed a svilupparne gli aspetti espressamente previsti.

Il GDPR evidenzia, da un lato, i principi generali che devono guidare il trattamento dei dati personali (liceità, trasparenza, adeguatezza, finalità, pertinenza, esattezza, aggiornamento, temporaneità, sicurezza, riservatezza, valutazione d'impatto e responsabilizzazione) e, dall'altro, insiste sul rispetto dei diritti soggettivi dell'individuo al fine di soddisfare i suddetti principi (informazione, accesso, rettifica e cancellazione, limitazione, portabilità e opposizione al trattamento), che dovranno fungere da linee guida quando si tratterà di adempiere il "mandato legislativo" che il GDPR lascia al legislatore nazionale in materia di lavoro¹⁶.

L'articolo 88 del GDPR, insieme al considerando 155, invita gli Stati membri a regolamentare il trattamento dei dati personali nel contesto del rapporto di lavoro attraverso la legge o i contratti collettivi. In particolare, prevede che essi dovranno adottare «norme più specifiche» relative all'assunzione del personale, all'esecuzione del contratto di lavoro, alla gestione, alla pianificazione ed all'organizzazione del lavoro, alla parità e alla diversità, alla salute e alla sicurezza, alla tutela della proprietà dei dipendenti o dei clienti, nonché ai fini dell'esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi

14 A differenza degli autori che hanno valutato positivamente l'adozione della LOPDGDD, cfr., ad esempio, E. M. BLÁZQUEZ AGUDO, *Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos*, in *Trabajo y Derecho*, n. 59, 2019, p. 2 (versione elettronica disponibile in Smarteca), o J. BAZ RODRÍGUEZ, *La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Clave para un análisis sistemático*, in *Trabajo y Derecho*, n. 54, 2019, p. 5 (versione elettronica disponibile in Smarteca); c'è anche chi ha affermato che la sua adozione costituisce un «nuovo problema» per il diritto del lavoro perché genera, nel campo specifico della videosorveglianza, «più problemi di quanti ne risolve». In questo senso, C. MOLINA NAVARRETE, *Videovigilancia del trabajador y los derechos a la protección de datos y a la intimidad*, relazione presentata al Congresso Internazionale sull'Automazione, la Sorveglianza e Controllo dei Lavoratori ed i Diritti Fondamentali, Valencia, 12-13 settembre 2019.

15 Va chiarito che, sebbene la norma comunitaria sia in vigore dal 24 maggio 2016, secondo quanto previsto dall'art. 99 GDPR, essa è «obbligatoria in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ogni Stato membro» a partire dal 25 maggio 2018, cioè, dopo la *vacatio legis* di due anni.

16 S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679*, in *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 423, 2018, p. 26.

connessi al lavoro e per finalità di cessazione del rapporto di lavoro (sezione 1^o). Soprattutto, precisa che tali norme devono comprendere «misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati» in relazione ai sistemi di monitoraggio installati sul posto di lavoro.

Di conseguenza, a fronte di tali requisiti e a differenza del Progetto di Legge Organica sulla Protezione dei Dati di novembre del 2017 (PLOPD)¹⁷, la LOPDGDD riflette tale mandato, da una parte, attraverso l'incorporazione di un nuovo Titolo X, che riconosce una serie di diritti digitali dei lavoratori (articoli 87-91), e, dall'altra, attraverso l'inclusione, mediante la Disposizione Finale Tredicesima, di un nuovo paragrafo *bis* all'art. 20.3 SL con il seguente contenuto: «i lavoratori hanno diritto alla *privacy* nell'uso dei dispositivi digitali messi a disposizione dal datore di lavoro, alla disconnessione digitale e alla *privacy* a fronte dell'utilizzo di dispositivi di videosorveglianza e di geolocalizzazione secondo i termini stabiliti dalla legislazione vigente in materia di protezione dei dati personali e di garanzia dei diritti digitali».

Ebbene, è proprio all'interno di questo nuovo quadro giuridico, tra i diritti digitali riconosciuti, che il diritto alla *privacy* dei lavoratori è regolamentato in relazione all'utilizzo di dispositivi mobili, telecamere di sorveglianza video e audio e sistemi di geolocalizzazione (rispettivamente articoli 87, 89 e 90 della LOPDGDD)¹⁸.

17 Erano decisamente pochi i riferimenti sulla materia nel campo dei rapporti di lavoro contenuti nel disegno di Legge Organica sulla Protezione dei Dati. Il testo integrale è consultabile in spagnolo al seguente link: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-1.PDF (visitato l'ultima volta il 24.10.2019).

18 È sorprendente che una legge il cui campo d'azione è proiettato sulla tutela del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali incorpori disposizioni legate al trattamento dei dati in campo lavorativo sotto l'etichetta normativa di "diritto alla *privacy*". Ci sono autori che hanno ritenuto che, nonostante l'iniziale contraddizione dell'opzione tecnica scelta dal legislatore, ciò sia dovuto all'influenza esercitata dall'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) ed alla costruzione della dottrina della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia. In questo senso, cfr. J. BAZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*. D'altra parte, ci sono autori che l'hanno definita una "contraddizione normativa" in quanto l'articolo 2.1 LOPDGDD stabilisce che le disposizioni dei Titoli I e IX e degli articoli 89 a 94 della legge si applicano a qualsiasi trattamento automatizzato totale o parziale dei dati, nonché ai trattamenti non automatizzati dei dati personali contenuti o destinati ad essere inseriti in un archivio. Pertanto, la formulazione letterale dell'articolo riflette l'intenzione del legislatore di includere nell'ambito di applicazione del diritto alla protezione dei dati personali i trattamenti derivanti dall'utilizzo di dispositivi di videosorveglianza e di registrazione del suono e di sistemi di geolocalizzazione, escludendo quelli legati all'utilizzo di dispositivi digitali in ambito lavorativo. Al riguardo, J. R. MERCADER UGUINA, *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Madrid, Lefebvre, 2019, pp. 128-129.

3. Il controllo dei dispositivi mobili messi a disposizione del lavoratore

È comune che i datori di lavoro mettano a disposizione dei lavoratori strumenti che facilitano la loro attività lavorativa come, ad esempio, *computer*, *smartphone*, sistemi telefonici, e-mail, programmi di messaggistica istantanea ed Internet, tra molti altri. Ed è proprio dal loro utilizzo che nasce uno dei più classici conflitti tra il potere datoriale di controllo della prestazione lavorativa ed i diritti fondamentali dei lavoratori.

Questi conflitti nascono dal crescente uso personale e a scopo extraprofessionale degli strumenti di lavoro. Pur essendo canali di comunicazione di facile utilizzo, il loro uso privato e abusivo può infatti comportare gravi svantaggi per l'azienda. In primo luogo, in termini di danno economico, dal punto di vista del *lucrum cesans*, cioè dei benefici persi a seguito di una riduzione della produttività del lavoratore per essersi dedicato ad altro; e, in secondo luogo, perché l'uso improprio di tali mezzi può compromettere la capacità del sistema informatico di trasmettere informazioni e generare problemi legati alla sicurezza, all'immagine o alla competitività dell'impresa, attraverso la trasmissione di informazioni riservate concernenti i lavoratori, i clienti o fornitori o anche terzi esterni alla propria organizzazione aziendale¹⁹.

Non si deve tuttavia perdere di vista il fatto che, in definitiva, si tratta di strumenti di proprietà dell'azienda che sono stati messi a disposizione del lavoratore per lo svolgimento della propria prestazione lavorativa, cosicché il loro utilizzo rientra nel potere di vigilanza e controllo che l'art. 20.3 SL riconosce espressamente in capo al datore di lavoro²⁰. Inoltre, il controllo ad opera del datore di lavoro, costituendo un contenuto implicito del contratto di lavoro, esonera il datore di lavoro dall'ottenere il consenso del dipendente, che viene relegato «in linea generale, ad una posizione secondaria, in quanto il consenso si intende implicito nel rapporto di lavoro, a condizione che il trattamento dei dati personali sia necessario per il mantenimento e l'esecuzione del contratto sottoscritto dalle parti»²¹.

Ciononostante, sebbene l'art. 87.2 della LOPDGDD permetta l'accesso del datore di lavoro ai contenuti derivati dall'utilizzo di tali mezzi al solo scopo di monitorare l'adempimento dell'obbligazione lavorativa e di garantire l'integrità di tali dispositivi, tale controllo deve comunque essere compatibile con il diritto alla *privacy* del lavoratore (art. 18.1 CS), il diritto alla riservatezza delle comunicazioni (art. 18.3 CS) e anche il diritto alla protezione dei dati personali (art. 18.4

19 M. B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*, p. 36.

20 STS de 26 di settembre 2017 (ricorso n. 966/2006).

21 STC, 39/2016, del 3 di marzo.

CS) in quanto, in conformità con l’Agenzia Spagnola per la Protezione dei Dati (ASPD), sia l’accesso ad Internet, che l’indirizzo e-mail associato a una persona identificata o identificabile, costituiscono dati personali²².

Pertanto, il riconoscimento formale, ad opera dell’art. 87.1 della LOPDGDD, del diritto dei lavoratori alla tutela della loro *privacy* nell’uso dei dispositivi digitali forniti dal datore di lavoro, è da accogliere con favore, dato che è proprio nel corso della vita lavorativa che i lavoratori hanno una opportunità significativa, se non addirittura la maggiore, di sviluppare relazioni con il mondo esterno²³. In questo modo, il precetto prende le distanze da precedenti interpretazioni giudiziarie che hanno messo in discussione l’esistenza di una sfera di *privacy* dei lavoratori in azienda e consolida la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU), nel senso che «le direttive del datore di lavoro non possono azzerare la vita sociale privata nel luogo di lavoro. Il rispetto per la vita privata e per la riservatezza della corrispondenza continua a sussistere, anche se può essere limitato nella misura necessaria»²⁴.

È degno di nota che il legislatore autorizzi il datore di lavoro ad accedere a “contenuti” derivanti dall’utilizzo di dispositivi digitali²⁵, sebbene la Raccomandazione adottata dal Consiglio dei Ministri il 1 aprile del 2015 (nel prosieguo, la Raccomandazione), relativa al trattamento dei dati personali in materia di occupazione, è chiara quando afferma che «il contenuto, l’invio e la ricezione di comunicazioni elettroniche private sul luogo di lavoro non devono essere in alcun modo soggetti a controllo»²⁶. Anche il Gruppo di Lavoro “Artículo 29” (nel prosieguo GL29) ha espresso il proprio parere in merito, avvertendo che, ove opportuno, il monitoraggio delle e-mail dovrebbe essere limitato ai dati di traffico dei dipendenti e non al contenuto delle e-mail e, nelle occasioni in cui è necessario accedere al loro contenuto, non dovrebbe essere trascurata la *privacy* delle persone esterne all’organizzazione aziendale coinvolte nelle e-mail. In questi ultimi casi, è consigliabile impostare avvisi di allerta in tutti i messaggi aziendali in uscita riguardanti l’esistenza di sistemi di sorveglianza²⁷.

In linea con il principio di limitazione delle finalità della GDPR, quando la disposizione prevede che l’accesso avvenga «al solo scopo di controllare il rispetto

22 Cfr., ASPD, *Informe jurídico 0391/2007*.

23 Sentenza CEDU., causa *Niemitz c. Alemania*, del 16 dicembre 1992 (Ricorso n. 13710/88), par. 29.

24 Concretamente, cfr., Sentenza CEDU., (Grande Camera), causa *Barbulescu c. Romania*, del 5 di settembre del 2017 (Ricorso n. 61496/08), par. 80.

25 Questo è stato evidenziato da R. SERRANO OLIVARES, *Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, in *IUSLabor*, n. 3, 2018, p. 221.

26 Committee of Ministers, *Recommendation CM/Rec (2015)5 of the Committee of Ministers to member States on the processing of personal data in the context of employment*, April 2015, par. 14.4.

27 Gruppo di Lavoro Artículo 29, *Documento di lavoro riguardante la vigilanza sulle comunicazioni elettroniche sul posto di lavoro*, 29 maggio 2002, (WP 55), p. 18.

degli obblighi di lavoro e di garantire l'integrità di tali dispositivi», il legislatore sembra accogliere come unica base legittima, da un lato, la necessità del provvedimento ai fini dell'esecuzione del contratto, inteso in termini di controllo dell'adempimento dell'obbligazione lavorativa (art. 6.1.b. GDPR) e, dall'altro, la soddisfazione di un "legittimo interesse" del datore di lavoro, cioè l'interesse a garantire l'integrità e la sicurezza dei dispositivi digitali (art. 6.1.f. GDPR). Due titoli giuridici che, come è stato detto, si caratterizzano per essere "autonomi e differenziabili", il che implica che le misure adottate con l'obiettivo iniziale di garantire il corretto funzionamento dei sistemi informatici, non dovrebbero essere utilizzate anche per sorvegliare e controllare l'adempimento da parte dei lavoratori della loro prestazione lavorativa²⁸.

Del resto, l'art. 87.3 LOPDDGD formalizza, come obbligo del datore di lavoro, un'esigenza già evidenziata dal Tribunale Supremo²⁹, ovvero il dovere dell'azienda di stabilire criteri per l'utilizzo dei dispositivi digitali, via ordini, istruzioni, protocolli o codici di buona prassi, ma, in ogni caso, rispettando sempre «le norme minime di tutela della *privacy* in conformità agli usi sociali e ai diritti riconosciuti dalla Costituzione e dalla legge». In questo modo, il precetto si allontana dalla sentenza del Tribunale Supremo 241/2012, del 17 settembre, nel senso che un mero divieto espresso non sarà più sufficiente per eliminare la ragionevole aspettativa di intimità e riservatezza dei lavoratori³⁰, giacché, per sapere se il provvedimento adottato rispetti o meno i diritti fondamentali del lavoratore, si devono garantire una serie di requisiti che vengono perfettamente colti nel cosiddetto "test Barbulescu"³¹.

28 J. BAZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 9.

29 La STS del 26 settembre 2007 (ricorso n. 966/2007), sottolinea il dovere delle aziende «in conformità ai requisiti di buona fede, di stabilire preventivamente le regole per l'utilizzo di questi metodi – con l'applicazione di divieti assoluti o parziali – e di informare i lavoratori dei controlli ed i mezzi che dovranno essere applicati per verificare la correttezza degli utilizzi, nonché le misure che dovranno essere adottate, se necessario, per garantire l'effettivo utilizzo lavorativo dei mezzi quando necessario, fatta salva l'eventuale applicazione di altre misure di carattere preventivo, come l'esclusione di alcuni collegamenti».

30 Questa controversia è nata dal licenziamento di un dipendente che, su richiesta del suo datore di lavoro, aveva creato un account Yahoo Messenger per rispondere alle richieste ricevute dai clienti. Nel 2007 il lavoratore fu licenziato perché non aveva rispettato il regolamento interno dell'azienda che vietava l'utilizzo dei mezzi tecnologici messi a disposizione del lavoratore per uso personale. In conformità ai fatti esposti nella sentenza, il lavoratore fu informato del fatto che le sue comunicazioni attraverso questo conto erano state monitorate e che, in base a ciò, si era rilevato il suo uso privato dell'account professionale. Di fronte a queste informazioni, il lavoratore negò l'uso personale, così l'azienda rese pubblica la trascrizione dei messaggi tra il lavoratore, il fratello e la compagna, ed anche i messaggi scambiati tra il lavoratore e la compagna da un account personale di Yahoo.

31 Conformemente alla dottrina della CEDU, causa *Barbulescu c. Romania*, del 5 di settembre del 2017 (Ricorso n. 61496/08), le autorità nazionali dovranno porsi, nell'esame di ciascun caso, le seguenti domande: 1) Il dipendente è stato informato della possibilità che il datore di lavoro possa adottare misure di controllo della sua corrispondenza e le altre comunicazioni, nonché

Inoltre, la disposizione disciplina anche i contenuti che devono essere inclusi nei protocolli informativi. A questo proposito, richiede che, nei casi in cui il datore di lavoro ammetta l'uso di supporti elettronici per scopi privati, specifichi "in modo preciso" gli usi autorizzati e stabilisca garanzie per la tutela della *privacy* dei lavoratori, dando come esempio la necessità di determinare i periodi in cui i dispositivi possono essere utilizzati per scopi privati. A titolo di proposta, è stato sottolineato che, in questi casi, si può limitare l'uso privato degli strumenti al di fuori dell'orario di lavoro³²; assegnare ai lavoratori due caselle separate di posta elettronica, una per uso esclusivamente professionale, e l'altra per uso strettamente privato³³; oppure, in ultimo, si potrebbero configurare dei filtri per l'accesso a Internet o all'intranet, strettamente limitati all'orario di lavoro³⁴.

Inoltre, nell'elaborazione dei criteri per l'utilizzo dei dispositivi digitali, la norma richiede la partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori (par. 3°). Lungi dall'ulteriore garanzia di consultare i rappresentanti dei lavoratori prima di installare qualsiasi sistema di controllo e, se necessario, di ottenere un accordo con loro quando ciò potrebbe violare i diritti fondamentali dei lavoratori, come proposto nella Raccomandazione, la disposizione si limita a richiedere la loro "partecipazione", senza specificare la portata di tale partecipazione. Pertanto, si pone la questione se questa formulazione sia intesa a riconoscere un nuovo diritto di rappresentanza del personale o se si limiti a specificare ciò che è già disposto dall'art. 64.5.f)³⁵.

L'art. 87.3 della LOPDGDD infine prevede l'obbligo di informare i lavoratori sui suddetti criteri di utilizzo. Quest'obbligo è certamente ovvio, poiché solo in questo modo il protocollo può avere effetto. Cosicché, in linea con l'esigente obbligo di trasparenza e di informazione previsto dagli articoli 12, 13 e 14 del GDPR, gli interessati, cioè i lavoratori, avranno il diritto di essere informati sul responsabile del trattamento; la finalità del trattamento; il titolo legale che lo legittima; i destinatari dei trasferimenti dei dati; la possibilità di esercitare i diritti di accesso, rettifica, cancellazione e opinione; i dati della persona responsabile della protezione dei dati e la fonte di essi. In altre parole, il semplice divieto di

dell'attuazione di tali misure? 2) Qual è stata la portata del controllo del datore di lavoro ed il grado di invasione nella *privacy* del dipendente? 3) Il datore di lavoro ha fornito motivi legittimi per giustificare il monitoraggio delle comunicazioni e l'accesso al loro effettivo contenuto? 4) Sarebbe stato possibile istituire un sistema di sorveglianza basato su metodi e misure meno invasivi dell'accesso diretto al contenuto delle comunicazioni del dipendente? 5) Quali sono state le conseguenze del monitoraggio per il dipendente che vi è sottoposto? 6) Al dipendente sono state fornite adeguate garanzie, in particolare quando le misure di monitoraggio del datore di lavoro sono state di carattere invasivo?

32 E. M. BLÁZQUEZ AGUDO, *op. cit.*, p. 5.

33 J. R. MERCADER UGUINA, *op. ult. cit.*, p. 130.

34 Gruppo di Lavoro Artículo 29, *Parere 2/2017 sul trattamento dei dati sul posto di lavoro*, 8 giugno 2017, WP 249, p. 27.

35 Questa è l'opinione di R. SERRANO OLIVARES, *op. cit.*, p. 220.

utilizzo dei dispositivi mobili per scopi particolari, incluso in una clausola di un contratto collettivo, non può più essere considerato valido³⁶, in quanto vi deve essere un'informazione completa, chiara, accessibile e precisa³⁷. Tuttavia, ciò non significa che il lavoratore debba conoscere nel dettaglio le politiche di sicurezza adottate dall'azienda, ma è importante che il lavoratore conosca la portata e i limiti del controllo³⁸. Infatti, non è lo stesso sapere cosa si può o non si può fare con il mezzo informatico, rispetto a sapere come e quando l'azienda eserciterà il monitoraggio su di esso sul posto di lavoro³⁹. Per questo motivo, è opportuno che i lavoratori siano informati prima dell'adozione di queste misure o al momento della consegna del dispositivo e, in più, che tali informazioni siano aggiornate periodicamente in modo da essere adattate agli sviluppi futuri dei provvedimenti in questione⁴⁰.

4. I dispositivi di registrazione video e audio

Un altro aspetto da tenere in considerazione, connesso all'utilizzo dei mezzi tecnologici come strumenti di monitoraggio, è l'installazione di sistemi di videosorveglianza nel luogo di lavoro.

La LOPDGD, all'art. 22, stabilisce il quadro normativo generale del trattamento delle immagini attraverso telecamere o videocamere il cui scopo è quello di preservare la sicurezza delle persone e dei beni, nonché delle loro installazioni, rinviando all'art. 89 relativamente al trattamento dei dati ottenuti attraverso tali sistemi nell'ambiente di lavoro (sezione 8°).

In effetti, non deve affatto sorprendere che questa nuova legge dedichi un precetto differenziato all'uso specifico di dispositivi di videosorveglianza e di registrazione del suono sul posto di lavoro, dato che i costanti progressi della tecnologia disponibile, la digitalizzazione e la miniaturizzazione, hanno notevolmente aumentato le possibilità offerte dalla loro installazione⁴¹, rendendo

36 STC 170/2013, del 7 ottobre.

37 Gruppo di Lavoro Artículo 29, *Documento di lavoro*, cit., p. 14. Analogamente, la Raccomandazione consiglia di informare i dipendenti circa: (a) le finalità del trattamento; (b) i tempi di conservazione dei dati ottenuti; (c) la sicurezza dei dati relativi al traffico; (d) l'archiviazione della posta elettronica professionale.

38 J. R. MERCADER UGUINA, *op. ult. cit.*, p. 132.

39 L. MELLA MÉNDEZ, *El control empresarial de los correos y archivos electrónicos del trabajador: valoración crítica de la reciente jurisprudencia nacional y europea*, in *Derecho de las relaciones laborales*, n. 11, 2018, p. 1200.

40 Infatti, è consigliabile fornire informazioni annuali o anche giornaliere, stabilendo un avviso ogni volta che il lavoratore accende il dispositivo o accede ad Internet o ai programmi di messaggistica istantanea che gli sono stati messi a disposizione. Cfr., E. M. BLÁZQUEZ AGUDO, *op. cit.*, p. 5.

41 Gruppo di Lavoro Artículo 29, *Parere 4/2004 relativo al trattamento dei dati personali mediante videosorveglianza*, 11 febbraio 2004 (WP 89), p. 2.

questa modalità tecnologica di monitoraggio, probabilmente, la più diffusa tra i datori di lavoro.

Per definizione, questi sistemi sono fondamentalmente strutture che permettono di registrare, in uno spazio preciso, sia immagini che suoni, potendo così ricoprire per il datore di lavoro una molteplicità di funzioni come, ad esempio, la protezione delle persone e del patrimonio aziendale, l'individuazione, prevenzione e controllo dei reati commessi da dipendenti, clienti o terzi e la fornitura di prove, fra tanti altri interessi legittimi⁴².

In virtù di questi vantaggi e sulla base dell'art. 20.3 SL, l'art. 89.1 della LOPDGDD riconosce espressamente il diritto dei datori di lavoro di trattare le immagini ottenute attraverso i sistemi di videosorveglianza nell'esercizio delle funzioni di controllo dei dipendenti. Tuttavia, specifica che tali funzioni devono essere esercitate «nel proprio quadro giuridico e con i limiti ad esso inerenti».

Innanzitutto, va sottolineato che le immagini ed i suoni costituiscono dati personali nella misura in cui possono contenere informazioni su una persona determinata⁴³. Pertanto, nonostante l'autorizzazione generale prevista inizialmente dalla norma, il datore di lavoro deve rispettare i principi stabiliti dalla normativa sulla protezione dei dati. L'utilizzo di questi sistemi, infatti, non può costituire un mezzo utile ed efficace per effettuare una sorveglianza difensiva in astratto, senza che sia configurabile né un particolare rischio per la difesa degli interessi aziendali, né un pretesto per monitorare i lavoratori, in quanto, da un punto di vista oggettivo ed in relazione alla protezione dei dati, l'installazione di questi meccanismi è considerata valida solo se esiste una finalità che la giustifichi e purché sia coerente con l'ambito e la finalità determinata, esplicita e legittima dichiarata⁴⁴. Cioché, quando la misura viene adottata con lo scopo diretto e principale di monitorare l'attività e il comportamento dei lavoratori, dovrà essere reputata illegale. D'altra parte, quando essa venga attuata per altri scopi legittimi dell'azienda (come potrebbe essere la protezione della produzione, la salute e la sicurezza o per assicurare il giusto funzionamento di un'organizzazione imprenditoriale), ed indirettamente venga controllata l'attività dei dipendenti, potrà essere considerata legittima purché si soddisfino una serie di garanzie⁴⁵.

42 *Ibidem*, p. 3.

43 Grupo de trabajo del artículo 29, *Dictamen 2/2007 sobre el concepto de datos personales*, adottato il 20 giugno (WP 126), p. 8.

44 Cfr., J. L. GONI SEIN, *Video vigilancia empresarial mediante cámaras ocultas: su excepcional validez como control defensivo "ex post"*, in *Trabajo y Derecho*, n. 47, 2018, p. 2 (versione elettronica disponibile in Smarteca).

45 In conformità con la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, si dovrà: «a. informare i dipendenti prima dell'introduzione di sistemi d'informazione e tecnologie che consentano il monitoraggio delle loro attività. Le informazioni dovrebbero comprendere lo scopo dell'operazione, il periodo di conservazione o di riserva, nonché l'esistenza o meno dei diritti di accesso e di rettifica e le modalità di esercizio di tali diritti; b. adottare le opportune misure interne relative al trattamento di tali dati e informarne preventivamente i

Di conseguenza, il datore di lavoro, prima di installare videocamere sul posto di lavoro, dovrà assicurarsi che tali installazioni trovino una base giuridica che legittimi il trattamento, perché necessarie per l'esecuzione del contratto (art. 6.1.b. GDPR) o per la soddisfazione dei suoi legittimi interessi (art. 6.1.f. GDPR), e, inoltre, che siano necessarie e proporzionate, non essendovi altri strumenti meno invasivi che possano raggiungere lo stesso scopo⁴⁶. In questo senso si sono pronunciate le sentenze della Corte Costituzionale 98/2000, del 10 aprile, e 186/2000, del 10 luglio, in cui, in entrambi i casi, sono stati applicati il giudizio di proporzionalità e il principio di minimizzazione al fine di verificare la costituzionalità delle misure che limitano i diritti fondamentali⁴⁷.

Allo stesso modo, in conformità con il principio di trasparenza, come forma di limitazione del potere di controllo del datore di lavoro, l'art. 89.1 della LOPDGGD richiede al datore di lavoro di «informare i lavoratori [...] ed, eventualmente, i loro rappresentanti» in anticipo ed in modo espreso, chiaro e conciso in merito all'installazione del sistema di monitoraggio. Con ciò, il legislatore accetta, almeno inizialmente, l'obbligo individualizzato di informare i lavoratori nei medesimi termini della sentenza della Corte Costituzionale 29/2013, dell'11 febbraio, che interpretò il diritto del lavoratore ad essere informato «in anticipo ed espressamente, in modo preciso, chiaro ed inequivocabile» su chi detiene i dati e sulle finalità di controllo dell'attività lavorativa, come nucleo essenziale del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali (art. 18.4 CS)⁴⁸.

dipendenti; c. consultare i rappresentanti dei lavoratori in conformità con la legislazione o la prassi nazionale, prima di introdurre qualsiasi sistema di monitoraggio o quando tale monitoraggio possa essere modificato. Qualora la procedura di consultazione riveli la possibilità di una violazione del diritto dei lavoratori al rispetto della vita privata e della dignità umana, si dovrebbe concordare un accordo con i rappresentanti dei lavoratori; d. consultare, conformemente alla legislazione nazionale, l'autorità nazionale di controllo sul trattamento dei dati personali». Cfr., Committee of Ministers, *Recommendation CM/Rec 2015)5*, cit., par. 15.

46 *Ibidem*.

47 La prima sentenza ha origine nell'installazione di un sistema di registrazione del suono – complementare ad un sistema di videosorveglianza già esistente – in alcune postazioni di lavoro di un'azienda dedicata ai casinò e giochi d'azzardo con l'obiettivo principale di registrare, adducendo motivi di sicurezza, le conversazioni tra i clienti ed i lavoratori dello stabilimento. In questo caso, la Corte, in conformità al principio di proporzionalità, dichiarò che la mera comodità del datore di lavoro non fosse sufficiente a giustificare l'installazione di tali meccanismi di registrazione video e audio e che, pertanto, il diritto all'intimità privata del dipendente era stato violato. D'altra parte, la seconda sentenza, dopo aver applicato il giudizio di proporzionalità, ritenne che l'installazione occulta di sistema a circuito chiuso il cui scopo era quello di concentrarsi solo su tre registratori di cassa e sul banco merci di un commercio all'ingrosso a seguito di una evidente svista economica, superò la prova nella misura in cui il provvedimento era giustificato – perché vi era un ragionevole sospetto di commissione di un reato –, adeguato –perché tale meccanismo facilitava la verifica del reato –, ed equilibrato – perché limitato ad una certa area e per un breve periodo di tempo –.

48 Nella fattispecie, la sentenza riguarda la registrazione, senza consenso né informazione, di dipendenti universitari pubblici attraverso l'installazione di sistemi di videosorveglianza nei

Nondimeno, tale dovere viene successivamente attenuato con l'aggiunta della seguente eccezione: «nel caso in cui sia stata rilevata la flagrante commissione di un atto illecito da parte dei dipendenti [...] il dovere di informazione si considera assolto quando esiste almeno l'informativa previsto all'articolo 22.4 della presente Legge Organica».

In altri termini, quando si verifica questa circostanza "eccezionale", l'obbligo di informazione si intende assolto ponendo un dispositivo informativo in luogo sufficientemente visibile da consentire di conoscere, almeno, l'esistenza del trattamento, l'identità del responsabile e la possibilità di esercitare i diritti connessi al trattamento dei dati. Questa formula mostra il progressivo indebolimento del principio espresso dalla sentenza della Corte Costituzionale 39/2016 del 3 marzo⁴⁹, la quale aveva stabilito che, a fronte dell'esistenza di sospetti, l'obbligo di previa informazione può essere inteso come adempiuto con il semplice posizionamento di una informativa senza la necessità di specificare, al di là della mera sorveglianza, la finalità prevista da tale controllo⁵⁰.

Un'eccezione, quest'ultima, decisamente discutibile, poiché il GDPR non sembra ammettere alcuna deroga al principio di trasparenza e di informazione (art. 12, 13 e 14). In effetti, la dottrina ha messo in luce che l'art. 89.1 della LOPDGDD, consentendo un'informazione lassista, anche se in occasioni limitate, viola, sia il diritto alla *privacy*, che la tutela dei dati personali derivante dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla stessa RGD,

corridoi e nelle aree di transito, le cui immagini vennero successivamente utilizzate dalle autorità pubbliche come prova per giustificare l'imposizione di sanzioni per il mancato rispetto dell'orario e degli orari di lavoro ad uno dei dipendenti. In seguito all'affermazione che «il diritto dell'interessato ad essere informato su chi detiene i dati e a quale scopo» costituisce «l'elemento caratterizzante della previsione costituzionale dell'art. 18.4 CS», la Corte Costituzionale dichiarò che il diritto fondamentale alla protezione dei dati del lavoratore era stato violato in quanto non esisteva un'informazione previa, espressa, precisa, chiara ed inequivocabile per i lavoratori circa la finalità del controllo dell'attività lavorativa, che dovesse specificare le caratteristiche e l'ambito del trattamento da effettuare e la possibilità che i dati potessero essere utilizzati per l'irrogazione di sanzioni disciplinari.

49 Nel caso si esamina una situazione in cui un noto negozio di abbigliamento, in seguito all'individuazione di gravi irregolarità nel registratore di cassa, assume un servizio di sicurezza privato per installare un sistema di videosorveglianza in uno dei suoi stabilimenti al fine di monitorare un certo dipendente su cui vi erano ragionevoli motivi di sospetto, dopo aver rilevato irregolarità nel negozio, senza essere stato precedentemente informato dell'installazione. In questo caso, la Corte Costituzionale, modificando la sua precedente dottrina, affermò che la violazione del dovere di informazione richiede, per considerare violato il diritto alla protezione dei dati, un previo giudizio di proporzionalità tra questo diritto ed il diritto di proprietà e di libertà d'impresa. Di conseguenza, dichiarò che il giudizio di proporzionalità era stato adeguatamente superato mediante la collocazione di un adesivo o di un cartello informativo nelle aree soggette a videosorveglianza.

50 Questa dottrina costituzionale è stata successivamente ribadita dal Tribunale Supremo in diverse sentenze. Fra le varie, STS del 31 gennaio 2017 (ricorso n. 3331/2015) y del 2 febbraio 2016 (ricorso n. 554/2016).

dato che l'obbligo di informazione sulle finalità del trattamento costituisce il mezzo essenziale per garantire la tutela dei diritti fondamentali del lavoratore⁵¹.

A parte la criticabile idoneità della previsione di bilanciare nella stessa sezione la discordante giurisprudenza della Corte costituzionale, la norma incorpora, inoltre, nei termini della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, causa *López Ribalda c. Spagna*, del 9 gennaio 2018⁵², il divieto di installare sistemi di videosorveglianza totalmente nascosti⁵³. In effetti, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella suddetta decisione, ha definito l'uso di telecamere di sorveglianza nascoste senza previa informazione, come un'interferenza nella vita privata dei lavoratori, poiché il datore di lavoro avrebbe dovuto informare i dipendenti in precedenza, anche in modo generico, sulla presenza di questi sistemi.

Tuttavia, la previsione deve essere interpretata nel senso che il datore di lavoro non possa in alcun modo adottare misure di sorveglianza completamente occulte, e solo quando si accerterà l'esistenza di fondati sospetti di "atto illecito" vi sarà spazio per la sorveglianza *ex-post* e, in particolare, il conseguente alleggerimento del dovere di informazione⁵⁴. Pertanto, nelle restanti situazioni, cioè quando il datore di lavoro installa meccanismi di controllo mirati ad una generalità di lavoratori, il dovere di informazione deve essere sempre rispettato in tutti i suoi aspetti.

Comunque, la decisione del legislatore – volontaria o meno – di includere nella norma la nozione di "atto illecito", come concetto giuridico indeterminato, suscita una certa preoccupazione, poiché la sua imprecisione dà adito a numerose interpretazioni⁵⁵. La modifica della norma, rispetto a quanto contenuto nel PLOPD, potrebbe indicare la volontà di includere, in modo estensivo, tutti i tipi di inadempimento, sia quelli di natura personale, che quelli di natura lavorativa

51 In questa linea, sia C. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4, 2019; che C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*

52 Ricorsi n. 1874/13 y 8567/13.

53 Questa interpretazione è stata vista come un miglioramento dei canoni di protezione derivanti dalla giurisprudenza della CEDU e dalla dottrina dell'OIL, che aveva accettato la sorveglianza nascosta quando vi erano sufficienti sospetti di attività criminali o altri reati gravi. Cfr., J. BAZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 19.

54 Effettivamente, «l'eventuale constatazione a posteriori di una condotta illecita finirebbe per riciclare o regolarizzare, di fatto, l'implementazione inizialmente irregolare di un sistema di videosorveglianza senza una preventiva ed espressa informazione ai lavoratori ed ai rappresentanti». *Ibidem*, pp. 17-20.

55 Si tratta di una questione che è già stata criticata dalla dottrina a causa dell'alto grado di incertezza giuridica che l'utilizzo di questo termine può generare. Sulla questione, cfr. R. SERRANO OLIVARES, *op. cit.*, p. 223; E. M. BLÁZQUEZ AGUDO, *op. cit.*, p. 9; J. BAZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 19. Inoltre, C. MOLINA NAVARRETE ha affermato che ciò comporta il rischio che «se ogni atto illecito funge da eccezione, l'eccezione diventa la regola», in *Videovigilancia del trabajador*, *cit.*

e amministrativa⁵⁶. Ciò nonostante, se questo viene interpretato alla luce della recente sentenza CEDU (Grande Camera), *causa López Ribalda c. Spagna*, del 17 ottobre 2019⁵⁷, si può capire che non tutti gli atti illeciti saranno considerati “eccezionali”. Infatti, la sentenza stabilisce che, in primo luogo, la condotta deve essere grave, escludendo così incidenti di scarsa gravità per l’interesse aziendale e, in secondo luogo, che non basterà un mero indizio, dato che i sospetti devono essere basati sull’esistenza di prove sufficienti⁵⁸.

In ogni caso, non sarà sufficiente informare unicamente i lavoratori, dato che bisognerà tenere conto anche dei loro rappresentanti⁵⁹. Il comitato aziendale dovrà essere informato e consultato dal datore di lavoro quando quest’ultimo prenda decisioni che possano riguardare i lavoratori (art. 64.1 SL), avendo anche il diritto di emettere un rapporto, prima dell’esecuzione da parte del datore di lavoro delle decisioni relative all’attuazione e revisione dei sistemi di organizzazione del lavoro e di monitoraggio (art. 64.5.f. SL). Inoltre, è consigliabile che, qualora si opti per sistemi di monitoraggio *ex-post*, i rappresentanti ne siano informati a fine di garantire i diritti fondamentali dei lavoratori⁶⁰.

D’altra parte, in linea con la giurisprudenza della Corte costituzionale⁶¹, l’art. 89.2 della LOPDGDD vieta rigorosamente «l’installazione di sistemi di registrazione audio [e] video in luoghi destinati al riposo o alla ricreazione dei lavoratori [...], come spogliatoi, servizi igienici, sale da pranzo e simili», poiché questi luoghi, i quali non vanno certo interpretati come un elenco tassativo, oltre ad

56 L’articolo 22.5 del PLOPD stabiliva che «I datori di lavoro possono trattare i dati ottenuti attraverso sistemi di videosorveglianza per l’esercizio delle funzioni di controllo dei dipendenti previste dall’articolo 20.3 dello Statuto dei Lavoratori, a condizione che tali funzioni siano esercitate nell’ambito del loro quadro giuridico e nei limiti ad esso inerenti. I datori di lavoro devono informare i lavoratori di questa misura. Nel caso in cui le immagini abbiano colto la flagrante commissione di un atto criminale, l’assenza delle suddette informazioni non priva le immagini di valore probatorio, fatta salva la responsabilità che può derivare da tale assenza».

57 Ricorsi n. 1874/13 y 8567/13.

58 Interessante l’analisi fatta in *Colectivo Ronda, Caso Mercadona límites al control empresarial*, in *Colectivo Ronda*, post del 21 ottobre 2019, disponibile: <https://www.cronda.coop/es/Actualidad/Noticias/Caso-Mercadona-limites-al-control-empresarial> (ultima consultazione: 26.10.2019) e E. ROJO TORRECILLA, *Medias verdades y fake news en el mundo jurídico. No cabe todo en la videovigilancia de una persona trabajadora. A propósito de la sentencia “López Ribalda” de la Gran Sala del TEDH de 17 de octubre de 2019 (y recordatorio de la sentencia de Sala de 9 de enero de 2018 y del caso Barbulescu II, sentencia de Gran Sala de 5 de septiembre de 2017)*, in *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada a las realidades sociales*, post del 23 ottobre 2019, disponibile: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/medias-verdades-y-fake-news-en-el-mundo.html> (ultima consultazione: 30.10.2019)

59 L’ASPD aveva già dichiarato nell’*Informe 0006/2009* che «nel campo del lavoro, oltre alla fornitura di informazioni personalizzate ai lavoratori, che dovranno essere adeguatamente registrate, richiede che siano comunicate ai rappresentanti dei lavoratori».

60 E. M. BLÁZQUEZ AGUDO, *op. cit.*, p. 9.

61 STC 98/2000, del 10 aprile.

essere estranei alla prestazione di servizi sul lavoro, costituiscono aree private dove il diritto alla privacy può essere più facilmente violato.

In aggiunta, la sezione 3° dell'art. 89 della LOPDGDD, limita l'installazione di sistemi di registrazioni audio a quelle situazioni in cui «i rischi per la sicurezza degli impianti, dei beni e delle persone derivanti dall'attività svolta nel centro di lavoro sono rilevanti, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità, del principio di intervento minimo e delle garanzie previste nei paragrafi precedenti». Una formulazione decisamente restrittiva, che trova giustificazione nell'elevata componente personale dei commenti privati dei lavoratori, del tutto estranei all'interesse aziendale e quindi irrilevanti dal punto di vista del monitoraggio degli obblighi lavorativi e, allo stesso tempo, sorprendente, giacché, a differenza della regolamentazione delle videocamere di sorveglianza, prevede espressamente il rispetto del principio di proporzionalità e di intervento minimo⁶². Principi che, in ogni caso, sono applicabili a qualsiasi trattamento di dati relativi ai dipendenti nel campo del rapporto di lavoro.

Infine, la norma conclude affermando che la soppressione dei suoni trattenuti dai sistemi di registrazione sarà effettuata secondo le disposizioni della sezione 3° dell'art. 22 della LOPDGD. Pertanto, analogamente alle immagini ottenute mediante sistemi di videosorveglianza, i dati devono essere cancellati entro il termine massimo di un mese dalla loro raccolta, salvo il caso in cui debbano essere conservati al fine di provare il compimento di atti che compromettono l'integrità di persone, beni o impianti, nel qual caso dovranno essere messi a disposizione dell'autorità competente entro un termine non superiore a settantadue ore dal momento in cui si è venuti a conoscenza dell'esistenza della registrazione.

5. L'uso di sistemi di geolocalizzazione

Negli ultimi anni si è registrato un aumento dell'utilizzo di sistemi di geolocalizzazione nel contesto lavorativo. Di fatto, similmente alle precedenti tecnologie, anche se in misura minore, questi sistemi possono comportare un'invasione della vita privata dei dipendenti⁶³.

In effetti, i sistemi di geolocalizzazione, pur facilitando la guida del lavoratore fornendogli gli indirizzi o consentendo un'organizzazione efficiente dei percorsi e delle consegne, consentono al datore di lavoro di raccogliere informazioni sull'effettiva ubicazione e sugli spostamenti dei suoi dipendenti, sia direttamente

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Secondo la CEDU, «da sorveglianza via GPS, per sua stessa natura, va distinta dagli altri metodi di sorveglianza visiva o acustica che sono, di regola, maggiormente suscettibili di interferire nel diritto di un individuo al rispetto della propria vita privata, poiché essi rivelano più informazioni sulla condotta, sulle opinioni o sui sentimenti di un individuo». Cfr. Sentenza CEDU, causa *Uzun c. Germania*, de 2 settembre 2010 (Ricorso n. 35623/05).

(localizzazione del lavoratore stesso), che indirettamente (localizzazione del lavoratore attraverso i veicoli o dispositivi da questo utilizzati)⁶⁴.

Si tratta indubbiamente di sistemi ideali per il monitoraggio della prestazione lavorativa, soprattutto per quei lavoratori la cui attività si svolge – in tutto o in parte – al di fuori del posto di lavoro, come le guardie di sicurezza, i commercianti, i trasportatori tradizionali o i cosiddetti “rider”⁶⁵. Comunque, proprio perché forniscono informazioni esaustive ed un monitoraggio preciso dell’individuo, sono in grado di rivelare aspetti intimi della vita privata dei lavoratori, soprattutto se vi è un uso misto – professionale e privato – degli strumenti di lavoro⁶⁶.

Pertanto, nella misura in cui i dati di localizzazione costituiscano dati personali, in quanto si riferiscono sempre ad una persona fisica identificata e identificabile⁶⁷, il legislatore ha deciso di dedicare una previsione autonoma alla disciplina del diritto alla *privacy* dei lavoratori a fronte dell’utilizzo di sistemi di geolocalizzazione nell’ambito lavorativo.

A differenza di quanto avviene nell’art. 87 della LOPDGDD, l’art. 90.1 perde l’opportunità di consolidare la tutela del diritto fondamentale alla *privacy* dei lavoratori e non fa altro che rafforzare il potere del datore di lavoro di utilizzo dei dati ottenuti attraverso questi meccanismi per l’esercizio delle funzioni di monitoraggio dei dipendenti, previste dall’art. 20.3 SL, con l’unico limite, ancora una volta, che tali funzioni siano esercitate nel rispetto del quadro giuridico di riferimento e con i limiti a questo intrinseci⁶⁸.

La sobrietà del precetto richiede, almeno, un’interpretazione logica, teleologica e sistematica, che integri, non solo i principi enunciati nella normativa

64 Gruppo di Lavoro Artículo 29, *Parere 5/2005 sull’uso di dati relativi all’ubicazione al fine di fornire servizi a valore aggiunto*, del 25 novembre 2005 (WP 115), p.10.

65 Va evidenziato che, in recenti sentenze, il GPS è servito come prova della presenza di un vincolo di subordinazione nella cosiddetta economia delle piattaforme. Cfr., ad esempio, STSJ delle Asturie (Sala Sociale), n. 1818/2019, del 25 luglio (AS 2019/1826), che afferma che «il localizzatore non è solo uno strumento per la contabilizzazione del chilometraggio per il pagamento successivo in fattura, ma viene anche utilizzato [...] per distribuire i servizi tra i vari “rider” secondo i criteri dell’efficienza aziendale».

66 J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, *Nuevas tecnologías y control empresarial de la actividad laboral en España*, in *Labour & Law Issues*, vol. 2, n. 1, 2016, p. 68.

67 L’articolo 2 della Direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche definisce i dati relativi all’ubicazione come «ogni dato trattato in una rete di comunicazione elettronica che indichi la posizione geografica dell’apparecchiatura terminale dell’utente di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico».

68 La dottrina ha criticato l’attuale opzione tecnico-legislativa in quanto ritenuta “contraddittoria” con l’obiettivo della norma, giacché questa nuova regolamentazione avrebbe dovuto porre al centro dell’asse normativo il diritto fondamentale invece del potere imprenditoriale. Cfr., C. MOLINA NAVARRETE, *Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones de trabajo: ¿un nuevo orden eficaz de garantías y límites?*, in *Diario La Ley*, n. 9319, 2018, p. 2 (versione elettronica disponibile in Smarteca).

sulla protezione dei dati personali, ma anche le garanzie riconosciute in sede giurisdizionale. Di conseguenza, in generale ed in conformità con i paragrafi 6.1.b. e f. del GDPR, il trattamento dei dati di ubicazione relativi ai dipendenti deve rispondere ad una specifica esigenza dell'azienda vincolata alla sua attività. Pertanto, l'utilizzo può essere giustificato quando rientra nel controllo del trasporto di persone o merci⁶⁹, nel miglioramento della distribuzione delle risorse per i servizi in punti remoti o, anche, quando è volto a garantire la sicurezza del dipendente stesso, delle merci o dei veicoli di sua proprietà. Tuttavia, è considerato illecito quando l'unico obiettivo è quello di controllare il lavoro di un lavoratore, a condizione che ciò possa essere raggiunto con altri mezzi meno invasivi.

Inoltre, nonostante l'assenza di un riferimento esplicito, il trattamento dei dati deve essere proporzionato alle finalità per le quali è effettuato, e quindi limitato all'orario di lavoro e realizzato esclusivamente sugli strumenti di lavoro dell'impresa⁷⁰. Quindi, nei casi in cui il dipendente possa fare uso privato di tali strumenti al di fuori dell'orario di lavoro, il datore di lavoro dovrà offrirgli la possibilità e la formazione necessaria per disabilitare il monitoraggio⁷¹.

Come nei precedenti precetti, la sezione 2 dell'art. 90 della LOPDGDD stabilisce espressamente il dovere dei datori di lavoro di informare i lavoratori ed i loro rappresentanti, prima dell'installazione, in modo espresso, chiaro e inequivocabile, circa l'esistenza e le caratteristiche dei dispositivi. Anche in questo caso, sebbene l'ottenimento del consenso del lavoratore non sia un requisito

69 Ad esempio, l'ASPD ha ritenuto che il trattamento dei dati relativi all'ubicazione della scorta per tutta la durata della prestazione del servizio e, di conseguenza, della persona scortata, fosse lecito, poiché era per la sicurezza della persona scortata e come parte della prestazione del servizio di protezione. Cfr. *Informe 0090/2009*.

70 La STS del 21 giugno 2012 (ricorso n. 2194/2011), che conferma la STSJ dei Paesi Baschi del 10 maggio 2011 (ricorso n. 644/2011), ha considerato violato il diritto del lavoratore alla privacy dovuto all'installazione di un GPS – da parte di un investigatore privato – nel veicolo privato del lavoratore al fine di dimostrare lo svolgimento di attività incompatibili con la sua situazione di incapacità temporanea, dato che non supera il giudizio di proporzionalità, in quanto tale misura ha permesso al datore di lavoro «di avere una conoscenza permanente, durante il giorno e la notte, del luogo in cui si trova il lavoratore, attraverso la posizione del veicolo, nonché altri dati complementari, come i tempi di utilizzo del veicolo, i percorsi, le pause, i chilometri percorsi, o la velocità del traffico». Analogamente, la STSJ delle Asturie del 27 dicembre 2017 (ricorso n. 1908/2017) conclude che l'installazione di dispositivi di geolocalizzazione nei veicoli aziendali costituisce una misura sproporzionata e ingiustificata, poiché il datore di lavoro ha proceduto a controllare l'uso di tali dispositivi anche dopo la fine della giornata lavorativa.

71 Il Gruppo di Lavoro Artículo 29 afferma che «Il datore di lavoro deve sempre adottare gli strumenti meno invasivi, evitare il monitoraggio costante e ad esempio scegliere un sistema che trasmetta un allarme quando un dipendente attraversa un confine virtuale prestabilito. Il dipendente deve essere in grado di disattivare qualsiasi dispositivo di monitoraggio al di fuori dell'orario di lavoro e gli deve essere mostrato come farlo» Cfr. *Parere 13/2011 sui servizi di geolocalizzazione su dispositivi mobili intelligenti*, del 16 maggio 2011, WP 185 p. 14.

essenziale, in quanto implicito nell'oggetto del contratto, è necessario informare il lavoratore prima dell'attuazione della misura. Infatti, secondo le parole del Tribunale Supremo di Castiglia-La Mancia, «non esiste un'esplicita autorizzazione legale per questa omissione del diritto all'informazione sul trattamento dei dati personali nell'ambito dei rapporti di lavoro, né potrebbe trovare fondamento nell'interesse datoriale di controllare l'attività lavorativa attraverso sistemi di trattamento dei dati a sorpresa o senza previa informazione che garantiscano la massima efficacia ai fini del monitoraggio. Tale logica, basata sull'utilità o sulla convenienza per il datore di lavoro, minerebbe l'effettività del diritto fondamentale, nel suo nucleo essenziale [...] Pertanto, non sarà sufficiente che il trattamento dei dati sia in linea di principio lecito, in quanto tutelato dalla Legge (art. 6.2 LOPD e 20 SL), o che possa essere, nel caso specifico, proporzionato all'obiettivo perseguito; il controllo ad opera del datore di lavoro con questo mezzo, anche se può avvenire, deve pur sempre garantire la dovuta informazione preventiva»⁷².

Malgrado nella prassi giudiziaria sia stato ammesso un mero avvertimento generico di sorveglianza e monitoraggio⁷³, a differenza della previsione precedente, la formulazione di questo articolo non sembra ammettere un allentamento del dovere di informazione⁷⁴. Così, alla luce dei principi di trasparenza e finalità enunciati nel GDPR, i lavoratori e i loro rappresentanti hanno il diritto di ricevere informazioni sufficienti riguardanti, non solo «l'esistenza e le caratteristiche dello strumento», ma anche la finalità della misura adottata dal datore di lavoro⁷⁵. Per di più, sebbene non siano approfondite le modalità di

72 STSJ di Castiglia-la Mancia del 28 aprile 2015 (ricorso n. 134/2015).

73 Cfr., STSJ di Catalogna del 5 marzo 2012 (ricorso n. 5194/2011). Nel caso in esame, in cui è stato installato un GPS da un investigatore sul veicolo di un lavoratore sospettato di non rispettare il proprio orario di lavoro, il dovere di informazione è stato considerato assolto con un semplice avviso generico di sorveglianza e controllo degli obblighi lavorativi, senza specificare le misure che si stavano per adottare.

74 J. BAZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 23.

75 La mancanza di qualsiasi riferimento esplicito alle informazioni sullo scopo della misura attuata e, in particolare, sul suo possibile utilizzo ai fini dell'azione disciplinare da parte del datore di lavoro è stata giustamente considerata una «grave omissione». Cfr., J. BAZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 23. È in questo senso che si pronuncia la STSJ di Castiglia-La Mancia del 2015 (ricorso n. 134/2015), che prende posizione con chiarezza riguardo alle informazioni che l'azienda deve fornire ai dipendenti, affermando che, oltre alle informazioni relative all'installazione del GPS nel veicolo dell'impresa, questa deve informare «sulla possibilità di utilizzare i dati che potrebbero essere ottenuti da tale dispositivo, come prova di portata disciplinare nei confronti del lavoratore», pertanto, «si deve considerare che l'uso di tali prove, e dei dati ottenuti da esso, era illegale. E che quindi, nella misura in cui sono stati ottenuti illegalmente, non erano dati che potessero essere forniti come prova, in quanto contaminati da tale origine illegale». Allo stesso modo, la SAN del 6 dicembre 2019 (procedura n. 318/2018) ha ritenuto che le informazioni fornite ai rappresentanti dei lavoratori fossero insufficienti, in quanto l'impresa si limitava ad informare che «...intendeva attuare un sistema di geolocalizzazione degli ordini, il che comportava la necessità che i dipendenti fornissero un terminale di telefonia mobile

informazione dei lavoratori, il GL.29 afferma come, in caso di utilizzo di un veicolo, sia preferibile che le informazioni siano collocate in un punto ben visibile dello stesso, alla vista del conducente⁷⁶.

Inoltre, l'articolo specifica che dovranno essere informati anche «sull'eventuale esercizio dei diritti di accesso, rettifica, limitazione del trattamento e cancellazione». Specificazione, quest'ultima, che, sebbene esplicitata chiaramente solo per il caso di utilizzo di sistemi di geolocalizzazione, si estende ancora una volta a qualsiasi trattamento di dati personali effettuato dal datore di lavoro⁷⁷ e, in ogni caso, in assenza di un riferimento esplicito al periodo di conservazione di questi dati, in conformità alla raccomandazione del GL.29, esso non dovrebbe superare il periodo massimo di due mesi⁷⁸.

6. Le tecnologie biometriche come meccanismi di monitoraggio: l'impronta digitale

Come punto di partenza, va sottolineato che, diversamente rispetto alle altre strumentazioni affrontate nelle pagine precedenti, la LOPDGDD non dedica alcuna previsione all'uso delle tecnologie biometriche come strumenti di controllo delle prestazioni lavorative. Tuttavia, alla luce dei pregiudizi specifici che esse generano in capo al lavoratore, si è ritenuto opportuno dedicare una sezione a parte alla questione.

I sistemi biometrici rientrano certamente tra le più recenti tecnologie utilizzate per il controllo dell'attività lavorativa da parte del datore di lavoro. Da alcuni anni, infatti, sono sempre più numerose le imprese che utilizzano il trattamento dei dati ottenuti con tecniche di riconoscimento biometrico perché offrono sistemi efficienti, precisi e non trasferibili.

I dati biometrici possono essere definiti come veri e propri "identificatori"⁷⁹ generati a partire da «proprietà biologiche, caratteristiche fisiologiche, tratti della

su cui scaricare un'app realizzata a tale scopo su richiesta della società, che sarebbe stato corrisposto un risarcimento e che il ripetuto rifiuto o l'impossibilità sopravvenuta del dipendente di fornire tale strumento, o la suddetta applicazione informatica, sarebbe stato motivo sufficiente per la risoluzione del contratto di lavoro ai sensi dell'articolo 49. 1.b) dello Statuto dei Lavoratori», ritenendole insufficienti tali informazioni, in quanto l'azienda avrebbe invece dovuto illustrare il funzionamento specifico dell'applicazione, cioè come viene installata nel telefono cellulare, a quali dati del terminale accederebbe, quali dati specifici il lavoratore deve fornire per accedere all'applicazione, quali dati, se presenti, devono essere memorizzati nell'applicazione e come saranno trattati.

76 Gruppo di Lavoro Artículo 29, *Parere 4/2007 sul concetto di dati personali*, del 20 giugno (WP 136), p. 21. Altrettanto, l'ASPD ha ritenuto opportuno diffondere tali informazioni attraverso circolari informative o installando segnali sui veicoli. Cfr., *Expediente n. E/00597/2006*.

77 E. M. BLÁZQUEZ AGUDO, *op. cit.*, p. 11.

78 Gruppo di Lavoro Artículo 29, *Parere 5/2005, cit.*, p. 12.

79 Cfr., J. R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, p. 155.

personalità o tic [...] attribuibili a un determinato individuo e misurabili»⁸⁰ che si caratterizzano per essere universali, unici e permanenti⁸¹. Questi dati possono essere generati, da un lato, da tecnologie basate su aspetti fisici e fisiologici, che includono, ad esempio, la verifica delle impronte digitali, il riconoscimento dell'iride, l'analisi della retina, la forma della mano o la rilevazione dell'odore corporeo; oppure, dall'altro, da tecnologie basate su aspetti comportamentali di una persona, come la verifica della firma scritta a mano, l'analisi della pressione esercitata sui tasti, il modo particolare di camminare o parlare, ecc.⁸².

Date le loro caratteristiche, i lettori biometrici suscitano un “elevato interesse imprenditoriale” in quanto, in primo luogo, sono utili per controllare l'accesso fisico dei lavoratori al posto di lavoro; in secondo luogo, offrono molti vantaggi in termini di sicurezza nell'accesso alle attrezzature e agli strumenti informatici; e, in terzo luogo, servono come mezzo per controllare l'orario e la presenza dei dipendenti alle loro postazioni di lavoro⁸³. Infatti, l'entrata in vigore del Regio Decreto Legge 8/2019, il cui art. 34.9 stabilisce il dovere dell'azienda di garantire la registrazione dell'orario di lavoro, ha intensificato l'uso dell'impronta digitale come meccanismo di monitoraggio, giacché rappresenta una soluzione semplice per la registrazione dell'identità del lavoratore e dell'orario di entrata e di uscita dal lavoro.

Malgrado questi vantaggi, il GL29 ricorda che, anche se l'uso delle tecnologie biometriche può essere un utile strumento di monitoraggio, i problemi derivanti dall'alto livello di invasività della conoscenza e del controllo delle attività svolte dal lavoratore sul posto di lavoro non possono essere ignorati⁸⁴. La dottrina ha evidenziato i due principali rischi che questi dati – privati per natura – possono produrre: il primo fa riferimento, non tanto alla possibilità di accesso a essi, quanto alla possibilità di sottrarre altri dati personali che rivelano aspetti intimi del lavoratore, ad esempio, legati alla salute; ed il secondo, invece, ha a che fare con la perdita del controllo dell'individuo sui propri dati, con il conseguente pericolo che essi vengano utilizzati per finalità diverse da quelle inizialmente previste, compresa l'elaborazione di profili sociali, o che l'uso improprio degli stessi finisca per generare situazioni di usurpazione o di furto d'identità⁸⁵.

80 Gruppo di Lavoro Artículo 29, *Parere 4/2007, cit.*, p. 8.

81 Si dice che siano universali, perché esistono in tutte le persone; unici, perché sono diversi per ognuno di noi; e, permanenti, perché rimangono gli stessi per tutta la vita. Cfr., Gruppo di Lavoro Artículo 29, *Documento di lavoro sulla biometria*, del 1 agosto 2003 (WP 80), p. 3.

82 *Ibidem*, pp. 3-4.

83 J. L. GONÍ SEIN, *Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos*, in *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 39, 2009, p. 52.

84 Cfr., Gruppo di Lavoro Artículo 29, *Parere 2/2017, cit.*, p. 20.

85 Così evidenziato da J. L. GONÍ SEIN, *op. ult. cit.*, pp. 54-55.

A dire il vero, durante il periodo di vigenza della precedente LOPD⁸⁶, si produsse un clima di tolleranza di fronte all'uso specifico dell'impronta digitale come strumento di monitoraggio dell'attività lavorativa⁸⁷. In questo senso, vale la pena menzionare la sentenza del Tribunale Supremo (Sala Contenzioso-Administrativo) del 2 luglio 2007⁸⁸, in cui si analizzò la legalità dell'implementazione, da parte del Governo della Cantabria, di un sistema di controllo orario basato sulla lettura biometrica della mano. A parere dei dipendenti pubblici, tale misura violava, in primo luogo, l'art. 15 CS, in quanto il sistema utilizzava una parte del corpo come elemento di identificazione del lavoratore; in secondo luogo, l'art. 18 CS in relazione alla LOPD, dato che le caratteristiche fisiche dei dipendenti venivano convertite in un codice di identificazione digitale e memorizzate in una banca dati; e, inoltre, era contrario alla consolidata giurisprudenza relativa alle misure restrittive dei diritti fondamentali, siccome tale meccanismo non rispettava il test di proporzionalità. Eppure, di fronte a tali accuse, la Corte ritenne che il provvedimento adottato fosse adeguato, pertinente e non eccessivo, visto che il controllo del rispetto dell'orario di lavoro, a cui i dipendenti pubblici erano obbligati, costituiva una finalità pienamente legittima inerente al rapporto tra questi ultimi e l'Amministrazione Autonoma. In aggiunta, considerò altresì la possibilità che la riduzione della persona a un mero numero e il conseguente trattamento come una semplice grandezza numerica, potesse essere contraria alla dignità; evenienza che, a suo avviso, non si verificò nella fattispecie concreta, considerato che la conversione dell'immagine tridimensionale della mano in un codice binario, non implicava uno sminuimento della persona. La Corte, inoltre, escluse il mancato rispetto della dottrina costituzionale relativa al principio di proporzionalità, ritenendo giustificata l'adozione di tale misura, giacché non esisteva una norma che vietasse l'uso della tecnologia prescelta per controllare il rispetto del calendario lavorativo⁸⁹.

Sempre su questa linea, l'ASPD, inizialmente, in varie relazioni in cui analizzava il trattamento dell'impronta digitale, concluse che «le informazioni contenute in questi dati non contengono alcun aspetto specifico della personalità e solo quando queste informazioni sono collegate all'identità di una persona è possibile identificarla con assoluta certezza; pertanto i dati raccolti non possono

86 Legge Organica 15/1999 del 13 dicembre sulla protezione dei dati personali (BOE n. 298 del 14 dicembre 1999).

87 Questo problema è stato sottolineato da C. H. PRECIADO DOMÈNECH in *Monitorización: GPS, Wearables y especial referencia a los controles biométricos para el registro horario. Aspectos procesales*, relazione presentata al *Congreso Internacional sobre Automatización, Vigilancia y control de los Trabajadores y Derechos Fundamentales*, a Valencia, il 12 e 13 di settembre 2019.

88 Ricorso n. 5017/2003.

89 Analogamente, *cf.*, la STSJ di Murcia del 25 gennaio (ricorso n. 1071/2009) e quella del STSJ delle Isole Canarie (Las Palmas) del 29 maggio (ricorso n. 398/2012).

essere considerati più importanti di quelli relativi ad un numero personale, a una tessera utilizzata da una sola persona o ad una combinazione di entrambi»⁹⁰.

Ciononostante, l'entrata in vigore del GDPR ha comportato un cambiamento di paradigma introducendo, all'interno della categoria dei dati particolarmente sensibili, i dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica (art. 9.1).

Di fatto, la norma europea richiede una specifica protezione dei dati personali che, per loro natura, sono particolarmente sensibili sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali, dal momento che il contesto del loro trattamento potrebbe generare importanti rischi (considerando 51). Di conseguenza, come regola generale, il Regolamento vieta il trattamento dei dati biometrici⁹¹. Tuttavia, nel contesto dei rapporti di lavoro, il trattamento dei dati biometrici può essere considerato legittimo quando può essere ricondotto ad una delle condizioni di legittimità stabilite nell'art. 6 del GDPR e, al tempo stesso, sia considerato necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento, o dell'interessato, in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato (art. 9.2.b)

Da quanto esposto, è evidente che l'elemento chiave per il trattamento dei dati biometrici nel contesto lavorativo, è la necessità. Specificamente, in conformità con l'Autorità Catalana per la Protezione dei Dati (ACPD), non si tratta della necessità di effettuare un qualche tipo di controllo, ma piuttosto di farlo attraverso i sistemi di identificazione basati su dati biometrici⁹².

In tal modo, la loro classificazione come dati di natura particolarmente sensibile richiederà, non solo il rispetto dell'insieme dei principi e degli obblighi derivanti dalla normativa sulla protezione dei dati personali, ma anche un severo e rigoroso rispetto del principio di proporzionalità, nel senso che quando esistano altri sistemi di controllo meno invasivi che consentano di raggiungere lo stesso scopo, questi ultimi dovranno sempre essere preferiti⁹³. In tale senso si è

90 Cfr., ASPD, *Informes 000/1999 e 0324/2009*.

91 È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona (art. 9.1 GDPR).

92 ACPD, *Dictamen CNS 63/2018*, del 14 febbraio 2019, p. 3.

93 «Nell'analisi della proporzionalità di un sistema biometrico proposto, la prima considerazione fondamentale è se il sistema sia inevitabile per soddisfare la necessità accertata, ossia se è essenziale per soddisfare tale necessità o, piuttosto, è il più conveniente o quello più efficace sotto il profilo dei costi. Il secondo fattore di cui tener conto è la potenziale efficacia del sistema riguardo al soddisfacimento di tale necessità alla luce delle peculiarità della tecnologia biometrica di cui si prevede l'uso. Il terzo aspetto da soppesare è se la conseguente perdita di

espressa l'ASPD, dopo avere cambiato i suoi criteri, in risposta a una domanda relativa all'installazione di un sistema di controllo biometrico sugli studenti di una scuola per il loro accesso alla mensa. All'esito della ponderazione, l'Agenzia ritenne che tale misura sarebbe stata conforme al principio di proporzionalità, solo qualora il sistema di riconoscimento delle impronte digitali fosse stato ridotto ad alcune parti del centro scolastico, e cioè specificamente alla mensa, e allo stesso tempo avesse permesso che i mezzi di verifica, in questo caso l'algoritmo delle impronte digitali, rimanessero in possesso dello studente senza essere incorporati nel sistema, il quale avrebbe dovuto registrare, così, solo i dati relativi all'identificazione dello studente che accede alla mensa, in presenza di una conferma da parte dello stesso⁹⁴. Analogamente, con riguardo al cambiamento del sistema di accesso ad una palestra, passato da braccialetti personali all'uso di sistemi biometrici basati sulle impronte digitali, l'Agenzia ha sottolineato che «il trattamento del sistema di impronte digitali per accedere a uno stabilimento esige una particolare attenzione alla proporzionalità, non solo con riguardo alla mancanza di proporzionalità nella raccolta delle stesse, ma anche rispetto alla modalità tecnica di trattarle reiteratamente, vale a dire che i dati contenuti nel sistema potranno essere oggetto di trattamento in quanto ciò risulti assolutamente necessario per il raggiungimento della finalità, cioè autenticare l'ingresso in palestra. In questo senso si ritiene più opportuno, per mantenere la proporzionalità e l'incidenza minima sul diritto, [...] che, ad esempio, l'algoritmo venga memorizzato su una tessera portata dal socio stesso»⁹⁵.

Infine, riveste un particolare interesse un recente parere dell'ACPD, emesso dopo l'entrata in vigore del GDPR, nel quale l'Agenzia valuta se l'utilizzo di sistemi di rilevamento delle impronte digitali ai fini del monitoraggio del tempo di lavoro dei dipendenti, possa comportare una violazione del diritto alla protezione dei dati personali. A tal proposito, dopo un'analisi dettagliata della normativa vigente in materia, essa conclude che, sebbene l'installazione di sistemi per la verifica del rispetto degli orari da parte dei dipendenti sia legittima, «l'inserimento dei dati biometrici, comprese le impronte digitali, tra le categorie speciali di dati previste dal GDPR, impedisce di concludere automaticamente che l'implementazione di un sistema di controllo orario basato sulla raccolta di questo tipo di dati possa essere considerato proporzionato e, quindi, conforme al principio della minimizzazione. Una valutazione d'impatto della protezione

riservatezza sia proporzionata al vantaggio previsto. Nel caso in cui il vantaggio sia relativamente minore, come una maggiore comodità o un esiguo risparmio, la perdita di riservatezza non sarà ritenuta opportuna. Il quarto aspetto da tenere in considerazione nella valutazione dell'adeguatezza di un sistema biometrico è osservare se un mezzo meno invasivo della riservatezza possa raggiungere lo scopo desiderato». Cfr., Gruppo di Lavoro Articolo 29, *Parere 3/2012 sugli sviluppi nelle tecnologie biometriche*, del 27 aprile 2012 (WP 193), p. 8.

94 ASPD, *Informe 0065/2015*.

95 ASPD, *Resolución 0900/2018*.

dei dati dovrà essere effettuata alla luce delle circostanze specifiche in cui viene effettuato il trattamento al fine di determinarne la legittimità e la proporzionalità, compresa un'analisi dell'esistenza di alternative meno invasive, e di stabilire le adeguate garanzie»⁹⁶.

D'altro canto, sebbene l'uso delle impronte digitali per il controllo dell'accesso ai locali o alle aree che richiedano condizioni di sicurezza rafforzate può essere ancor più giustificato, in ogni caso, si dovrà effettuare *a priori* una valutazione dell'impatto sulla protezione dei dati personali dei lavoratori. Inoltre, anche qualora questa valutazione approvi il trattamento di dati biometrici, è consigliato adottare misure di sicurezza, sia tecniche che organizzative, come, ad esempio, la preferenza per sistemi di memorizzazione decentralizzata, fornendo agli interessati tessere o altri dispositivi personali contenenti i loro modelli biometrici; mantenendo i dati in forma criptata; o, evitando la memorizzazione di dati biometrici grezzi⁹⁷.

7. Conclusioni

Senza ombra di dubbio, le TIC hanno contribuito ad incrementare l'attività delle organizzazioni imprenditoriali, ma il loro arrivo ha anche generato importanti sfide, in quanto è stato nuovamente acceso il tradizionale dibattito sulla effettività dei diritti fondamentali dei lavoratori nel contesto lavorativo.

Con i progressivi sviluppi tecnologici, il potere datoriale di controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative si intensifica proporzionalmente. Infatti, l'utilizzo di dispositivi mobili, telecamere di sorveglianza o sistemi di geolocalizzazione, fa intravedere uno scenario desolante appena agli esordi. Effettivamente, alcune aziende hanno già iniziato a utilizzare braccialetti in grado di tracciare in tempo reale la posizione dei loro dipendenti⁹⁸, o, addirittura, ad impiantare microchip sottocutanei nei corpi dei lavoratori per facilitarne l'accesso alle strutture aziendali⁹⁹, con il rischio che tutto ciò desensibilizzi l'opinione pubblica e si finisca per accettare la riduzione della privacy a livelli minimi.

È chiaro che il sistema del diritto del lavoro spagnolo era diventato obsoleto e, quindi, insufficiente per far fronte ai rischi derivanti dagli incessanti sviluppi tecnologici. Davanti a tale anomia giuridica, è vero che la LOPDGDD è progredita nel senso di aver *positivizzato* i principali criteri emanati dalla giurisprudenza consolidata in materia di controllo aziendale, ma, come è stato sottolineato nel

96 ACPD, *Dictamen CNS 63/2018, cit.*, p. 9.

97 Gruppo di Lavoro Artículo 29, *Parere 3/2012, cit.*, pp. 33-37.

98 Questo è ciò che la multinazionale Amazon sta facendo, cfr., https://elpais.com/tecnologia/2018/02/02/actualidad/1517591256_241404.html (ultima consultazione: 02.11.2019).

99 Questo è successo, ad esempio, in un'impresa belga. Si può trovare all'indirizzo: <https://www.elmundo.es/tecnologia/2017/02/18/58a7f828e5fdea8f078b4577.html> (ultima consultazione: 30.10.2019).

corso di questa ricerca, vi sono ancora troppi elementi che, lungi dal fornire una maggiore certezza del diritto, producono un alto grado di indeterminatezza e confusione, lasciando, ancora una volta, la loro interpretazione nelle mani dei giudici e dei tribunali.

Ovviamente, sarebbe stato preferibile che la LOPDGDD introducesse garanzie e limiti più chiari e precisi, soprattutto in relazione ai dati di natura particolarmente sensibile. Occorre tuttavia tenere presente che tali punti deboli dovranno essere oggetto di interpretazione secondo i principi stabiliti dal GDPR. Difatti, questa nuova regolazione a livello europeo svolgerà un ruolo importante nel campo delle relazioni industriali, nel senso che il suo contenuto dovrà essere rispettato nella pratica lavorativa per tutelare adeguatamente gli interessi dei lavoratori.

In particolare, il Regolamento incorpora, tra gli altri principi altrettanto importanti, il principio della trasparenza come principio fondamentale in materia di protezione dei dati, che richiede, nientedimeno, che tutte le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento dei dati siano facilmente accessibili e comprensibili per gli interessati e che si faccia uso di un linguaggio chiaro e semplice. Così, a fronte del controverso dibattito che ha interessato i tribunali in relazione al diritto all'informazione, questo viene configurato dal GDPR come la pietra angolare di ogni trattamento di dati. Non sembra ammettere, neppure in via eccezionale, una riduzione della richiesta di informazioni in quanto, in fondo, «il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali mira a garantire alla persona un potere di controllo sui suoi dati personali, sul loro utilizzo e sulla loro destinazione, al fine di prevenirne il traffico illecito e lesivo della dignità e dei diritti dell'interessato [...]. Ma questo potere di disporre dei propri dati personali non ha valore se l'interessato non sa quali dati sono detenuti da terzi, chi li detiene e per quale scopo»¹⁰⁰.

Pertanto, gli organi giudiziari non potranno più limitarsi all'applicazione del tradizionale principio di proporzionalità che, in certe occasioni, si è rivelato insufficiente al fine di raggiungere una dottrina consolidata che garantisca i diritti fondamentali dei lavoratori di fronte al potere di controllo del datore di lavoro. D'ora in poi, oltre alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, qualsiasi conflitto giuridico in materia richiederà l'osservazione dei principi in materia di protezione dei dati derivati dal GDPR, che opereranno da linee guida per la salvaguardia della dignità umana e il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori.

100 STC 292/2000, del 30 novembre.

PARTE III

Il diritto sindacale in Brasile

Gilberto Stürmer

SOMMARIO: 1. Dalle origini alla proclamazione della Repubblica. – 2. Dalla proclamazione della Repubblica alla Rivoluzione del 1930. – 3. Dalla Rivoluzione del 1930 alla Costituzione della Repubblica del 1988. – 4. Dalla Costituzione della Repubblica del 1988 alla riforma della legislazione del lavoro del 2017. – 5. Dalla riforma della legislazione del lavoro del 2017 ai giorni nostri. – 6. Considerazioni finali.

1. Dalle origini alla proclamazione della Repubblica¹

Il presente Capitolo si propone di esaminare l'evoluzione del movimento sindacale in Brasile dal momento della scoperta del Paese (1500), fino alla proclamazione dell'indipendenza (1822), nonché dalla prima Costituzione (imperiale) concessa da Don Pedro I nel 1824 fino alla fine dell'impero, nel 1889.

Nel suo *Compendio di Diritto Sindacale*, Nascimento descrive quelle che ha definito «le prime forme associative»². Lo stesso Autore riferisce, che, come in altri paesi, anche in Brasile le società artigiane hanno preceduto i sindacati. Tipiche del periodo feudale, a partire dall'epoca della servitù, le corporazioni artigiane riunivano persone che esercitavano lo stesso mestiere secondo una gerarchia dominata dai maestri e, più in basso nell'ordine, da ufficiali e apprendisti.

Nel 1699, nella città di Salvador, esistevano società di meccanici e orafi; i meccanici erano raggruppati per attività simili o legami professionali, cioè i carpentieri potevano incontrarsi con tornitori, falegnami, ecc.³

La Rivoluzione francese del 1789, con il suo ideale liberale che eliminava qualunque intermediazione tra individuo e Stato, bandì le corporazioni artigiane e questo divieto raggiunse il Brasile trentacinque anni dopo⁴, quando Don Pedro I concesse la Costituzione imperiale del 25 marzo 1824⁵.

1 La parte storica del sistema sindacale brasiliano si basa sul mio volume dal titolo, *A Liberdade Sindical na Constituição da República Federativa do Brasil e sua relação com a Convenção 87 da OIT*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.

2 A. MASCARO NASCIMENTO, *Compendio de Direito Sindical*, São Paulo, LTr, 2ª ed., 2000, p. 74.

3 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 74.

4 «Art. 179. L'invulnerabilità dei diritti civili e dei politici dei cittadini brasiliani, che si basa sulla libertà, la sicurezza individuale e la proprietà, è garantita dalla Costituzione dell'Impero, come segue: [...] XXV. Le corporazioni ufficiali, i loro giudici, impiegati e maestri sono aboliti».

5 Vedi H. L. CAMPANHOLE, A. CAMPANHOLE, *Constituições do Brasil – 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988*, São Paulo, Atlas, 1999, p. 832-833.

Moraes Filho individua chiaramente l'origine dei sindacati: «L'evoluzione dell'esistenza dei sindacati nella società moderna, nata dopo la Rivoluzione Francese, partiva dalla lotta per la propria sopravvivenza contro lo Stato per giungere alla coesistenza con quello stesso Stato. In un primo momento, le organizzazioni professionali hanno lottato contro i datori di lavoro e contro lo Stato, che ha negato loro il diritto al riconoscimento legale. La coalizione e la libertà di associazione erano severamente proibite. Il Codice Penale puniva con una certa severità coloro che violavano tali dispositivi. I rapporti tra i possibili sindacati e lo Stato erano rapporti di assoluta ostilità, cercando l'uno di distruggere l'altro nel modo più veloce e ostentato. Oltre a quello spirito individualista ed egualitario e all'assenteismo del governo della Rivoluzione francese, un'altra potente ragione ha ispirato lo Stato in questa lotta contro le organizzazioni di classe, e in particolare contro le organizzazioni della classe operaia: la paura che le associazioni diventassero nuclei rivoluzionari contro la società costituita. Per i lavoratori lo Stato non rappresentava niente di più che la stessa classe borghese trasfigurata nel potere pubblico. La classe che li sfruttava economicamente nelle fabbriche e nelle officine, e che rappresentava il loro datore di lavoro sul posto di lavoro, non cessava di esserlo nei quadri politici della nazione, dal momento che il governo esisteva per proteggere la proprietà privata e far rispettare le leggi del paese»⁶.

Nella visione di Moraes Filho⁷, gli aspetti che hanno influenzato la genesi della costituzione dei sindacati durante il XIX secolo, sono stati gli stessi che hanno determinato il contenuto del diritto del lavoro come ramo autonomo della scienza giuridica. Questi aspetti sono:

- a) i vizi e le conseguenze della libertà economica e del liberalismo politico che, attraverso la libera concorrenza, si rifletteva direttamente nel campo del diritto; si è constatato dopo pochi anni che l'equilibrio nel campo economico e sociale era diventato impraticabile. La presunta uguaglianza dinanzi alla legge aveva creato una maggiore disuguaglianza di condizioni sostanziali. Non vi era alcun gruppo dietro l'individuo, dal momento che ogni contratto costituiva una legge privata tra i soggetti contraenti;
- b) il macchinismo e la concentrazione delle masse e capitali umani. Con l'avvento dei macchinari nella produzione economica, l'uomo fu relegato a un ruolo secondario. Le operazioni tecniche divennero più veloci ed automatiche, sicché un gran numero di lavoratori maschi e adulti poteva essere licenziato e sostituito dalle macchine, dalle donne e dai bambini, meno costosi e più docili. Cominciarono ad apparire i primi lavoratori senza occupazione, le crisi economiche si succedevano e gli infortuni si moltiplicavano, costringendo i

6 E. MORAES FILHO, *O problema do sindicato único no Brasil*, São Paulo, Alfa-Omega, 1978, p. 99-100.

7 E. MORAES FILHO, *op. cit.*, p. 106-107.

lavoratori ad aiutarsi reciprocamente (leghe di mutuo soccorso). Sempre attraverso le macchine, gli industriali sono stati in grado di concentrare grandi masse umane in grandi posti di lavoro, fabbriche, officine e grandi città. Tali fatti, naturalmente, hanno facilitato notevolmente l'emergere del fenomeno sindacale;

- c) le grandi lotte sociali che hanno avuto luogo durante i primi tre quarti del XIX secolo. I luddisti e i cartisti in Inghilterra, le rivoluzioni del 1848 e del 1871 in Francia, la rivoluzione del 1848 in Germania, rappresentarono molto per il risveglio dello Stato attraverso l'intervento e la regolamentazione della vita economica. I lavoratori si sono riuniti, si sono sostenuti e hanno protestato. Fu innegabilmente la pubblicazione del "Manifesto del Partito Comunista" del 1848 di Marx ed Engels, che, per la prima volta, diede forma ad una critica esaustiva e profonda delle condizioni di lavoro nei paesi europei;
- d) infine, i liberi accordi tra gruppi professionali. Mentre lo Stato decideva di non intervenire, fino a quando la mentalità delle classi dirigenti è cambiata, i lavoratori e i datori di lavoro hanno concluso tra loro veri e propri contratti collettivi senza saperlo. Sono apparsi spontaneamente a margine della legge statale.

In Brasile, la Lega Operaria (1870), la Lega Operaia di Mutuo Soccorso (1872) e l'Unione Operaia (1880) apparvero ancora prima della proclamazione della Repubblica. Si scopre che, fino alla fine dell'impero, non sussisteva ancora alcuna disciplina legale che regolasse tali leghe o il sindacalismo stesso, ancora nascente. In questo contesto, Vianna sottolinea che fino al 1889 il sistema sindacale era libero e autonomo in Brasile⁸.

2. Dalla proclamazione della Repubblica alla Rivoluzione del 1930

A partire dalla proclamazione della Repubblica, nel 1889, saranno di seguito esaminati la prima Costituzione repubblicana (1891), i movimenti sociali della fine del XIX secolo e dell'inizio del XX secolo – che portarono alle prime leggi sindacali –, nonché i riflessi della prima grande guerra mondiale (1914-1918), la rivoluzione russa del 1917, le prime costituzioni sociali della storia (Messico, 1917 e Weimar, 1919)⁹ e, dopo la prima guerra mondiale, nel 1919, il Trattato di

8 L. WERNECK VIANNA, *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978, p. 39.

9 Secondo A. LOPES SÜSSEKIND, *Direito Constitucional do Trabalho*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 11-12, «... la prima Costituzione a inserire nel suo testo importanti diritti per il lavoratore è stata quella della Svizzera, approvata nel 1874 e modificata nel 1896. È vero che la Costituzione francese del 1848, di brevissima durata, alludeva al diritto del lavoro, alla formazione professionale e alle istituzioni assistenziali, ma non stabiliva, in modo oggettivo, un elenco di diritti per il lavoratore. È anche vero che la Seconda Dichiarazione dei diritti umani (1793), ispirata al progetto Robespierre, limitava il diritto di proprietà e attribuiva alla società

Versailles¹⁰ che, tra l'altro, ha creato l'Organizzazione Internazionale di Lavoro (OIL), di cui il Brasile è stato un aderente fin dalla sua istituzione (1919).

Con la proclamazione della Repubblica, nel 1889, sorse la necessità di elaborare una Costituzione repubblicana. Così, nel 24 febbraio 1891, fu promulgata la nuova Costituzione della Repubblica degli Stati Uniti del Brasile¹¹.

Le prime associazioni sindacali sono state le leghe degli operai che, già all'inizio del ventesimo secolo, operavano per ottenere migliori salari, la riduzione dell'orario di lavoro e l'assistenza. Degne di nota sono la Lega dei Lavoratori del Legname (1901), la Lega dei Lavoratori della Pelle (1901) e la Lega della Resistenza delle Sarte (1906)¹³.

L'azione sindacale si è intensificata tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo. Anche se il Codice Penale del 1890 proibiva l'astensione collettiva,

il dovere di provvedere alla sussistenza di tutti i suoi membri, compresi gli inabili al lavoro e gli indigenti; ma non considerava gli specifici diritti sociali del lavoratore, che sono quelli che ci interessano in questo studio. La Costituzione del Messico del 1917 ha però fornito un quadro significativo di diritti sociali specifici per i lavoratori, molti dei quali sono stati recepiti nella Magna Carta di alcuni Paesi dell'America Latina. L'articolo 123 riguarda il campo di applicazione delle leggi sulla tutela del lavoro, la partecipazione agli utili aziendali, la tutela speciale per le donne e i minori, le garanzie del lavoro, la parità salariale, i diritti sindacali, i contratti collettivi, gli scioperi, la sicurezza sociale, la salute e la sicurezza sul lavoro e la tutela della famiglia del lavoratore. Due anni dopo, la Germania, sconfitta nella prima grande guerra del XX secolo, adottò la Costituzione di Weimar che, sotto l'influenza dei socialisti, inserì nel suo testo un capitolo sull'ordine economico e sociale, prevedeva la creazione di consigli dei lavoratori nelle aziende, nei distretti e nel Reich e di un consiglio economico nazionale, assicurava la libertà sindacale e poneva il lavoro sotto la speciale protezione dello Stato, che doveva impegnarsi nella regolamentazione internazionale del lavoro. Sebbene rinnegato dall'avvento del nazismo, questa Costituzione ha avuto ampia risonanza nelle Costituzioni del dopoguerra, compresa quella brasiliana del 1934».

10 Vedi A. LOPES SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 12: «L'articolo 427 del Trattato di Versailles, che riconosce il diritto del lavoro come uno dei rami del sapere giuridico e istitutivo dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, ha adottato i seguenti principi: 1) il lavoro non deve essere considerato una merce (principio della dignità del lavoro umano); 2) diritto di associazione; 3) stipendio in grado di garantire un adeguato livello di vita; 4) giornata di 8 ore o settimana lavorativa di 48 ore; 5) riposo settimanale, preferibilmente la domenica; 6) soppressione del lavoro dei minori e protezione speciale per il loro lavoro; 7) parità di retribuzione per uomini e donne; 8) parità tra cittadini e stranieri per le condizioni di lavoro previste dalla legge; 9) servizio ispettivo per garantire l'applicazione di leggi e regolamenti a tutela dei lavoratori».

11 La Costituzione del 1891 ha introdotto come novità, nell'articolo 72, i paragrafi 8° e 24°: «Art. 72. La Costituzione garantisce ai brasiliani e agli stranieri residenti nel paese l'inviolabilità dei diritti in materia di libertà, sicurezza individuale e proprietà nei seguenti termini: [...] 8. È lecito per tutti associarsi e incontrarsi liberamente e senza armi; la polizia non può intervenire, se non per mantenere l'ordine pubblico. [...] 24. È libero l'esercizio di qualsiasi professione morale, intellettuale e industriale». È importante notare che la prima Costituzione repubblicana del Brasile ha aperto le porte all'associazione sindacale là dove si riferisce alla liceità dell'associazione.

12 Vedi H. L. CAMPANHOLE, A. CAMPANHOLE, *op. cit.*, p. 768-769.

13 Vedi A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 75.

durante questo periodo scoppiarono alcuni scioperi, come quello dei cocchieri di Rio de Janeiro del 1900 e quello delle ferrovie di San Paolo nel 1901.

In questo periodo, all'inizio del movimento sindacale brasiliano, la libertà di queste associazioni, create senza restrizioni di alcun tipo, è stata evidente¹⁴.

Il periodo di regolazione del sindacalismo è iniziato in Brasile all'inizio del XX secolo. In ragione dell'alto numero di lavoratori delle zone rurali, il decreto numero 979 del 1903 permise la sindacalizzazione dei lavoratori dei settori dell'agricoltura e delle industrie rurali. Affinché il sindacato avesse personalità giuridica, era sufficiente registrare due copie degli statuti, i verbali di costituzione e l'elenco degli associati nel Registro delle Ipotecche Distrettuali. Il numero di sette associati era sufficiente per la costituzione di un sindacato¹⁵.

Nel 1906, dopo il Convegno Operaio Brasiliano, che ebbe luogo nello stesso anno, fu creata la prima associazione con il nome di sindacato: il Sindacato dei Lavoratori del Marmo, Pietra e Granito di San Paolo¹⁶.

Soltanto quattro anni dopo la disciplina sindacale delle zone rurali, nel 1907, il decreto n. 1637 intervenne a disciplinare il sindacalismo urbano¹⁷.

Secondo de Segadas Vianna, i sindacati di quel periodo possedevano solamente il nome di sindacato. Tra i lavoratori, soprattutto quelli delle campagne, non sussisteva alcuna base intellettuale che garantisse loro la capacità di organizzarsi, oltre al fatto che erano economicamente sottomessi ai proprietari terrieri, che non esitavano ad eliminare fisicamente coloro che avevano il coraggio di rivendicare qualsiasi misura a loro vantaggio, dal momento che i diritti non erano sanciti in alcun testo di legge¹⁸.

Va notato che i primi regolamenti sindacali non imposero alcuna limitazione in merito al numero di associazioni sindacali nello stesso ambito territoriale.

Alcuni fattori esterni sono stati importanti ed influenti nel sindacalismo nazionale: in particolare, la prima grande guerra mondiale dal 1914 al 1918 e, nel corso della guerra, la rivoluzione bolscevica in Russia; ma soprattutto l'avvento della prima Costituzione sociale della storia, quella messicana del 1917. Nel 1919, oltre all'entrata in vigore della Costituzione tedesca (Weimar), fu importante il Trattato di Pace che sancì la fine della guerra, il Trattato di Versailles e, con esso, la creazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL). Il Brasile è stato membro dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro fin dalla sua creazione.

Sempre nel 1916, il Codice Civile appena promulgato disciplinò la locazione di opere negli articoli 1216 al 1236. A partire dagli anni 20, i movimenti dei

14 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p.75.

15 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p.76-77.

16 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p.75.

17 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 77.

18 J. DE SEGADAS VIANNA, A. LOPES SÜSSEKIND, D. MARANHÃO, *Instituições de Direito do Trabalho*, Vol. 2, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1981, p. 958.

lavoratori e degli scioperanti si intensificarono, principalmente a Rio de Janeiro, San Paolo, Salvador e Recife¹⁹. Sotto l'ispirazione della Rivoluzione russa, furono creati in Brasile i partiti socialista (1920) e comunista (1922).

Nel 1923 fu elaborato un progetto di Codice del Lavoro presso la Camera dei Deputati e, nello stesso anno, con la cosiddetta legge Eloy Chaves (legge n. 4682 del 24 gennaio 1923), furono introdotti la stabilità nel posto di lavoro e le Casse di pensionamento, che hanno dato origine all'attuale sicurezza sociale.

Nel 1927, sotto il regime fascista, entrò in vigore la Carta del Lavoro in Italia. Il 24 ottobre 1930 scoppiò la rivoluzione che portò al potere Getúlio Vargas e iniziò una nuova fase.

3. Dalla Rivoluzione del 1930 alla costituzione della Repubblica nel 1988

Nella successiva evoluzione di questo periodo, ebbe luogo la rivoluzione del 1930, che portò al potere Getúlio Vargas e, da quel momento in poi, alla disciplina legale in materia di lavoro e sindacale.

Questa rivoluzione portò con sé una serie di riforme sociali che, nonostante il vasto programma di benefici ai lavoratori del loro fautore, furono introdotte, in realtà, per ragioni elettorali²⁰.

Pimenta, nella sua opera *Sociologia Giuridica del Lavoro*, ha affermato testualmente: «Fu una rivoluzione di superficie, perché aveva come punto di convergenza la conquista dei seggi elettorali, sebbene avesse attratto la partecipazione unanime degli strati popolari».

L'Autore prosegue: «Non è stata una rivoluzione della mentalità più profonda della nazione brasiliana, piena di desideri ed aspirazioni per un nuovo mondo con nuove condizioni di esistenza»²¹.

In ogni caso, la rivoluzione ha condotto a riforme efficaci. Il decreto n. 19443 del 26 novembre 1930, ha istituito il Ministero del Lavoro, dell'Industria e del Commercio, con lo scopo di sorvegliare la questione sociale, occupandosi del supporto necessario per i lavoratori nazionali.

Nel 1931, fu creato il Dipartimento Nazionale del Lavoro, integrato dai primi giuristi, intellettuali e parlamentari che operavano in favore della legislazione del lavoro. Si trattava del ministro Lindolpho Collor, accompagnato da Evaristo de Moraes, Joaquim Pimenta, Agripino Nazareth, Deodato Maia, Carlos Cavaco, Américo Palha, e altri²².

19 E. MORAES FILHO, A. C. FLORES DE MORAES, *Introdução ao Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 8ª ed., 2000, p. 96.

20 E. MORAES FILHO, A. C. FLORES DE MORAES, *op. cit.*, p. 98.

21 J. PIMENTA, *Sociologia Jurídica do Trabalho*, Rio de Janeiro, Max Limonad, S/D, 1944.

22 E. MORAES FILHO, A. C. FLORES DE MORAES, *op. cit.*, p. 98.

Il decreto n. 19770 del 19 marzo 1931 disciplinò il fenomeno sindacale, unificando le regole, fino ad allora esistenti, che separavano il sindacalismo rurale da quello urbano. In termini generali, tuttavia, non vi furono cambiamenti significativi.

Nel 1932, il decreto n. 21761 istituì la contrattazione collettiva.

In questo periodo sono entrati in vigore numerosi decreti relativi alle questioni del lavoro. Nel 12 luglio 1934, il decreto n. 24594 riformò la legislazione sindacale di tre anni prima.

Nel 16 luglio 1934 fu promulgata la terza Costituzione brasiliana, che costituì la seconda costituzione repubblicana e la prima sociale. Nel titolo IV, che tratta dell'«Ordine Economico e Sociale», l'art. 120 prevedeva: «I sindacati e le associazioni professionali saranno riconosciuti ai sensi di legge. Paragrafo unico. La legge garantirà il pluralismo sindacale e la completa autonomia dei sindacati».

Era una novità rilevante e avanzata per l'epoca, che, per vari motivi, non fu attuata. Ovviamente, la principale ragione della mancata attuazione è stata la breve durata della stessa Costituzione del 1934, che rimase in vigore soltanto per tre anni, tre mesi e venticinque giorni, ma non meno rilevante è stata la difficoltà di regolare e attuare il modello costituzionale.

Questa Costituzione del 1934, la terza Costituzione brasiliana e la seconda repubblicana, ispirata alla Costituzione messicana del 1917 e a quella tedesca del 1919, fu considerata la prima Costituzione sociale del Brasile, posto che l'art. 121 elencava i diritti del lavoro in precedenza inesistenti²³.

Con un nuovo colpo di stato, Getúlio Vargas decretò, il 10 novembre 1937, una nuova Costituzione degli Stati Uniti del Brasile. In materia sindacale si verificò una dura battuta d'arresto, dal momento che l'art. 138 recitava come segue: «L'associazione professionale o sindacale è libera. Tuttavia, il sindacato regolarmente riconosciuto dallo Stato ha il diritto di rappresentanza legale di coloro che partecipano alla categoria di produzione per la quale è stata costituita, di difendere i loro diritti davanti allo Stato e ad altre associazioni professionali, di stipulare contratti collettivi di lavoro obbligatori per tutti i suoi associati, di imporre loro contributi ed esercitare in relazione ad essi funzioni delegate di potere pubblico»²⁴.

Prevista nell'art. 139 della Costituzione del 1937, nel 1941 fu istituita la Magistratura del Lavoro come ramo del Potere Esecutivo.

La legge n. 1402 del 1939, che disciplinò l'organizzazione sindacale, sarebbe stata più avanti incorporata nel Testo Unico (CLT). Il contributo sindacale²⁵ fu

23 H. L. CAMPANHOLE, A. CAMPANHOLE, *op. cit.*, p. 719-720.

24 H. L. CAMPANHOLE, A. CAMPANHOLE, *op. cit.*, p. 624.

25 La definizione è stata modificata in «contribuzione sindacale» con il decreto legge n. 27 del 14 novembre 1966.

istituito dal decreto n. 2377, e l'inquadramento sindacale è stato regolato dal decreto n. 2381, entrambi del 1940.

Il 29 gennaio 1942, l'ordinanza n. 791 nominò una commissione per elaborare il progetto preliminare del Testo Unico (CLT) che, il 1° maggio 1943, fu promulgato con il decreto legge n. 5452.

All'epoca era discussa la natura giuridica della nuova legge. Antonio Cesarino Junior comprese che il Testo Unico era andato oltre la sua funzione di mero coordinamento e riunione delle leggi in vigore, introducendo nuovi aspetti della disciplina, come se fosse un codice.

Orlando Gomes comprese, allo stesso modo, che non si trattava di un Testo Unico, e nemmeno di un codice, in quanto privo della relativa struttura logica, nonché della loro sistematica e coerenza. La commissione che elaborò il Testo Unico riteneva che, tra la semplice raccolta di leggi e il codice, esistesse il "consolidamento" che costituiva il coordinamento di testi e principi legislativi. L'idea della commissione prevalse. All'epoca, durante la dittatura, il dibattito sul punto fu irrilevante. L'art. 180 della Carta del 1937 autorizzava il Capo dello Stato (non esisteva alcun potere legislativo) a emanare decreti-legge con forza di legge federale. In questo senso non sussisteva alcuna incostituzionalità o illegalità del potere legislativo del Presidente²⁶.

Il Testo Unico (CLT) è stato utile e apprezzabile nella misura in cui ha ordinato vecchi testi, creando nuovi contenuti, come il Titolo IV, sul contratto di lavoro. Originariamente, era composto da undici titoli e novecentoventidue articoli. Il Titolo I conteneva l'introduzione generale; il Titolo II trattava delle regole generali di protezione del lavoro; il Titolo III era dedicato alle norme speciali di protezione del lavoro; il Titolo IV alle disposizioni generali in materia di contratto di lavoro individuale; il Titolo V si occupava dell'organizzazione sindacale; il Titolo VI degli accordi di contrattazione collettiva; il Titolo VII regolava l'ispezione e l'imposizione di multe, risorse e depositi, registrazione e riscossione degli stessi; il Titolo VIII era dedicato alle regole generali di organizzazione e composizione dei Tribunali del lavoro, giurisdizione e competenza; il Titolo IX alle disposizioni generali della Procura Generale della Giustizia del Lavoro e della Sicurezza Sociale; il Titolo X trattava delle norme in materia di disposizioni preliminari, procedimenti in generale, contratti individuali e collettivi, esecuzione, ricorsi, applicazione di sanzioni e disposizioni generali; e, infine, il Titolo XI conteneva le disposizioni generali e transitorie.

Vi sono innumerevoli leggi e modifiche successive del testo originario. Tuttavia, dal punto di vista strutturale, soltanto la legge n. 9958 del 12 gennaio 2000, ha aggiunto il titolo VI-A, «Delle Precedenti Commissioni di Conciliazione», mentre la recente riforma del lavoro, del 2017, sarà esaminata in un apposito paragrafo.

26 E. MORAES FILHO, A. C. FLORES DE MORAES, *op. cit.*, p. 100-101.

La Costituzione del 18 settembre 1946 era formalmente democratica, poiché promulgata dal Congresso Nazionale costituente. Ha disciplinato il fenomeno sindacale, all'art. 159, ma non ha modificato la legislazione all'epoca vigente, che aveva imposto il sistema dell'unità sindacale stabilendo che «L'associazione professionale o sindacale è libera e la forma della sua costituzione, la rappresentanza legale nei contratti collettivi di lavoro e l'esercizio delle funzioni delegate dal potere pubblico sono regolati dalla legge».

I diritti dei lavoratori furono elencati nell'art. 157, e la Costituzione del 1946 fu la prima a riconoscere il diritto di sciopero, all'art. 158.

La rottura dell'ordine legale avvenne nel 1964. Nel 24 gennaio 1967, sotto l'egida del governo militare, il Congresso Nazionale promulgò una nuova Costituzione del Brasile.

La Costituzione del 24 gennaio 1967²⁷ definì il lavoro come una condizione della dignità umana (art. 157, punto II), vietò lo sciopero nei servizi pubblici e nelle attività essenziali (art. 157, paragrafo 7) e, per quanto riguarda il sindacalismo, stabilì all'art. 159 che: «L'associazione professionale o sindacale è libera; la sua costituzione, la rappresentanza legale nei contratti collettivi di lavoro e l'esercizio delle funzioni di autorità pubblica delegata sono regolati dalla legge. § 1 Tra le funzioni delegate alle quali il presente articolo si riferisce, sono ricomprese quello di raccogliere, sotto forma di legge, contributi per il finanziamento dell'attività sindacale e degli organismi sindacali e professionali e per l'esecuzione di programmi d'interesse delle categorie da essi rappresentate. § 2 ° Il voto è obbligatorio nelle elezioni sindacali».

L'art. 158, a sua volta, elencava i diritti dei lavoratori.

L'emendamento costituzionale n. 1, del 17 ottobre 1969, rappresentava, in effetti, una nuova Costituzione, in quanto modificava l'intera struttura di quella precedente. I diritti dei sindacati furono disciplinati dall'art. 166 e i diritti dei lavoratori furono elencati nell'art. 165.

Il regime dittatoriale pose il sindacalismo sotto silenzio fino al 1979, quando i primi scioperi del cosiddetto "ABC" (paesi della grande area metropolitana di San Paolo)²⁸, proclamati per ottenere migliori salari e migliori condizioni di lavoro, segnarono il ritorno del fenomeno sindacale in Brasile.

Da quel momento in poi, i movimenti sociali acquisirono forza ed emersero le Centrali sindacali. La prima Centrale ad essere creata fu la Centrale Unica dei Lavoratori-CUT, il 28 agosto 1983, nella città di São Bernardo do Campo, durante il Primo Convegno Nazionale della classe operaia. La Centrale Unica dei Lavoratori è un'organizzazione sindacale di massa al massimo livello, con un carattere di classe, autonomo e democratico, che riconosce la libertà di

27 H. L. CAMPANHOLE, A. CAMPANHOLE, *op. cit.*, p. 434-436.

28 Polo industriale nazionale, in particolare automobilistico, integrato dalle città di Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul, vicino alla capitale di San Paolo.

organizzazione ed espressione ed è guidata dai principi di solidarietà, sia a livello nazionale che internazionale. Oltre alla CUT, sono importanti anche la Forza Sindacale e la Centrale Generale dei Lavoratori -CGT. Le centrali emersero al di sopra del sistema confederativo, istituito dalla legislazione allora vigente, istituzionalizzandosi, in effetti, come strutture spontanee al vertice del movimento sindacale, ma senza personalità giuridica sindacale, cioè senza le prerogative della contrattazione collettiva e della rappresentanza legale²⁹.

In ragione di quanto sopra, i “venti democratici” iniziarono nuovamente a soffiare in Brasile, e il 5 ottobre 1988 fu promulgata una nuova – l’attuale – Costituzione che ha modificato leggermente la direzione del sindacalismo nazionale.

4. Dalla Costituzione della Repubblica del 1988 alla riforma del lavoro del 2017

Sebbene considerata un importante progresso per la sua apertura al sindacato, la Costituzione Federale del 1988, in realtà, è contraddittoria. Cerca di combinare la libertà sindacale con l’unità sindacale imposta dalla legge e la contribuzione sindacale obbligatoria. In ogni caso, la Costituzione del 1988 ha portato grandi novità. I diritti dei lavoratori, inclusi nel Capitolo dei Diritti Sociali, sono diventati parte del Titolo dedicato ai Diritti e Garanzie Fondamentali.

Importante ribadire che i diritti sociali, tra cui i diritti dei lavoratori e le regole sindacali, rientrano per la prima volta nella Costituzione Federale del 1988 nell’ambito dei Diritti e Garanzie Fondamentali. Nell’attuale Costituzione Federale, i diritti dei lavoratori sono elencati nell’art. 7.

Oltre a questa novità, il sindacalismo può ora contare su maggiori regole sul piano costituzionale, come previsto dall’art. 8°, che prevede quanto segue: «L’associazione professionale o sindacale è libera alle seguenti condizioni:

- I - la legge non può richiedere l’autorizzazione dello Stato per la costituzione di un sindacato, ad eccezione della registrazione presso l’organismo competente; è vietata al potere pubblico l’interferenza e l’intervento nell’organizzazione sindacale;
- II - è vietato creare più di una organizzazione sindacale, di qualsiasi grado, che rappresenti una categoria professionale o economica, sulla stessa base territoriale, che sarà definita dai lavoratori o datori di lavoro interessati e non può essere inferiore all’area di un Comune;
- III - il sindacato è responsabile della difesa dei diritti e degli interessi collettivi o individuali della categoria, anche in materia giudiziaria o amministrativa;

29 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 91-92.

- IV – l'assemblea generale stabilirà il contributo che, nel caso della categoria professionale, sarà trattenuto dalla retribuzione per finanziare il sistema confederativo della rispettiva rappresentanza sindacale, indipendentemente dal contributo previsto dalla legge;
- V - nessuno sarà obbligato ad aderire o a rimanere affiliato a un sindacato;
- VI - la partecipazione dei sindacati alle trattative collettive di lavoro è obbligatoria;
- VII - i pensionati affiliati hanno il diritto di votare ed essere votati nelle organizzazioni sindacali;
- VIII - il licenziamento del rappresentante sindacale è vietato dal momento della registrazione della candidatura alla carica di dirigente o rappresentante sindacale e, se eletto, anche se supplente, fino ad un anno dopo la fine del mandato, a meno che commetta una grave mancanza ai sensi della legge.
- Paragrafo unico. Le disposizioni del presente articolo si applicano all'organizzazione dei sindacati rurali e colonie di pesca, alle condizioni stabilite dalla legge».

Per quanto riguarda la costituzione del sindacato, la norma precedente prevedeva la necessaria autorizzazione dello Stato per il funzionamento dei sindacati. Questa situazione era dovuta al fatto che la nomina sindacale doveva essere conferita attraverso un documento noto come "Lettera Sindacale" (previsto dagli artt. da 515 a 521 del Testo Unico (CLT)). Secondo la sottosezione I, dell'art. 8, dell'attuale Costituzione federale, invece, la legge non può più richiedere l'autorizzazione da parte dello Stato per la costituzione di un sindacato. È tuttavia necessario registrarsi presso l'organismo competente che, nel corso degli anni, è diventato "gli organismi competenti". Poiché il sindacato è un soggetto giuridico di diritto privato, una volta che la sua costituzione è stata decisa dalle parti interessate, i verbali della creazione e dello statuto devono essere depositati nel Registro dei Titoli e dei Documenti. Una volta riconosciuta la personalità giuridica di diritto civile, la nuova associazione viene registrata presso il Ministero del Lavoro e dell'Occupazione, al fine di ottenere la personalità giuridica lavoristica con la conseguente prerogativa della rappresentanza di categoria.

Oggi l'ordinanza n. 501 del 30 aprile 2019 ha introdotto alcune procedure amministrative per la registrazione delle entità sindacali da parte del Ministero della Giustizia e della Pubblica Sicurezza. Va notato che, a partire dal 2019, con l'attuale governo, il Ministero del Lavoro è stato abolito e la segreteria del lavoro è diventata parte del Ministero della Giustizia e della Pubblica Sicurezza.

La Costituzione federale del 1988 vieta al potere pubblico qualunque interferenza o intervento sull'organizzazione sindacale³⁰. In effetti, esiste solo la libertà di amministrazione interna delle organizzazioni sindacali, considerando il fatto

30 Nel sistema giuridico dei sindacati previsto dalla legge, le organizzazioni sindacali sono il sindacato di base (comune), la federazione negli Stati membri (unità della federazione) e le confederazioni di livello superiore (Unione). Per questo motivo, l'attuale sistema si chiama

che, dopo la promulgazione dell'attuale Costituzione federale, il Ministro del Lavoro e dell'Occupazione non interferisce più nell'amministrazione interna delle organizzazioni sindacali, che è interamente definita dagli statuti approvati dalle parti interessate.

La previsione contenuta nel comma V, ove prevede che nessuno sarà obbligato ad aderire o rimanere affiliato ad un sindacato, definisce un tipo di libertà individuale specifica che deriva dalla libertà generica dell'art. 5, comma XX, che prevede che «nessuno può essere costretto ad associarsi o rimanere associato». È chiaro, tuttavia, che le regole in materia di inquadramento sindacale, contributo sindacale e unità sindacale, contraddicono questa libertà di affiliazione e non affiliazione.

Sebbene la Costituzione del 1988, vietando l'intervento statale nel sistema sindacale, non abbia recepito l'Inquadramento delle Attività e delle Professioni allegato all'art. 577 del Testo Unico (CLT), è certo che ha mantenuto l'inquadramento sindacale previsto dall'articolo 570.

La Costituzione federale del 1988 ha mantenuto il sistema confederativo e l'organizzazione sindacale per categorie. Secondo Martins, la tabella allegata all'art. 577 del Testo Unico (CLT) è rimasta in vigore, ma, dal momento che la Commissione sull'Inquadramento Sindacale non è stata recepita dalla Costituzione, tale tabella, per questo motivo, non può essere modificata³¹.

Ciò che è certo è che non è possibile costituire sindacati che vadano oltre l'identità, la somiglianza o la connessione delle categorie, in conformità con l'art. 511 del Testo Unico (CLT). Questa regola, in ogni caso, ha mantenuto l'inquadramento sindacale per categoria; il che, in pratica, è dimostrato dal fatto che non è possibile realizzare un'unione tra più sindacati senza la riunione tra le categorie.

Sussiste anche una evidente contraddizione nelle norme costituzionali relative al sistema sindacale. Se l'intestazione e il comma I dell'art. 8 della Costituzione Federale del 1988 parla di libertà di associazione e di divieto di interferenza e intervento nelle attività sindacali, il comma II, a sua volta,

piramidale. La disciplina legale si trova nei seguenti articoli: «Art. 511. È lecita l'associazione con fini di studio, difesa e coordinamento degli interessi economici o professionali di tutti coloro che, come datori di lavoro, impiegati, agenti, lavoratori autonomi o liberi professionisti, esercitano, rispettivamente, la stessa attività o professione o attività o professioni simile o correlate»; «Art. 512. Solo le associazioni professionali create ai fini e nella forma dell'articolo precedente e registrate ai sensi dell'art. 558 possono essere riconosciute come sindacati e investiti delle prerogative definite nella presente legge»; «Art. 533. Le associazioni sindacali di grado superiore costituiscono federazioni e confederazioni organizzate ai sensi della presente legge»; «Art. 534. I sindacati sono consentiti, quando il numero non è inferiore a 5 (cinque), purché rappresentino la maggioranza assoluta di un gruppo di attività o professioni identiche, simili o correlate, di organizzarsi in federazione»; «Art. 535. Le Confederazioni saranno organizzate con un minimo di 3 (tre) federazioni e avranno sede nella Capitale della Repubblica».

31 S. PINTO MARTINS, *Direito do Trabalho*, São Paulo, Atlas, 2004, p. 724.

contempla un intervento diretto e l'assenza di libertà sindacale, imponendo il sistema del sindacato unico³² a qualsiasi livello e nello stesso ambito territoriale, che non può essere inferiore all'area di un comune. Allo stesso modo, le unità della federazione (coincidenti con gli Stati della Federazione) sono limitate a una federazione per ogni categoria, mentre l'unione tra le stesse è limitata ad una confederazione nell'ambito della stessa categoria.

Come accennato in precedenza, questo sistema viola il principio della libertà sindacale.

Il problema non è l'esistenza concreta di un sindacato per la stessa categoria sulla stessa base territoriale, ma il divieto legale di avere più di un sindacato della stessa categoria sulla stessa base territoriale. Se le parti interessate lo decidono, può sussistere infatti soltanto un sindacato della stessa categoria nella stessa base territoriale. Secondo Nascimento, questa situazione è chiamata *unità sindacale*^{33,34}.

Nascimento insegna che le funzioni dei sindacati sono negoziazione, rappresentanza, assistenza, raccolta della contribuzione, politica ed etica³⁵.

La principale funzione delle organizzazioni sindacali è la contrattazione collettiva ovvero la loro vera ragione di esistere. È menzionata nella Costituzione federale, negli artt. 7, comma XXVI (riconoscimento dei contratti collettivi e convenzioni), 8, comma VI (la partecipazione sindacale nella contrattazione collettiva è obbligatoria), e 114, §2° (che si riferisce alla trattativa prima dell'arbitrato e alla contrattazione collettiva).

Nel Testo Unico (CLT), la funzione di contrattazione è presente soprattutto nell'art. 611, caput (contratto collettivo di lavoro), 611, § 1, (accordo collettivo di lavoro), e 616 (tentativo obbligatorio di negoziazione).

Per negoziare il sindacato deve essere in grado di esercitare la sua funzione di rappresentanza.

L'art. 8, comma III, della Costituzione Federale del 1988, tratta della prerogativa concessa ai sindacati di difendere gli interessi collettivi o individuali della categoria, sia in materia individuale che collettiva.

Questo comma III dell'art. 8 della Costituzione Federale del 1988, contempla soltanto la rappresentanza delle categorie professionali ed economiche.

Oltre alla prerogativa della rappresentatività di classe, i sindacati dei lavoratori hanno anche la prerogativa di essere presenti nelle trattative collettive di lavoro.

32 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 158, concettualizza l'unità sindacale: «È il divieto, per legge, dell'esistenza di più di un sindacato nello stesso ambito di attività».

33 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 160: «L'unità sindacale è il sistema in cui i sindacati si uniscono non per imposizione legale, ma come risultato di una loro scelta».

34 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 160: «La pluralità sindacale è il principio secondo cui, sulla stessa base territoriale, può esserci più di un sindacato che rappresenta persone o attività che hanno un interesse collettivo comune».

35 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 224-227.

Questo è ciò che prevede il comma VI dell'art. 8, della Costituzione Federale del 1988. Sebbene non faccia espressamente riferimento in questo senso, si comprende, per interpretazione sistematica, che questa prerogativa è concessa solo ai sindacati della categoria professionale e non a quelli della categoria economica (datori di lavoro)³⁶. Questo perché il comma XXVI dell'art. 7, anch'esso della Costituzione Federale del 1988, riconosce le convenzioni e gli accordi collettivi di lavoro. E, nella misura in cui il contratto collettivo di lavoro è il risultato della contrattazione collettiva tra un sindacato professionale e un sindacato economico, e un *accordo collettivo di lavoro* è il risultato della contrattazione collettiva tra il sindacato professionale e le aziende³⁷, è evidente che l'unica possibile interpretazione del comma VI dell'art. 8, è la presenza obbligatoria del sindacato dei lavoratori nelle negoziazioni collettive di lavoro.

La funzione di assistenza è prevista, in particolare, nell'art. 514, lett. *b*) e *d*) del Testo Unico (CLT), ma più comunemente negli statuti dei sindacati, che definiscono i benefici in favore dei rispettivi associati.

La funzione di raccolta dei contributi deriva dall'esigenza del sindacato di raccogliere le risorse necessarie per adempiere alle sue molteplici funzioni e in particolare quelle di negoziazione, rappresentanza e assistenza. Le fonti di finanziamento dei sindacati saranno esaminate in un apposito paragrafo.

Infine, la funzione politica o collaborativa con lo Stato è prevista nell'art. 513, lett. *d*), del Testo Unico (CLT), mentre la funzione etica deriva dal principio di buona fede, che dovrebbe guidare i rapporti giuridici in generale.

Esamineremo in seguito quali sono i contributi attualmente vigenti (fonti di finanziamento per i sindacati) e quali sono le previsioni future, anche con riguardo alla loro natura obbligatoria o meno per i membri delle categorie professionali ed economiche.

Introdotta nel 1940, dal decreto n. 2377, con il nome iniziale di imposta sindacale, fino all'entrata in vigore della legge n. 13467 del 2017 (riforma del lavoro), la contribuzione sindacale è stata obbligatoria per tutti coloro che erano rappresentati.

Con il decreto legge n. 27 del 14 novembre 1966, la denominazione di *imposta sindacale* è stata modificata in *contributo sindacale*. Il decreto legge n. 229 del 28 febbraio 1967 ha ratificato la nuova denominazione, mantenuta fino ad oggi.

36 Vedi la CLT, art. 611, *caput*: «da Convenzione Collettiva sul Lavoro è l'accordo normativo, in base al quale due o più sindacati rappresentativi delle categorie economiche e professionali stipulano condizioni di lavoro applicabili, nell'ambito delle rispettive rappresentanze, ai singoli rapporti di lavoro».

37 Vedi la CLT, art. 611, § 1: «I sindacati che rappresentano categorie professionali sono autorizzati a stipulare accordi collettivi con una o più aziende della corrispondente categoria economica, che stabiliscono condizioni di lavoro, applicabili nell'ambito della azienda o delle aziende in base ai rispettivi rapporti di lavoro».

Il contributo sindacale è regolato dal Testo Unico (CLT), agli artt. da 578³⁸ a 610. Degli importi raccolti, come previsto dall'art. 589 del Testo Unico, la ripartizione è suddivisa in: 60% (sessanta per cento) per il sindacato, 15% (quindici per cento) per la federazione, 5% (cinque per cento) per la confederazione e 20% (venti per cento) per il "Conto Speciale per l'Occupazione e il Salario".

Gli obiettivi del contributo sindacale sono descritti nell'art. 592 del Testo Unico (CLT), essendo i principali: l'assistenza legale, medica e odontoiatrica, cooperative, asili, campi estivi, ecc.

Il contributo di assistenza, chiamato anche sconto di assistenza, è stabilito all'art. 513, lett. e), del Testo Unico (CLT), che, tra le prerogative dei sindacati, prevede quella di «imporre contributi a tutti coloro che partecipano alle categorie economiche o professionali o alle professioni rappresentate».

È necessario esaminare la *ratio* dell'*imposizione* di cui al summenzionato articolo del Testo Unico (CLT). Nella lezione di Martins, la Costituzione Federale del 1988 ha modificato il significato dell'espressione «per imporre contributi». Il significato corretto riguarda solo il permesso concesso al sindacato di raccogliere contributi che sono dovuti come entità di diritto privato³⁹. L'opinione è condivisibile, poiché l'art. 8 della Costituzione Federale del 1988 dichiara che l'adesione al sindacato è libera. Sebbene, come si è visto, vi siano altri aspetti che limitano questa libertà, ove è possibile offrire l'interpretazione estensiva di una regola in modo da ampliare il principio di libertà, l'interprete è tenuto a farlo.

La base giuridica del contributo di assistenza è la norma collettiva (condanna "normativa", sentenza arbitrare, contratto collettivo di lavoro o accordo collettivo di lavoro), e il suo obiettivo è sostenere il costo delle attività di assistenza del sindacato in favore della categoria professionale, oltre ai costi sopportati dal sindacato derivanti dalla partecipazione alla contrattazione collettiva volta ad ottenere nuove e migliori condizioni di lavoro per la categoria. Per questo motivo, il contributo di assistenza è generalmente a carico dei dipendenti (categoria professionale).

Resta inteso che il contributo di assistenza è dovuto solo dagli affiliati al sindacato. Questa lettura si fonda sugli artt. 5, comma XX e 8, comma V, entrambi della Costituzione Federale del 1988, che prevedono specificamente che nessuno è obbligato ad associarsi o a rimanere associato, deponendo in questo senso anche la giurisprudenza maggioritaria, rappresentata nel Precedente Normativo n. 119 della Corte Superiore del Lavoro, che qui si trascrive: «119 - Contributi Sindacali - Mancato rispetto dei precetti costituzionali. La Costituzione della Repubblica, nei suoi articoli 5, comma XX e 8, comma V, garantisce il diritto di

38 «Art. 578. I contributi dovuti ai sindacati da parte di coloro che partecipano alle categorie economiche o professionali o alle professioni liberali rappresentate dalle entità in questione, assumono la denominazione di "Contributi dell'Unione", versati, raccolti e applicati secondo le modalità stabilite nel presente capitolo».

39 S. PINTO MARTINS, *Contribuição Confederativa*, São Paulo, LTr, 1996, p. 118.

libera associazione e sindacalizzazione. È lesiva di questa libertà la clausola di un accordo, contratto collettivo o sentenza normativa che stabilisca un contributo a favore di un'organizzazione sindacale come una tassa per finanziare il sistema confederativo, l'assistenza, il rinvigorismento o il rafforzamento sindacale e altri dello stesso tipo a carico di lavoratori non sindacalizzati. Le clausole che non rispettano tale limitazione sono nulle e gli importi trattenuti in modo irregolare possono essere restituiti».

Va notato che, sia nella formulazione precedente alla legge n. 13467 del 2017, come nella formulazione attuale, la migliore interpretazione dell'art. 545 del Testo Unico (CLT), è, alla luce del principio protettivo del *soggetto economicamente debole*, che l'assistenza e i contributi confederativi non possono essere detratti dallo stipendio, a meno che non vi sia l'espressa autorizzazione dell'interessato, e non viceversa, come finora accaduto ed erroneamente raccomandato (detrazioni effettuate nel silenzio del dipendente che, esaminando la sua retribuzione, si accorge della detrazione e, non concordando con la stessa, è costretto ad attivarsi per la restituzione).

Dal punto di vista della disposizione costituzionale, il contributo confederativo è recente rispetto agli altri. È stato istituito con la Costituzione federale del 1998 ed è previsto dall'art. 8, comma IV:

«L'iscrizione professionale o sindacale è libera, secondo tali regole: [...] IV – l'assemblea generale fisserà il contributo che, nel caso di una categoria professionale, sarà detratto dalla retribuzione, a copertura del sistema confederativo della rispettiva rappresentanza sindacale, indipendentemente dal contributo previsto dalla legge».

Dal contenuto della disposizione costituzionale si ricava da subito che il contributo confederativo è fornito solo per la categoria professionale, e non per quella economica (datori di lavoro).

È anche possibile desumere dal comma IV, dell'art. 8, della Costituzione Federale del 1988, che, sebbene costituzionalmente previsto, il contributo confederativo può essere introdotto solo attraverso l'assemblea generale del sindacato. Lo scopo del contributo, come indica la denominazione, è di finanziare il sistema confederativo, cioè il sistema legale piramidale che ha il sindacato alla base (livello comunale) e, più in alto, le entità di livello superiore (federazioni, di solito statali, e confederazioni).

Pertanto, allo stesso modo del contributo di assistenza, resta inteso che il contributo confederativo è dovuto solo dagli iscritti ai sindacati.

Nella misura in cui l'organizzazione sindacale ha la natura giuridica di associazione di diritto privato⁴⁰ e, in quanto tale, è simile a qualsiasi altro tipo di associazione, le norme dello statuto possono imporre contributi agli iscritti.

40 Trattando della natura giuridica dei sindacati, A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 216, insegna: "I sindacati, in questa prospettiva, sono considerati entità di diritto privato, rappresentano

L'art. 548, lett. *b*), del Testo Unico (CLT), stabilisce che i contributi degli associati, nella forma stabilita dallo statuto, fanno parte del patrimonio delle associazioni sindacali.

Il contributo associativo, fissato quindi dalle stesse parti interessate, viene corrisposto in funzione dei benefici forniti dall'organizzazione sindacale ai suoi associati⁴¹.

In questo contesto, si può dire che il contributo associativo è l'unico non controverso, nonché quello che rientra nei limiti e negli standard della vera libertà sindacale.

Oltre ai cosiddetti contributi ordinari, come il *contributo sindacale*, il *contributo assistenziale*, il *contributo confederativo* e quello *associativo*, le organizzazioni sindacali dispongono anche di una previsione legale che permette l'imposizione di contributi straordinari.

L'art. 548 del CLT prevede quanto segue: «I beni dei sindacati sono:

- a) i contributi dovuti ai sindacati da parte di coloro che partecipano alle categorie economiche o professionali o alle professioni liberali rappresentate dalle entità in questione, sotto il nome di contributo sindacale, versati e riscossi sotto forma del Capitolo III del presente Titolo;
- b) i contributi dei soci, nella forma stabilita dallo statuto o dalle assemblee generali;
- c) i beni e i valori acquisiti e i redditi da essi prodotti;
- d) donazioni e lasciti;
- e) le multe ed altre eventuali entrate».

Pertanto, nella forma prevista alle lett. *c*), *d*), ed *e*), dell'art. 548 del Testo Unico (CLT), qualsiasi entrata, come donazioni, lasciti, multe, lotterie, ecc., può essere configurata come entrata delle organizzazioni sindacali.

Per quanto riguarda i conflitti collettivi di lavoro, secondo Nascimento, «se la richiesta di un lavoratore è respinta dal datore di lavoro davanti al quale è presentata, si verifica un conflitto di lavoro»⁴². Il conflitto non è solo l'insoddisfazione rispetto alle condizioni di lavoro, ma è anche l'espressione di questa insoddisfazione⁴³.

Nascimento afferma inoltre che «i conflitti sono collettivi quando, in ragione dei soggetti, i gruppi di lavoratori, considerati astrattamente da un lato, e il gruppo di datori di lavoro, dall'altro, si riferiscono a una questione di ordine generale»⁴⁴.

individui, sono creati esclusivamente su loro iniziativa, per rappresentare e difendere i loro interessi».

41 S. PINTO MARTINS, *op. cit.*, p. 119.

42 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 251.

43 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 252.

44 A. MASCARO NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 253.

I conflitti collettivi di lavoro possono essere giuridici, quando si tratta dell'applicazione o dell'interpretazione delle norme vigenti o degli scioperi, ed economici o d'interesse, quando si tratta di cercare migliori salari e condizioni di lavoro⁴⁵.

Le forme per risolvere i conflitti collettivi di lavoro sono l'autocomposizione (contrattazione collettiva), l'eterocomposizione (mediazione, arbitrato e giurisdizione) e l'autodifesa (sciopero e serrata)⁴⁶.

Ai soli fini della registrazione, per quanto riguarda il diritto di sciopero, la Costituzione federale del 1988 prevedeva: «Art. 9. Il diritto di sciopero è garantito e ai lavoratori spetta decidere sull'opportunità di esercitarlo e sugli interessi da difendere attraverso il suo esercizio.

§ 1 La legge definirà i servizi o le attività essenziali e disporrà sul soddisfacimento dei bisogni urgenti della comunità.

§ 2. Gli abusi commessi rendono i responsabili passibili delle sanzioni previste dalla legge».

La Costituzione Federale del 1988 ha riconosciuto anche il diritto di sciopero dei dipendenti pubblici⁴⁷ e ha vietato gli scioperi dei dipendenti pubblici militari⁴⁸.

Il diritto di sciopero dei lavoratori dipendenti è stato regolato dalla legge n. 7783 del 28 giugno 1989. Il diritto di sciopero dei dipendenti pubblici statali non è stato ancora regolamentato, ma l'ingiunzione n. 670 deve essere giudicata a breve dalla Suprema Corte Federale⁴⁹.

45 S. PINTO MARTINS, *Direito do Trabalho*, cit., p. 777.

46 S. PINTO MARTINS, *op. ult. cit.*, p. 777-778.

47 «Art. 37. La pubblica amministrazione diretta e indiretta di uno qualsiasi delle Poteri dell'Unione, degli Stati, del Distretto Federale e dei Comuni osserverà i principi di legalità, impersonalità, moralità, pubblicità ed efficienza e, inoltre, i seguenti: [...] VII - il diritto di sciopero sarà esercitato nei termini e nei limiti definiti da una legge specifica».

Il comma VII è stato modificato dall'emendamento costituzionale n. 19 del 4 giugno 1998. La precedente formulazione del comma VII, dell'art. 37 della Costituzione federale del 1988 stabiliva «il diritto di sciopero sarà esercitato nei termini e nei limiti definiti da una legge complementare».

48 «Art. 142. Le forze armate, costituite dalla Marina, dall'Esercito e dall'Aeronautica, sono istituzioni nazionali permanenti e regolari, organizzate in base alla gerarchia e alla disciplina, sotto l'autorità suprema del presidente della Repubblica, e intendono difendere la Nazione, la garanzia dei poteri costituzionali e, su iniziativa di uno di questi, della legge e dell'ordine. [...] § 3. I membri delle Forze Armate sono chiamati militari, a cui si applicano le seguenti disposizioni, oltre a quelle che possono essere stabilite dalla legge: [...] IV - sindacalizzazione e scioperi sono vietati ai militari».

Il comma IV è stato aggiunto dall'emendamento costituzionale n. 18 del 5 febbraio 1998.

49 Sebbene la legge n. 7783, del 28 giugno 1989, si riferisca all'art. 16, che non si applica ai pubblici dipendenti statuari, è possibile che nel giudizio sul decreto ingiuntivo n. 670, la Corte Federale Suprema ne riconosca la sua applicazione fino a quando il Congresso Nazionale non interverrà sugli stessi con una legge specifica.

Come già accennato, i conflitti collettivi di lavoro possono essere risolti dall'autocomposizione (mediante la procedura di negoziazione collettiva del lavoro viene raggiunto un contratto collettivo di lavoro o un accordo collettivo di lavoro), e dall'eterocomposizione (attraverso l'arbitrato viene richiesto il lodo arbitrale e attraverso il procedimento giurisdizionale, chiamato "conflitto collettivo", viene pronunciata la sentenza normativa).

Esiste anche una mediazione come tentativo di composizione il conflitto. In questi casi il mediatore si limita a consigliare, non imponendo alcuna soluzione alle parti in conflitto.

La cosiddetta *autodifesa*, tuttavia, fa parte della procedura di maggiore pressione nei conflitti collettivi di lavoro: per la categoria professionale, al fine di ricercare migliori condizioni di lavoro e migliori salari, lo sciopero è lo strumento più "radicale"; per la categoria economica (datori di lavoro), attraverso procedure che mirano a frustrare la contrattazione o ad ostacolare l'accoglimento delle rivendicazioni dei dipendenti, come il *lock out* (serrata) che è vietato dall'ordinamento brasiliano⁵⁰.

Pertanto, il concetto previsto dall'art. 2 della legge n. 7783 del 1989 è inteso come corretto e perfettamente adatto a un sistema di libertà sindacale. L'esercizio del diritto di sciopero esiste solo collettivamente, temporaneamente e pacificamente, contro un datore di lavoro. Dal punto di vista legale, non esiste sciopero che non abbia limiti formali e materiali, né sciopero che non sia uno strumento di pressione contro i datori di lavoro per la ricerca di migliori condizioni di lavoro e migliori salari. Qualsiasi sciopero che abbia un altro obiettivo che non sia di natura lavoristica e non sia rivolto contro un datore di lavoro, non può essere considerato sciopero alla luce del sistema di libertà sindacale di uno stato democratico di diritto.

In ogni caso, l'esercizio del diritto di sciopero, in quanto coinvolge principalmente soggetti terzi, deve rispettare alcuni limiti. La legislazione impone questi limiti.

Gli scioperi non sono consentiti nel corso di vigenza della disciplina collettiva, in quanto si tratta di uno strumento di pressione di fronte a negoziazioni infruttuose (art. 3, della legge n. 7783 del 1989). Lo sciopero nella vigenza della norma collettiva è ammesso in due condizioni eccezionali: l'obbligo di rispettare una clausola o condizione, e la sopravvenienza di un nuovo fatto o evento imprevisto che modifichi sostanzialmente il rapporto di lavoro (art. 14, commi I e II, della legge n. 7783 del 1989). Lo sciopero in vigore di una norma collettiva, esercitato con l'inosservanza delle norme legali e continuato dopo la

50 Vedi l'art. 17 della Legge n. 7783, del 28 giugno 1989: «È vietato interrompere le attività, su iniziativa del datore di lavoro, al fine di pregiudicare le trattative od ostacolare l'accoglimento delle rivendicazioni dei dipendenti (*lockout*).

Paragrafo unico. La pratica di cui al caput garantisce ai lavoratori il diritto a ricevere salari durante il periodo di interruzione».

conclusione di un accordo, una convenzione o una decisione del Tribunale del Lavoro, è considerato abusivo (art. 14, della legge n. 7783 del 1989).

La proclamazione dello sciopero deve essere comunicata al datore di lavoro corrispondente o ai datori di lavoro entro 48 (quarantotto) ore (art. 3, comma unico, della legge n. 7783 del 1989). Nel caso di attività essenziali (art. 10, della legge n. 7783 del 1989), tale comunicazione deve essere rivolta ai datori di lavoro e agli utenti con almeno 72 (settantadue) ore di anticipo (art. 13, della legge n. 7783 del 1989).

L'organizzazione sindacale ha la prerogativa e l'obbligo di convocare la categoria per deliberare sull'inizio e la cessazione dello sciopero (art. 4, della legge n. 7783 del 1989), nonché rappresentare gli interessi di questa stessa categoria nelle negoziazioni o dinanzi alla giustizia del lavoro (articolo 5 della legge n. 7783 del 1989).

Nella misura in cui lo sciopero deve essere pacifico, trattandosi di uno strumento legittimo di pressione da parte dei dipendenti nella ricerca di migliori condizioni di lavoro e salariali, la legge definisce diritti, obblighi e responsabilità dei dipendenti, datori di lavoro e anche terzi (art. 6, della legge n. 7783 del 1989). Le responsabilità possono essere di tipo lavoristico, civili o penali (art. 15, della legge n. 7783 del 1989).

Come regola generale, lo sciopero sospende la prestazione di lavoro degli scioperanti, posto che, in assenza di prestazione, non vi può essere retribuzione. Tuttavia, il pagamento dei "giorni liberi" può essere oggetto di contrattazione collettiva, arbitrato o decisioni collettive (art. 7 della legge n. 7783 del 1989). In ogni caso, la risoluzione dei rapporti degli scioperanti e l'assunzione di sostituti (art. 7, unico comma, della legge n. 7783 del 1989) è vietata, salvo il caso in cui squadre di dipendenti assicurino i servizi la cui interruzione potrebbe comportare un danno irreparabile (art. 9, della legge n. 7783 del 1989), una quota minima di dipendenti in attività essenziali (art. 11, della legge n. 7783 del 1989) o, ancora, in caso di mantenimento dell'attività in presenza di uno sciopero considerato abusivo (art. 14, della legge n. 7783 del 1989). In questi casi, oltre alla possibilità da parte dei datori di lavoro di assumere altri dipendenti (art. 9, comma unico, della legge n. 7783 del 1989), il Governo è tenuto ad assicurare la prestazione dei servizi essenziali (art. 12, della legge n. 7783 del 1989).

Infine, va notato che, nel 2005, vi è stato un tentativo di riforma del lavoro in Brasile. Creato il Forum Nazionale del Lavoro, ente tripartito che aveva la rappresentanza del governo, dei datori di lavoro e dei lavoratori, è stato elaborato un testo che, portato al Congresso Nazionale, ha generato la Proposta di modifica costituzionale n. 369 del 2005.

È noto che, con le successive crisi, iniziate sempre nel 2005 a partire dallo scandalo "*mensalão*", tale proposta non ha avuto seguito. Nel 2008 è stata approvata invece la legge n. 11648, con lo scopo di riconoscere le Centrali Sindacali e assegnare loro una parte del contributo sindacale.

Altre questioni, come la rappresentanza dei dipendenti nelle aziende, saranno affrontate nel prossimo paragrafo. Altri cambiamenti sono avvenuti solo nel 2017, con la riforma della legislazione del lavoro.

5. Dalla riforma della legislazione del lavoro del 2017 ai giorni nostri⁵¹

La legge n. 13467 del 13 luglio 2017 (in vigore dall'11 novembre dello stesso anno) ha dato attuazione, dopo quasi 30 anni, all'art. 11 della Costituzione della Repubblica, che si occupa della partecipazione dei lavoratori nelle imprese.

Gli articoli da 510-A a 510-D sono stati aggiunti al Testo Unico (CLT). Nelle aziende con più di duecento dipendenti, è garantita l'elezione di una commissione per rappresentarli al fine di promuovere il dialogo diretto con i datori di lavoro.

Lo scopo del precetto costituzionale e, ora, di quello legale, è quello di facilitare il dialogo tra dipendenti e datori di lavoro nelle aziende con più di duecento dipendenti. In tale ambito deve essere eletto un comitato (composto da tre membri nelle aziende da duecento a tremila dipendenti; cinque membri nelle aziende da tremila a cinquemila dipendenti; sette membri nelle aziende con più di cinquemila dipendenti). In caso di dipendenti presenti in Stati diversi del Brasile, saranno istituite diverse commissioni in ogni stabilimento.

La commissione ha la responsabilità di rappresentare i dipendenti dinanzi all'azienda, migliorare le relazioni tra datori di lavoro e dipendenti, promuovere il dialogo, risolvere i conflitti, garantire un trattamento equo dei dipendenti, prevenire qualsiasi forma di discriminazione, inoltrare i reclami dei dipendenti al datore di lavoro e monitorare l'osservanza della legislazione.

La commissione organizzerà le sue attività e le decisioni, sempre collegiali, che saranno assunte a maggioranza semplice.

La legge si occupa anche delle regole per l'elezione della commissione, del mandato (di durata annuale) e delle regole per l'esecuzione del contratto di lavoro, che non può essere sospeso o interrotto. Il membro che ha esercitato la funzione di rappresentante dei dipendenti non può essere candidato nei due periodi successivi. Ai membri della commissione viene garantita la stabilità del rapporto di lavoro dalla registrazione della candidatura e, se eletti, fino ad un anno dopo la fine del loro mandato.

I documenti elettorali devono essere conservati per cinque anni, rimanendo a disposizione di qualsiasi dipendente interessato o autorità competente.

51 La parte che esamina la riforma del lavoro del 2017 si basa sul volume D. FINCATO, G. STÜRMER, *Riforma lavoristica semplificata: commentario alla legge n. 13467/2017*, Porto Alegre, EDIPUCRS, 2019.

La rappresentanza dei dipendenti nelle imprese, prevista dalla Costituzione, potrebbe e può essere creata anche attraverso la norma collettiva, dovendosi ritenere non necessaria la sua costituzione in forza della norma di legge.

Per quanto riguarda il contributo sindacale, esaminato nel paragrafo precedente, è stato confermato dalla riforma del lavoro, ma non è più obbligatorio. La regola generale prevista dalla nuova formulazione dell'art. 545 prevede che: «I datori di lavoro sono tenuti a detrarre dalla retribuzione dei dipendenti, a condizione che siano debitamente autorizzati dagli stessi, i contributi dovuti al sindacato, quando notificati».

La nuova formulazione degli artt. 578 e 579 del Testo Unico (CLT) prevede quanto segue:

«Art. 578. I contributi dovuti ai sindacati dai partecipanti delle categorie economiche o professionali o delle professioni liberali rappresentate dalle organizzazioni indicate, saranno, sotto il nome di contributo sindacale, pagati, raccolti e applicati secondo le modalità stabilite nel presente capitolo, purché precedentemente ed espressamente autorizzati»; «Art. 579. La trattenuta del contributo sindacale è soggetta all'autorizzazione preventiva ed esplicita di coloro che partecipano a una determinata categoria economica o professionale, o una libera professione, a favore del sindacato rappresentativo della stessa categoria o professione o, se non esistente, in conformità con le disposizioni dell'art. 591 del Testo Unico».

L'aspetto di maggiore rilievo della riforma della legislazione lavoristica, attuata dalla legge n. 13467 del 2017, risiede nell'eliminazione del contributo obbligatorio ai sindacati, noto anche come imposta sindacale.

Oltre a modernizzare i rapporti di lavoro, l'estinzione del contributo obbligatorio, che rimane in vigore per coloro che vogliono contribuire, sancirà sicuramente la fine dei precedenti sindacati e il "cartorialismo" sindacale che mantiene in vita "sindacati" che non rappresentano la categoria, ma solo l'interesse dei "leader" che si perpetuano al potere. D'altro lato, l'esistenza esorbitante di oltre diciassettemila sindacati, tra quelli dei datori di lavoro e lavoratori, non può essere tollerata. Il cambiamento dovrebbe essere applaudito in ragione del suo impatto positivo sul futuro delle relazioni sindacali in Brasile. Pertanto, i datori di lavoro saranno tenuti a detrarre dalla retribuzione dei dipendenti i contributi sindacali, quando regolarmente notificati, a condizione che siano debitamente autorizzati dagli stessi lavoratori.

Qualsiasi contributo sindacale, sia della categoria economica (sindacato dei datori di lavoro), professionale (sindacato dei lavoratori dipendenti), o autonomo e professionisti autonomi, deve essere espressamente autorizzato per poter essere corrisposto.

L'autorizzazione cui la legge si riferisce è personale, individuale e scritta. Le previsioni che regolano l'autorizzazione personale sono contenute nella nuova formulazione degli artt. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 del CLT.

L'art. 604, che prevedeva l'esibizione della ricevuta dei contributi sindacali, è stato abrogato.

È anche importante menzionare l'art. 611-B del CLT, aggiunto dalla legge n. 13467 del 2017, che prevede espressamente:

«Si considera oggetto illecito di un contratto collettivo o di un accordo di contrattazione collettiva esclusivamente la soppressione o la riduzione dei seguenti diritti: [...] XXVI - libertà di associazione professionale o sindacale del lavoratore, incluso il diritto a non subire, senza il suo consenso espresso e preventivo, qualsiasi onere o trattenuta salariale previsti in un contratto collettivo o in un accordo collettivo di lavoro».

È evidente l'intenzione del legislatore ordinario di percorrere la strada della libertà sindacale, che ancora non esiste pienamente in Brasile.

In tale contesto, il decreto provvisorio n. 873 del 3 gennaio 2019, scaduto il 28 giugno 2019, è considerato superfluo ed inutile, poiché la corretta interpretazione degli articoli relativi ai contributi sindacali, come modificati dalla legge 13467 del 2017, già chiarisce la necessità di un'autorizzazione individuale, espressa e preventiva, per qualsiasi trattenuta.

In questo senso si è già espressa la Corte Suprema Federale nell'Azione Diretta di Incostituzionalità n° 5794-DF, giudicata nel giugno del 2018.

Per quanto riguarda la contrattazione collettiva, sono stati aggiunti gli artt. 611-A e 611-B, con riferimento alla prevalenza della contrattazione collettiva sulla legge, nonché alle questioni che non possono essere oggetto di contrattazione collettiva.

Si è molto dibattuto, soprattutto negli organi di stampa, sull'espressione "*negociado sobre legislado*" (prevalenza della contrattazione sulla legge) per riferirsi alla riforma del lavoro del 2017. L'origine del testo legislativo, inviato dall'Esecutivo al Congresso Nazionale alla fine del 2016, interveniva specificamente sulla contrattazione collettiva di lavoro.

Ciò che l'art. 611-A prevede è che il contratto collettivo di lavoro e l'accordo collettivo prevalgono sulla legge quando, tra l'altro, intervengono su:

- I - orario di lavoro, nel rispetto dei limiti costituzionali;
- II - banca annuale delle ore;
- III - pausa infragiornaliera, rispettando il limite minimo di trenta minuti per le giornate lavorative superiori a sei ore;
- IV - adesione al programma di assicurazione contro la disoccupazione;
- V - piano lavorativo e salariale e identificazione delle funzioni fiduciarie;
- VI - regolamentazione delle imprese;
- VII - rappresentanza dei lavoratori sul luogo di lavoro;
- VIII - telelavoro, lavoro di guardia e lavoro intermittente;
- IX - remunerazione per produttività, comprese le mance e la remunerazione per le prestazioni individuali;
- X - modalità di registrazione dell'orario di lavoro;

XI - cambio dei giorni festivi;

XII - classificazione del grado di insalubrità;

XIII - estensione dell'orario di lavoro in ambienti malsani, senza previa autorizzazione delle autorità competenti del Ministero del Lavoro;

XIV - premi incentivanti tramite beni o servizi;

XV - partecipazione agli utili e ai risultati dell'azienda.

La possibilità, per la contrattazione collettiva, di intervenire sulle materie sopra indicate, ad eccezione dell'inquadramento del grado di insalubrità che costituisce una questione tecnica, riduce la burocrazia e facilita la relazione tra datori di lavoro e dipendenti. La contrattazione collettiva si svolge per settore e per base territoriale, che, in un paese con diverse attività e di dimensioni continentali come il Brasile, è altamente positivo. La rigidità della legge limita infatti le possibilità e le condizioni di prevedere regole diversificate per ogni categoria e luogo.

I commi da 1 a 5 prevedono l'esame e l'interpretazione del contratto o dell'accordo collettivo di lavoro, come previsto al paragrafo 3 dell'art. 8, già esaminato.

Non è necessaria l'indicazione esplicita delle contropartite reciproche nella disciplina collettiva, non derivandone alcuna nullità, non trattandosi di un vizio del negozio giuridico, il che è positivo.

È anche importante notare che, in caso di accordo su una clausola che riduce i salari o le ore della giornata, la norma collettiva dovrà prevedere la protezione dei dipendenti contro il licenziamento non motivato, durante il relativo periodo di vigenza.

In caso di ricorso per annullamento di una clausola collettiva, quando esiste una clausola corrispettiva, anche questa deve essere annullata, senza ripetizione dell'indebito. In questi casi, i sindacati che hanno aderito alla regola collettiva, devono partecipare all'azione come consulenti necessari.

L'art. 611-B elenca le ipotesi che non possono essere oggetto di contrattazione collettiva. Questo elenco, con trenta sottosezioni, si riferisce alle clausole inderogabili contenute nell'art. 7 della Costituzione della Repubblica e alle norme in materia di salute, igiene e sicurezza sul lavoro.

Il comma unico di questa norma, per legittimare le modifiche in tema di orario di lavoro, prevede che la relativa disciplina non si inquadra tra le norme di igiene, salute e sicurezza sul lavoro.

Il comma 3 dell'art. 614 è stato modificato per includere il divieto di ultrattività delle regole collettive. Ciò significa che, scaduto un contratto collettivo di lavoro o un accordo collettivo (che ha una durata massima di due anni), in assenza di un nuovo contratto collettivo e nuova regola di immediata applicazione, le disposizioni previste dai contratti scaduti non sono più applicabili ai singoli contratti individuali di lavoro.

L'art. 620 è stato modificato per prevedere che le condizioni previste da un accordo collettivo più limitato e specifico, che si occupi della contrattazione

collettiva tra l'azienda e il sindacato dei lavoratori, prevarranno su quelle previste in un contratto collettivo di livello superiore che si occupa della contrattazione collettiva tra i sindacati e applicabile a tutta la categoria.

Non sono mancati altri importanti cambiamenti legislativi per il diritto del lavoro. La legge n. 13874 del 20 settembre 2019, che ha istituito la dichiarazione dei diritti di libertà economica e stabilito garanzie di libero mercato, ha apportato lievi modifiche alla legislazione del lavoro, ma nessuna di tali novità riguarda l'ambito di applicazione del diritto collettivo del lavoro. D'altra parte, è stato emanato il decreto n. 9944 del 30 luglio 2019, che prevede il Consiglio Nazionale del Lavoro e istituisce la Commissione Tripartita Permanente. Tra gli altri obiettivi degli organi comuni, vi è quello di incoraggiare la contrattazione collettiva e il dialogo sociale, come meccanismi per la risoluzione dei conflitti.

Infine, al momento della redazione di questo testo, era in corso il dibattito sulla riforma e la libertà sindacale in Brasile. Sono state create diverse commissioni a tale scopo e, recentemente, con carattere ufficiale, l'ordinanza n. 1001 del 4 settembre 2019, ha istituito l'Alto Gruppo di Studi su Lavoro - GAET, nell'ambito del segretariato speciale per la sicurezza sociale e il lavoro del Ministero dell'Economia, con l'obiettivo di valutare il mercato del lavoro brasiliano dal punto di vista della modernizzazione dei rapporti di lavoro e delle questioni connesse.

Il GAET ha quattro gruppi tematici, vale a dire: Gruppo di Studio Economico e del Lavoro; Gruppo di Studio sul Diritto del Lavoro e Sicurezza Giuridica; Gruppo di Studio su Lavoro e Previdenza; e il Gruppo di Studio sulla Libertà Sindacale.

Quest'ultimo, che riguarda il presente contributo, si occuperà della contrattazione collettiva, della rappresentatività nella contrattazione collettiva e della registrazione sindacale.

È considerato grave e preoccupante che un gruppo il cui nome sia "Libertà Sindacale" non abbia come tema principale la ratifica della Convenzione 87 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 1948. Il Brasile è già in ritardo di settant'anni. Non è ragionevole che, dinanzi alla possibilità di attuare la libertà sindacale in Brasile, con la ratifica del Trattato Internazionale su Diritti Umani (Convenzione ILO 87) che potrebbe essere recepito mediante un Emendamento Costituzionale (art. 5, § 3 della Costituzione della repubblica), ancora una volta, a causa d'interessi oscuri, si perda l'opportunità di farlo.

Il futuro del sindacalismo in Brasile è sconosciuto. Sfortunatamente, il suo passato e il presente sono noti. Il ruolo dello scienziato del diritto è quello di indicare il futuro per raggiungere migliori condizioni di vita e di lavoro per la società. Questo futuro - vale la pena ribadirlo - prevede la realizzazione della libertà sindacale. L'attuazione della libertà di associazione, a sua volta, richiede la ratifica della Convenzione 87 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro.

6. Considerazioni finali

Questo testo, elaborato per far parte di un volume che affronta questioni scottanti del diritto del lavoro, come la subordinazione, il potere di controllo, la salute e la sicurezza, ha imposto, a chi scrive, di affrontare la tematica del diritto collettivo e sindacale in Brasile.

Dopo aver approfondito la questione, con l'analisi dell'evoluzione storica fin dalle sue origini e, alla luce dell'insegnamento dei classici, dividendo i periodi in origine, proclamazione della repubblica, rivoluzione del 1930, Costituzione del 1988 e, infine, il periodo post-riforma del 2017, la conclusione è che, in questi tempi in cui la questione della libertà sindacale in Brasile viene nuovamente dibattuta, le discussioni sull'argomento non avranno alcun valore se, ancora una volta, alla luce d'interessi corporativi e oscuri, il Brasile non ratificherà la più importante Convenzione dell'OIL.

È giunto il momento per una convergenza degli organi tripartiti (governo, datori di lavoro e dipendenti), interessati al bene più grande, che è quello collettivo e, soprattutto, delle generazioni future, in modo da sostenere con urgenza al Congresso Nazionale l'interesse a recepire la Convenzione ILO 87, un Trattato sui Diritti Umani, la cui approvazione spetta alle due assemblee legislative (Camera dei Deputati e Senato Federale), in due turni con maggioranza di tre quinti dei membri di ciascuna assemblea.

In questo modo, la Convenzione 87 farà parte dell'ordinamento giuridico con forza di modifica costituzionale e con il potere di adeguare la legislazione ordinaria su tutte le questioni e gli istituti contrari alla libertà sindacale. La posizione degli operatori del diritto del lavoro non può essere diversa se si battono davvero per una società e per un futuro migliore per le generazioni future.

Qualificazione del rapporto e subordinazione

Thereza Christina Nabas

SOMMARIO: 1. Alcune annotazioni sulla disciplina nazionale dei rapporti di lavoro. – 2. La subordinazione nel contesto della legislazione nazionale. – 3. Uno scenario di cambiamenti. – 4. La subordinazione nel quadro delle riforme del lavoro. – 5. Conclusioni.

1. Alcune annotazioni sulla disciplina nazionale dei rapporti di lavoro

Negli ultimi anni, diverse riforme legislative sono state introdotte nell'ordinamento brasiliano. Queste riforme sono intervenute su questioni specifiche e limitate fino a quando nel 2017 è stata realizzata una profonda modifica delle regole fondamentali del diritto del lavoro a tutti i livelli, vale a dire individuali, collettivi e processuali. In verità, questa riforma non si è preoccupata di adeguare la disciplina del contratto di lavoro tradizionale regolato dal testo unico delle leggi sul lavoro (*Consolidação das Leis do Trabalho*, d'ora in poi CLT), che disciplina unicamente il contratto di lavoro subordinato. Vale la pena notare che questa normativa esclude dal suo campo di applicazione qualsiasi contratto il cui scopo sia quello di fornire prestazioni diverse da quelle oggetto del contratto di lavoro subordinato in senso stretto¹.

È vero che le riforme in ambito lavoristico sono state realizzate anche in diversi paesi occidentali e sono aumentate principalmente dopo la crisi dei *subprime* del 2008, dovendosi notare che, anche i paesi dell'Unione Europea, ancor prima di questa crisi, avevano già sperimentato, con molte differenze, l'impatto sulla stabilità dei rapporti di lavoro del Libro Verde del 2006². E ciò, in attuazione

1 È importante notare che, al momento della stesura di questo scritto, era stato istituito dal governo brasiliano un gruppo di studio (ordinanza n. 1001 del 9 aprile 2019) che deve completare la proposta di riforma entro 90 giorni a partire dal 5 settembre 2019. Al termine della stesura di questo lavoro non constano notizie sul possibile impatto di questa proposta sull'argomento qui esaminato.

2 In un'intervista di U. ROMAGNOLI sui *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, l'Autore descrive il diritto del lavoro come «un edificio costruito in un'area ad alto rischio sismico, che è sempre stato obbligato ad affrontare le logiche del mercato in grado di farlo crollare. Tuttavia, le difficoltà incontrate non smettono mai di aumentare, al punto che prima ancora della fine del secolo che ha sancito la sua affermazione, alcuni di noi avevano già

di politiche liberali e del necessario equilibrio tra sfera sociale ed economica, avrebbe dovuto condurre, in coerenza con gli obiettivi dello stato sociale, alla realizzazione della *flexicurity* dei rapporti di lavoro, ovvero un modo per rendere il contratto di lavoro più flessibile e adattabile alle crisi economiche³.

Sebbene il legislatore non lo dica espressamente, l'agenda della riforma brasiliana si basava sull'intento di rispettare l'agenda economica internazionale⁴ con l'evidente intenzione di inserire il Brasile nel mercato estero⁵. Nel 2018, la Banca Mondiale ha pubblicato l'agenda delle riforme per il Brasile, con cui ha identificato le strozzature dell'economia nazionale e indicato le sfide che il paese dovrebbe affrontare. In questo scenario, l'agenda ha indicato tre sfide principali:

-
- iniziato a chiedersi quanto tempo manca per la sua completa demolizione» (U. ROMAGNOLI, G. CAZZETTA, *Sobre la Crisis del Derecho Laboral (una entrevista)*, in *Revista de Derecho Social*, Editoriale Bomarzo, España, n° 80, Ottobre-Dicembre, 2017, p. 14).
- 3 Il Libro Verde dal titolo *Modernizzare il diritto del lavoro per affrontare le sfide del XXI secolo*, di iniziativa della Commissione dell'Unione Europea e pubblicato il 22 novembre 2006, era destinato a modernizzare i rapporti di lavoro, sul presupposto che il modello tradizionale di regolazione dei rapporti di lavoro non fosse più adatto ai cambiamenti e alle opportunità offerti dalla globalizzazione. Condizioni di lavoro eccessivamente protettive possono scoraggiare le assunzioni da parte dei datori di lavoro durante i periodi di ripresa economica. Il documento ritiene che «Modelli alternativi di rapporti contrattuali possono rafforzare la capacità delle imprese a sviluppare la creatività del loro personale nel suo insieme e a sviluppare i vantaggi concorrenziali». Il Libro Verde si sofferma sulle riforme attuate a partire dagli anni 90 che miravano a rendere le norme vigenti più flessibili al fine di soddisfare la diversità dei rapporti contrattuali: «La finalità di queste riforme era di sviluppare una flessibilità "marginale" vale a dire di instaurare forme di occupazione più flessibili con una minore tutela contro il licenziamento, al fine di facilitare l'accesso di nuovi venuti e di soggetti alla ricerca di un lavoro in posizione di svantaggio nel mercato del lavoro, consentendo, a coloro che lo desideravano, di avere una maggiore scelta in materia di opportunità di lavoro. I mercati del lavoro sono divenuti di conseguenza sempre più segmentati» (Libro Verde della Commissione, del 22 novembre 2006, dal titolo *Modernizzare il diritto del lavoro per affrontare le sfide del XXI secolo*, COM(2006) 708, in eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10312).
 - 4 Nel rapporto sul Brasile, l'OCSE sottolinea le difficoltà del paese a integrarsi nell'economia globale, e tra queste, la lotta alla corruzione, l'integrazione regionale e l'economia mondiale, le sfide della crescita verde, la lotta alla disuguaglianza nel mercato del lavoro che nel Brasile è maggiore del 10% rispetto a quella dei paesi che integrano l'OCSE, l'informalità nel mercato del lavoro, la povertà, l'insufficiente livello di istruzione che rende difficile per i lavoratori brasiliani integrarsi nei nuovi mercati, la stagnazione della produttività del lavoro (Rapporti economici OCSE - Brasile, febbraio 2018, disponibili su <https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>, consultato a settembre 2019).
 - 5 Nel 2017 il Brasile ha formalmente chiesto di aderire all'OCSE. Nella settimana del 21 marzo 2019, durante una visita del presidente brasiliano negli Stati Uniti, quest'ultimo paese ha offerto sostegno alla richiesta a condizione che il Brasile offrisse concessioni unilaterali agli americani (come l'ingresso libero dei cittadini americani in Brasile senza condizione di reciprocità) e rinunciasse alle prerogative offerte dal WTO ai paesi in via di sviluppo. Al momento della stesura di questo scritto, il Brasile non è ancora membro dell'OCSE.

i) squilibrio fiscale; ii) mancanza di crescita sostenuta della produttività; iii) disuguaglianza sociale ed economica.

Lo sviluppo arriva con l'occupazione: «Questa semplice frase riassume una solita realtà: che il lavoro consente alle persone con risorse limitate di superare la povertà, e che l'espansione del lavoro produttivo e dignitoso è dovuta alla crescita e alla diversificazione di queste economie. Per tutti i paesi, qualunque sia il loro livello di sviluppo, l'aumento della prosperità, inclusione e coesione sociale in modo sostenibile e in crescita può contare su un approvvigionamento sufficiente di cibo. Quando c'è una carenza di strumenti, la durata della vita disponibile mantiene le persone in condizioni di povertà, c'è meno crescita, meno sicurezza e meno sviluppo umano ed economico»⁶.

In uno studio condotto dall'OCSE sulla mobilità sociale, il Brasile è stato individuato come un paese con un "ascensore sociale" rotto, ovvero è improbabile che le persone che hanno un reddito inferiore riescano ad aumentare il proprio reddito, mentre quelle con un reddito maggiore permangono in tale condizione; il che implica una mancanza di mobilità sociale e la perdita di molti talenti, un fattore che ostacola la potenziale crescita economica. Si stima che una persona nata in una famiglia a basso reddito, impiegherà nove generazioni per raggiungere un reddito medio, il che «riduce l'aspettativa di vita, il benessere e la coesione sociale. La mobilità sociale è bassa nella parte inferiore della popolazione: "pavimenti appiccicosi" impediscono alle persone di arrampicarsi, e persino più in basso nella parte superiore: i soffitti sono "appiccicosi". Inoltre, vi è un rischio sostanziale per le famiglie a medio reddito di scivolare verso il basso reddito e la povertà durante il loro ciclo di vita»⁷.

Uno dei maggiori ostacoli in Brasile è proprio la capacità di conciliare le regole della CLT con una realtà per la quale il Paese non è preparato, ovvero l'interferenza della tecnologia nei mezzi di produzione e i nuovi modelli di *business*, siano essi tecnologici o no. Il nuovo modello di società e principalmente le reti di produzione globali, nonché le crisi politiche ed economiche che il paese subisce, oltre alla recessione economica, sono stati certamente la ragione principale delle riforme legislative che, con quella del 2017, hanno collocato il diritto di lavoro al centro del dibattito nazionale. La riforma è stata attuata in funzione della modernizzazione dei rapporti di lavoro e dell'aumento dei livelli di occupazione, fattori che non sono stati verificati proprio perché una riforma legislativa non è sufficiente a rendere possibile questi cambiamenti, posto che a tale fine sarebbe necessario un insieme di politiche pubbliche coordinate.

6 OIT, *Nota Conceptual sobre la agenda de desarrollo post 2015: la importancia del empleo y los medios de vida en la agenda para el desarrollo con posterioridad a 2015*, in https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/statements-and-speeches/WCMS_206443/lang-es/index.htm (consultato ad agosto 2019).

7 in <https://www.oecd.org/brazil/social-mobility-2018-BRA-PT.pdf> (consultato ad agosto 2019).

È indiscutibile che la CLT abbia la sua importanza storica e che si presenti come il *corpus* legislativo che tutela i diritti fondamentali dei lavoratori. Tuttavia, come suggerisce il nome, si tratta di una raccolta di leggi la cui intenzione era quella di riunire in un unico testo diverse normative inerenti i rapporti di lavoro; il che non impedisce la vigenza di altre leggi sparse che hanno la stessa importanza e effetti economici e giuridici sulla vita del lavoratore, come nel caso della legge del FGTS, che determina l'indennità dovuta in caso di licenziamento senza giusta causa del lavoratore, vale a dire un'indennità per la responsabilità oggettiva dovuta in caso di recesso del contratto.

Tuttavia, il modello di organizzazione aziendale non comprende più un singolo tipo di contratto, ovvero quello di lavoro subordinato. I cambiamenti sociali, economici e culturali, tutti influenzati dalle relazioni globali senza frontiere, hanno condotto a un profondo cambiamento nelle tipologie contrattuali. Come già accennato, i processi di globalizzazione avranno un impatto incisivo sui rapporti di lavoro. A causa dell'integrazione economica tra le aziende o della maggiore mobilità dei lavoratori a seguito di questi nuovi tipi di attività «tutti i tipi di globalizzazione esistenti hanno un punto in comune: la loro velocità di sviluppo è guidata e perfezionata dalla tecnologia, strumento che rende possibile una maggiore relazione tra i popoli e l'eliminazione dei confini. Questo fenomeno deriva dalla c.d. terza rivoluzione sociale, vale a dire la rivoluzione tecnologica, la cui diffusione coincide con lo scoppio delle due guerre mondiali. Il processo di comunicazione e informazione è più veloce ogni giorno e consente al capitale di circolare più velocemente. In tempo reale si può assistere ad eventi dal nord al sud del pianeta»⁸.

La tecnologia, e i progressi che dalla stessa derivano, sono l'arma principale dei processi globali, ed è una realtà che influisce sul modo in cui comprendiamo e studiamo il diritto del lavoro, che non si adatta più ai modelli tradizionali. Non si tratta di proteggere, in misura maggiore o minore, il lavoratore subordinato, ma di creare un metodo appropriato che consenta l'inclusione di tutti i tipi di lavoratori, in grado cioè di proteggere i rapporti di lavoro in cui la prestazione di lavoro proviene da un essere umano, indipendentemente dal grado di subordinazione o autonomia che ha rispetto a colui che riceve i frutti di quell'opera. Si tratta di disporre di un sistema giuridico, politico, economico e sociale che consenta il lavoro e che garantisca al lavoratore condizioni di lavoro e di vita dignitose⁹. Il lavoro non dovrebbe più essere visto come una componente della

8 T. C. NAHAS, *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado en las relaciones de trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Editorial Bomarzo, Albacete (España), 2016, p. 80.

9 L'uguaglianza e il lavoro dignitoso sono i pilastri dello sviluppo sostenibile. Secondo il rapporto dell'OIL, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: tendencias 2019*, «Nel 2018, la maggior parte dei 3300 milioni di persone occupate nel mondo soffriva di deficit di benessere materiale, sicurezza economica e pari opportunità e di mancanza di un sufficiente margine di sviluppo umano. Avere un lavoro non significa essere in grado di garantire sempre condizioni

lex mercatori, una visione che ha inquadrato il lavoro semplicemente come la controprestazione di un importo monetario.

Le aziende sono coinvolte in attività sovranazionali sulle cui trattative, spesso, gli stessi Paesi non possono interferire; motivo, questo, che spiega la crescente importanza degli organismi di controllo internazionali e la proposta di un nuovo ordine che consenta l'inclusione dei lavoratori come soggetti inseriti in nuovi modelli sociali e di mercato. È in questo senso che l'OIL ha pubblicato, nel suo centenario, ciò che può essere visto come una revisione di tutti i suoi principi e obiettivi, per adattarli al mutevole mondo del lavoro, dichiarando le sue intenzioni di mobilitare organizzazioni e governi per tracciare una nuova rotta per il futuro del lavoro¹⁰. In questa prospettiva, spiccano le seguenti sfere di azione¹¹:

- realizzazione effettiva della parità di genere in termini di opportunità e trattamento;
- promozione di un sistema efficace di apprendimento permanente e istruzione di qualità per tutti
- accesso universale alla protezione sociale generale sostenibile
- rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori
- diritto a un salario minimo adeguato
- previsione dei limiti massimi di orario di lavoro
- promozione della sicurezza e della salute sul lavoro
- formulazione di politiche di promozione del lavoro dignitoso e della produttività
- applicazione di politiche e misure che garantiscano la *privacy* e la protezione delle informazioni personali e che consentano di dare una risposta ai diritti e alle opportunità del mondo del lavoro in relazione alla trasformazione digitale del lavoro, comprese le attività svolte attraverso le piattaforme *online*.

Ciò che è imprescindibile per una protezione adeguata ed efficace, infatti, è che siano attuate azioni che possano consentire la crescita dei Paesi nella prospettiva dell'uguaglianza, prevenendo il *dumping* economico e sociale e promuovendo la crescita in modo eguale. Questo obiettivo può essere raggiunto solo combattendo l'informalità e stabilendo l'uguaglianza sociale, fattori che derivano da un'adeguata inclusione dei lavoratori.

di vita dignitose. Molti lavoratori si trovano nella situazione di dover accettare posti di lavoro poco attrattivi, informali e scarsamente retribuiti, con limitato accesso alle protezioni sociali e ai diritti del lavoro. È significativo che, nel 2018, 360 milioni di persone fossero lavoratori familiari ausiliari e che altri 1100 milioni di persone lavorassero per sé stessi, in attività di sussistenza svolte a causa della mancanza di opportunità di lavoro nel settore formale e/o dell'assenza di un sistema di protezione sociale» (disponibile su www.ilo.org, consultato a settembre 2019).

10 Dichiarazione del Centenario dell'OIL, in www.ilo.org (consultato ad agosto 2019).

11 108a Conferenza Internazionale del Lavoro, in www.ilo.org (consultato ad agosto 2019).

Ne deriva che è essenziale riconoscere ogni rapporto lavorativo, indipendentemente dal grado di subordinazione. È necessario incoraggiare l'adattamento ai mercati nazionali in modo che possano promuovere l'inclusione dei lavoratori indipendentemente dal tipo contrattuale concordato. Allo stesso tempo, non si può dimenticare che il Brasile ha un grande contingente di manodopera precaria e impreparata a far parte dei meccanismi delle nuove relazioni commerciali che si formano attraverso i processi di apertura commerciale e i movimenti finanziari globali. L'apertura economica e commerciale a cui il Paese si è sottoposto negli ultimi anni, soprattutto dal 2017, ha reso possibile un complesso di cambiamenti nei rapporti di lavoro che non fanno parte del sistema tradizionale, conseguenza, tra l'altro, della rivoluzione tecnologica.

Nel modello tradizionale di rapporto di lavoro, era possibile individuare esattamente i soggetti contraenti e il lavoratore aveva completa conoscenza esatta dell'organizzazione in cui era inserito. Questo modello ha iniziato a subire un processo di diluizione a causa della fornitura di servizi attraverso società terze che, nella vasta catena di produzione, hanno dato origine ad una situazione in cui il lavoratore non ha più la minima possibilità di sapere a chi è rivolta la prestazione lavorativa. Inoltre, queste trasformazioni generano una profonda frammentazione dei rapporti di lavoro, con la conseguenza che i lavoratori sono spesso inconsapevoli di coloro che lavorano nello stesso ambiente di lavoro.

Il sopraggiungere dell'economia collaborativa¹² ha fornito un modello ancora più peculiare, al punto da riunire diversi fornitori di servizi in un ambiente virtuale globale, comandato dai *bits* e da sistemi tecnologici complessi; un movimento incoraggiato dagli Stati di residenza dei lavoratori impegnati in tali processi, che in realtà diventano "padroni" del loro orario ed organizzazione che i lavoratori stessi si illudono di poter controllare.

La formazione di questi nuovi modelli di *business* che riconoscono apparentemente ai lavoratori l'autonomia di organizzare il proprio lavoro, unitamente alle varie trasformazioni sociali ed economiche, ha portato alla rottura del tradizionale modello di lavoro subordinato: il lavoratore non è subordinato all'organizzazione tecnologica secondo il modello tradizionale, che ha rappresentato la base per l'evoluzione del diritto del lavoro, e, sebbene la situazione giuridica sia formalmente quella della *subordinazione*, questo concetto non è più adeguato alla nuova realtà. Al di là di altri tipi di situazioni giuridiche derivanti da quello che identifico come nuovo modello aziendale, e degli spazi lasciati aperti dagli Stati, è necessario individuare esattamente i presupposti soggettivi di configurazione del rapporto di lavoro. È essenziale chiedersi cosa, perché e come i cambiamenti

12 «L'economia collaborativa è costituita da una serie di nuove attività che utilizzano internet per creare i contatti con i clienti e i fornitori di servizi al fine di concludere transazioni nel mondo reale, come l'affitto di appartamenti per brevi periodi, trasporto in auto, o lavori in casa» (I. SLEE, *Lo tuyo es mío: Contra la economía colaborativa*, Taurus, Spagna, 2016).

nella vita dei lavoratori e dei datori di lavoro dovrebbero essere interpretati, trattandosi di un fattore necessario per regolare adeguatamente tale rapporto, prevenendo gli sfruttamenti all'interno dello stesso o tra coloro che esercitano un'attività produttiva nel mercato.

Come sottolinea Eduardo Rojo, «la tecnologia consente il controllo del lavoro e del lavoratore (la tracciabilità del lavoro), e giacché – come riportato dal professor Ignacio Muro – “consente di controllare il tempo di lavoro effettivo di ogni persona in ogni momento; la geolocalizzazione fornisce l'identificazione del servizio; il dispositivo che supporta il lavoratore (sullo smartphone) consente di controllare la sua attività; gli algoritmi rendono più facile per l'utente/cliente (e per l'impresa che utilizza le informazioni) contribuire alla *valutazione democratica* del lavoro svolto (= possibile disattivazione del lavoratore); infine, le piattaforme sono quelle che assegnano il lavoro, lo condividono nella funzione dei profili e dei dati storici che accompagnano ogni lavoratore”»¹³.

Ciò che si può dedurre dal sistema brasiliano è che le riforme legislative presentate fino ad ora, sono state rivolte ad aspetti specifici della CLT, in quanto relative unicamente al lavoratore subordinato e alle imprese industriali, e cioè al soggetto che dipende legalmente da colui che lo assume e lo inserisce nell'organizzazione aziendale. Il sistema giuridico nazionale, formato dalla CLT e dalle relative riforme, finisce per emarginare altre relazioni giuridiche che si sono formate nelle società postindustriali e non hanno garantito una protezione più efficace per i rapporti di lavoro instaurati nel sistema tradizionale. I cosiddetti “nuovi” modelli sono emersi ogni giorno con maggiori risorse e derivano principalmente dalla scarsità di lavoro dipendente e dalla promozione dell'imprenditorialità e delle strutture rese possibili dal crescente uso della tecnologia¹⁴.

Questi cambiamenti strutturali sono stati osservati, non solo sul terreno imprenditoriale, ma anche in ambito operaio e nella crescita della classe che Guy Standing chiama “*precariato*”¹⁵. Mentre i concetti di dipendenza e subordinazione sono già definiti dalla giurisprudenza e dalla dottrina nazionali, anche con gli impatti delle divergenze di intese derivanti da relazioni commerciali esternalizzate, e che hanno dato origine alla teoria della subordinazione strutturale, è certo che, sia nell'ambiente di esternalizzazione, sia nel tradizionale rapporto di lavoro, c'è sempre stato un movimento pendolare tra ciò che è inteso come rapporto di lavoro subordinato e autonomo (a qualsiasi livello).

13 E. ROJO TORRECILLA, *Tecnología y relaciones laborales. La respuesta del Derecho del Trabajo a los cambios económicos y sociales (especial atención a la economía de las plataformas)*, in www.eduardorojotorrecilla.es (consultato a settembre 2019).

14 E.M. SIERRA BENÍTEZ, *El Transito de la Dependencia Industrial a la Dependencia Digital*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, http://ejcls.adapt.it/index.php/rjde_adapt/index, (consultato a settembre 2019).

15 G. STANDING, *El precariado (Ensayo (pasado Presente))*, Ediciones Pasado y Presente, Spagna, 2015.

Ciò che dovrebbe essere considerato, oltre a un sistema di tutele adeguate per il lavoratore soggetto ai modelli tradizionali di subordinazione che opera nell'ambito delle aziende più piccole o familiari, è proprio il nuovo aspetto della subordinazione, cioè la dipendenza tecnologica¹⁶, e come ridefinire la posizione del lavoratore in questi nuovi tipi di *business* globali che si stanno formando, mirando a uno studio del diritto del lavoro da una prospettiva più umana, in base alla quale ad ogni persona deve essere riconosciuto il diritto al lavoro e alla libertà di scegliere la propria professione in modo che, nonostante la crescita della robotizzazione e i relativi effetti sulla vita quotidiana, l'essere umano sia collocato al centro di tutte le attività politiche, sociali ed economiche.

A dicembre 2019, una importante decisione dal giudice dell'ottava Corte del Lavoro di San Paolo¹⁷ ha qualificato come rapporto di lavoro subordinato l'attività di consegna dei lavoratori della piattaforma Loggi. Tuttavia, la decisione è andata oltre il riconoscimento del rapporto subordinato con l'applicazione delle norme dalla CLT, affermando che l'azienda opera in concorrenza sleale nel mercato attraverso la sua attività. Il ragionamento si fondava sul tradizionale modello aziendale, come è agevole desumere dall'analisi dettagliata compiuta dal giudice, per concludere che il rapporto tra lavoratore e piattaforma digitale dev'essere inquadrato nel contesto del tradizionale rapporto di lavoro subordinato nel quale gli elementi contrattuali sono ben definiti: personalità, onerosità, abitudine e subordinazione. È possibile tuttavia individuare due equivoci nelle affermazioni compiute dal giudice nell'analisi del vincolo della subordinazione, vale a dire la configurazione dell'organizzazione aziendale basata sul modello di società di produzione verticale, nel quale la gestione funzionale è caratterizzata dal sistema gerarchico e le aziende hanno propria autonomia rispetto alle altre; una situazione che non si verifica nelle strutture aziendali dei nuovi modelli di organizzazione produttiva, nei quali l'organizzazione aziendale è orizzontale, il ciclo produttivo è assolutamente frammentato e la gestione aziendale favorisce l'autonomia funzionale. Un altro equivoco è il tipo di lavoro offerto e il modello di rapporto tra lavoratore e datore di lavoro, ove le regole del lavoro sono più flessibili e mutabili rispetto al tipo di rapporto disciplinato dalla CLT, e cioè la stretta subordinazione considerata nel contesto di un modello di attività al quale il lavoratore che utilizza la tecnologia non si adatta¹⁸.

16 E.M. SIERRA BENÍTEZ, *op. cit.*

17 Azione Civile Pubblica 1001058-88.2018.5.02.0008, 8ª Corte del Lavoro di San Paolo.

18 Al momento della conclusione di questo scritto, la decisione di questo procedimento era stata sospesa in attuazione della pronuncia del Tribunale Regionale del Lavoro, che aveva accolto il ricorso interpretativo contro la decisione del tribunale di primo grado sul presupposto che non può essere riconosciuta, nell'ambito di un'azione collettiva, il vincolo della subordinazione per i 15.000 lavoratori interessati dalla decisione, avendo deciso la sentenza interpretativa (*decisão liminar*) che ogni lavoratore ha il diritto, in linea di principio, di poter scegliere il tipo di rapporto più adeguato ai propri interessi: «Il rapporto di lavoro di 15.000 conducenti non può essere riconosciuto attraverso un'azione civile pubblica, avendo questa la funzione

Un'altra decisione importante, pubblicata il 27 gennaio 2020¹⁹, a seguito un'azione civile pubblica promossa dalla Procura della Repubblica contro IFood, ha concluso in senso assolutamente opposto, riconoscendo l'infondatezza della richiesta di accertamento della subordinazione in ragione del rapporto di autonomia dei lavoratori. È interessante notare che, rispetto alla precedente decisione, questa sentenza considera la questione da un'angolazione diversa e, dal mio punto di vista, più vicina alla nuova realtà aziendale. Il problema che ho appena menzionato è quello del nuovo modello di organizzazione aziendale orizzontale, che si distingue nel modello individuale del *Marketplace* primario e nel *Marketplace* secondario: il primo, nel quale le consegne vengono effettuate direttamente dai ristoranti senza la partecipazione di partner registrati sulla piattaforma IFood; il secondo, nel quale i ristoranti non hanno strutture per la logistica e IFood offre il piano di "servizio completo", "disponibile sia sulla piattaforma IFood che sulla piattaforma Spoon Rocket"²⁰. La decisione si occupa anche di analizzare il modello dei fattorini indipendenti che consente a chiunque di registrarsi personalmente e direttamente sulla piattaforma fornita dalla società (*cloud*). Infine, la sentenza procede all'analisi del rapporto di lavoro vs. rapporto d'impiego e dei contratti che si avvicinano a quelli del rapporto di lavoro subordinato per concludere che l'autonomia nello svolgimento del lavoro e i mezzi adeguati utilizzati dal lavoratore per svolgere il servizio, finiscono per sottrarlo alla condizione del lavoratore subordinato, per inquadralo nella categoria del lavoro autonomo.

Tali decisioni – va detto – sono diametralmente opposte e sono state emanate in un periodo di due mesi all'interno della stessa regione nel territorio nazionale, confermando ciò che ho appena espresso: non sussiste un sistema adeguato e coerente in grado di regolare i rapporti tra questi nuovi tipi di aziende e i lavoratori che forniscono i servizi attraverso le piattaforme; l'evoluzione brasiliana nello studio della materia è assolutamente superata basandosi ancora sul modello industriale anteriore agli anni 70.

Entrambe le sentenze, con motivazioni estremamente rigorose e serie, indicano che, in effetti, non esiste un sistema giuridico adeguato a gestire i rapporti di lavoro tra lavoratore e società tecnologiche. Pertanto, spetta alla magistratura, nell'analisi dei casi presentati, partire dall'attuale sistema giuridico che, come affermato dall'ultima decisione, non garantisce alcun tipo di protezione sociale al lavoratore che è disposto a fornire servizi attraverso tali piattaforme. Tuttavia,

di accertare la sussistenza dell'obbligazione di fare o non fare, e non quella di riconoscere un rapporto di lavoro. Ogni lavoratore può essere subordinato, autonomo, ecc. Non tutti saranno subordinati e non tutti saranno autonomi. È necessario verificare le prove contenute negli atti di causa» (processo n. PetCiv n. 1003814-60.2019.5.02.0000, TRI/SP).

19 Processo n. 1000100-78-2019.5.02.0037, Giudice Shirley Aparecida de Souza Lobo Escobar, 37 ° Tribunale del Lavoro di San Paolo.

20 Processo n. 1000100-78-2019.5.02.0037, Giudice Shirley Aparecida de Souza Lobo Escobar.

è certo che le profonde differenze tra il rapporto di lavoro autonomo e subordinato, non contribuiscono alla formazione di un sistema di protezione sociale e del lavoro efficiente ed efficace, con il rischio, nell'applicazione di tali regole, di arrecare un danno agli stessi lavoratori brasiliani sul piano dell'occupabilità e dello sviluppo sociale ed economico, poiché le società tecnologiche non hanno bisogno di stabilirsi nel territorio nazionale per fornire la propria attività nel territorio, mentre sono soggette a un alto livello di concorrenza globale, per la quale non esiste un sistema coordinato tra i diversi paesi del mondo. È urgente capire che i lavoratori e i datori di lavoro delle piattaforme, così come quelli che generalmente ricorrono all'uso della tecnologia, non si adattano ai contorni definiti della CLT e ai contratti autonomi tradizionali, richiedendo, questo tipo di rapporti, una disciplina propria che dev'essere compresa dalle nuove strutture aziendali in modo da poter godere di un'adeguata protezione.

Insistere sul rimanere in silenzio nella costruzione di un sistema giuridico distinto, forzando l'analisi dei sistemi forgiati in base al modello delle organizzazioni imprenditoriali verticali, rappresenta, dal nostro punto di vista, una grande involuzione sociale ed economica, ponendosi in contrasto con le prospettive proposte principalmente dall'ILO e da OXFAM.

2. La subordinazione nel contesto della legislazione nazionale

La disciplina lavoristica brasiliana non definisce un concetto di subordinazione che potrebbe facilitare la costruzione di un'interpretazione maggiormente fondata sul contesto sociale anziché su una disposizione giuridica secondo i criteri della lettera della legge. La prospettiva qui accolta rispetto al tema, si fonda sull'applicazione del principio protettivo che deriva dalla protezione fornita dalla legge che fornisce al lavoratore un livello minimo di garanzia, in modo che possa godere di un minimo di dignità. L'elaborazione dei fattori che definiscono la figura del lavoratore deriva così dalla costruzione dello stesso diritto del lavoro stesso.

Come sottolinea Romita²¹, è praticamente unanime in Brasile l'opinione secondo la quale il diritto del lavoro protegge il lavoratore (subordinato, dipendente), in modo che il principio di protezione sia la sua spina dorsale, giustificandone la stessa esistenza. Il diritto del lavoro sarebbe stato creato per proteggere coloro che sono economicamente fragili²². È questo il motivo per cui la CLT ha disciplinato specificamente il rapporto di lavoro subordinato, fondando così il concetto che il

21 A. SAYAO ROMITA, *Proteção e Nível de Civilização*, in *Revista TRT 8ª Região*, Belém, v. 48, n° 95, lug-dic/2015, pp. 1-421.

22 Orlando Gomes ed Elson Gottschalk hanno analizzato a fondo i concetti di dipendenza e subordinazione, concludendo che il connotato della dipendenza ha dato origine a quattro significati: a) subordinazione giuridica o dipendenza gerarchica; b) dipendenza economica;

rapporto di lavoro è il *genus* da cui derivano due tipi distinti, vale a dire il rapporto di lavoro in senso stretto, o rapporto di lavoro (subordinato), e il rapporto di lavoro in senso lato, che comprende tutti gli altri tipi di rapporti nei quali è dedotta una prestazione personale d'opera senza l'elemento di subordinazione.

Il rapporto protetto e regolato dalla tradizionale legge brasiliana sul lavoro consiste in una relazione assistita da una serie di misure di protezione, che stabiliscono clausole contrattuali minime che favoriscono il lavoratore che presta l'attività in modo subordinato dietro retribuzione; queste regole si traducono e si materializzano in «privilegi legali giuridici. Il loro scopo principale è mitigare sul piano legale le disuguaglianze sociali, derivanti dalla diversità della situazione economica che prevale tra gli uomini»²³.

Pertanto, l'ambito di protezione della CLT è senza dubbio delimitato dalla costruzione dottrinale e giurisprudenziale formatasi nel corso degli anni, nell'ottica della produzione legislativa avviata con l'inizio del processo di industrializzazione nazionale tra gli anni 40 e 50. Esistono altri rapporti di lavoro che possono essere oggetto di altri tipi di contratto ai quali la legge brasiliana assegna nomi distinti, come i contratti di intermediazione²⁴, le commissioni commerciali²⁵, l'associazione in partecipazione (*parceria*)²⁶, la fornitura di servizi²⁷ e, recentemente, i microimprenditori²⁸. Per questi rapporti, il legislatore esclude espressamente l'applicazione del diritto del lavoro, equiparandoli all'imprenditore indipendente o al lavoratore autonomo.

c) dipendenza tecnica; d) dipendenza sociale (O. GOMES, E. GOTTSCHALK, *Curso de Direito do Trabalho*, Forense Editora, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1994, pp. 129-130).

23 O. GOMES, E. GOTTSCHALK, *op. cit.*, p. 128.

24 Si tratta del contratto in cui il contraente, in virtù di un mandato, di una prestazione di servizi o di qualsiasi altra relazione, si obbliga a concludere affari in favore dell'altro contraente colui e secondo le istruzioni dallo stesso ricevute. È disciplinato dagli artt. da 722 a 729 cod.civ.

25 Il contratto di commissione commerciale, regolato dagli artt. da 693 a 709 cod.civ., prevede che il commissario (rappresentante) acquisti o venda bene a proprio nome, ma a spese del committente (rappresentato).

26 È il contratto in base al quale due o più persone (partner) avviano un'attività con l'obiettivo di aumentare i profitti. È considerato un contratto societario *sui generis*. L'associazione in partecipazione rurale (*parceria rural*) è disciplinata dallo Statuto agricolo (*Estatuto da terra*) agli artt. 96 ss.. La legge n. 13352 del 2016 ha disciplinato il contratto di *parceria* per i saloni di bellezza.

27 È il contratto che si avvicina di più al contratto di lavoro, anche in ragione di alcuni diritti previsti dalla legge, come il preavviso e il risarcimento per il recesso senza giusta causa, mentre si distingue da esso proprio per il criterio della subordinazione e la maggiore autonomia delle parti. Il fornitore ha una maggiore libertà nell'organizzazione della fornitura delle attività e nell'adeguamento delle clausole contrattuali.

28 Il contratto regolato dalla legge complementare n. 128 del 2008 (che ha modificato la legge n. 123 del 2006, Legge Generale delle Micro e Piccole Imprese, creando la figura del Microimprenditore Individuale) consente al lavoratore di registrarsi come persona giuridica, pagando un'imposta fissa e mensile e con accesso alle prestazioni di sicurezza sociale. Questo sistema, meno burocratico, è stato creato proprio per consentire l'accesso al mercato per le persone che vogliono intraprendere un'attività ma non hanno le risorse economiche per

Va notato che non esiste una sistematizzazione nella legislazione nazionale relativa ai lavoratori semi-dipendenti o economicamente dipendenti. La disciplina limitativa legale finisce, così, per marginalizzare gran parte dei lavoratori, sollevando numerose questioni sulla natura dei rapporti contrattuali tra individui e aziende, individui e individui, o tra persone fisiche e giuridiche, tenuto conto della contiguità di tali fattispecie. Inoltre, la riforma del 2017 introduce espressamente una disposizione per escludere i lavoratori autonomi²⁹ dal campo di applicazione della disciplina del lavoro, con la conseguenza che la regolamentazione lavoristica del lavoro non dipendente deriva da altre leggi sparse. È anche certo che questa riforma ha avuto cura di delineare alcuni cambiamenti riguardanti, ad esempio, questioni relative all'orario di lavoro, ai salari, ai riposi. Tuttavia, non si è preso cura di affrontare questi problemi nell'ambito delle piattaforme digitali o nei lavori con l'uso della tecnologia, rimanendo insolte diverse questioni che derivano da queste nuove realtà. Nelle riforme attuate finora³⁰, non sono state introdotte misure in grado di affrontare questioni come la disoccupazione digitale, la formazione, la disuguaglianza salariale, la discriminazione, la disconnessione e l'orario di lavoro, la protezione sociale, la *silver economy*³¹, tra gli altri. Tuttavia, vale la pena menzionare la promulgazione del decreto n. 10133 del 26 novembre 2019, che istituisce un vero programma finalizzato all'invecchiamento attivo e sostenibile, e che è direttamente rivolto agli anziani. Il decreto si rivolge a una specifica sezione della popolazione la cui mancanza di programmi di inclusione sociale è nella stessa proporzione dei giovani. Il programma introdotto dal decreto affronta giustamente i problemi dell'inclusione digitale, dell'istruzione, salute e mobilità fisica degli anziani, tenendo conto di ciò che era già stato sottolineato nella relazione dell'OIL sul futuro del lavoro in Brasile e sulla necessità di creare misure per la cosiddetta *silver economy*. Resta da vedere se il programma sarà effettivamente attuato, sia nel senso dell'inclusione, non solo digitale, sia con riguardo all'uso delle tecnologie a favore dello

costituire una società secondo il modello tradizionale. La MEI consente ai lavoratori di aprire un conto corrente bancario aziendale, emettere fatture elettroniche e assumere dipendenti con tassazione ridotta. È la figura che si avvicina di più al lavoratore semi-dipendente.

29 L'art. 442-B CLT dispone che «La stipulazione del contratto con il lavoratore autonomo, una volta adempite dallo stesso tutte le formalità legali, con o senza esclusività, in forma continua o no, è incompatibile con la qualità del dipendente prevista dall'art. 3° di questo testo unico».

30 È importante sottolineare che, al momento della pubblicazione di questo scritto, è stato formato un comitato per elaborare una nuova riforma del lavoro, i cui termini di presentazione sono attualmente sconosciuti.

31 Programmi di inserimento e sostegno per le persone di età superiore ai 60 anni che nel 2020 costituiranno il 15% della popolazione brasiliana. Questa transizione demografica rappresenta un'importante punto di riferimento per l'economia attraverso programmi di inclusione e ricorso a questa manodopera che non necessariamente sarà pensionata, potendo, al contrario, costituire un fattore economico importante che mobiliterà sicuramente una parte importante del mercato del lavoro che dovrà prendersi cura di questa parte della popolazione.

sviluppo sostenibile, economico e sociale, che si rifletterà sicuramente in modo positivo sulla sicurezza e sulla previdenza sociale.

Questa resistenza all'evoluzione del concetto di subordinazione nel sistema brasiliano costituisce la logica conseguenza della lenta trasformazione dell'organizzazione aziendale brasiliana, del contesto poco favorevole all'attività d'impresa, della mancanza d'infrastrutture, dell'elevato livello di disuguaglianza sociale e della scarsa apertura commerciale; difficoltà, queste, segnalate dallo stesso governo come ostacoli allo sviluppo dell'economia nazionale³². Al contempo, è prevalente in dottrina e giurisprudenza, a causa della resistenza ai cambiamenti, la tesi secondo cui il concetto di subordinazione, nella legge brasiliana, si identifica nella condizione di dipendenza del lavoratore che è tipica del contratto di lavoro (subordinato e dipendente), e ciò in quanto il lavoratore è subordinato alla gerarchia dell'organizzazione, dell'istituzione o della società a cui è collegato. Pertanto, la natura del vincolo di sottoposizione al potere del datore di lavoro è intesa come *subordinazione giuridica*³³. In altre parole, ogni relazione di lavoro è stata trattata, indipendentemente dal contesto in cui è inserita, come lavoro subordinato tradizionale o autonomo; il che finisce per frustrare i tentativi di adattare questa nozione all'attuale contesto e alla nuova realtà sociale.

Si presume che il lavoratore ricavi dal contratto di lavoro, in una qualunque delle sue modalità e gradi di subordinazione, i mezzi della propria sussistenza, con la conseguenza che risulta impossibile attribuire al concetto di subordinazione il significato della mera dipendenza economica, dal momento che il legame che unisce il lavoratore al datore di lavoro va ben oltre questo aspetto. Il contratto di lavoro inserisce il lavoratore nell'organizzazione aziendale, sottoponendolo all'esercizio dei poteri del datore di lavoro, e «il potere è espresso attraverso la legge. Nelle società moderne, il potere è definito, giustificato, stabilizzato, istituzionalizzato per legge. La legge legittima i rapporti che li rendono accettabili [...] Il soggetto attivo è [...] il titolare del diritto soggettivo [...]

32 Rapporto economico OCSE (Brasile), febbraio 2018, in www.oecd.org/eco/surveys/economic-survey-brazil.htm (consultato a novembre 2019) e il Rapporto sulla crescita economica brasiliana - 2018/2023 (BNDS) (in www.bnds.org.br).

33 «La subordinazione giuridica non deve essere confusa con la dipendenza economica [...] si tratta del diritto generale di controllare l'attività altrui, di interromperla o attivarla a piacimento, di stabilire istruzioni senza necessità di controllare continuamente il valore tecnico del lavoro svolto, concludendo, esaustivamente, che la direzione e il controllo sono i due poli della subordinazione. Ciò che conta, quindi, per la configurazione del contratto di lavoro, è l'esistenza di questo legame di subordinazione gerarchica. La prestazione di servizi non sarà oggetto di tale contratto, se non viene eseguita con la dipendenza personale del dipendente. Nessuna importanza può assumere la natura dell'attività, la forma di remunerazione e la condizione economica del lavoratore. Per configurare un contratto di lavoro, è sufficiente che chi fornisce il servizio sia un lavoratore giuridicamente subordinato, nel senso che il suo lavoro sia diretto da altri» (O. GOMES, E. GOTTSCHALK, *op. cit.*, p. 131).

il soggetto passivo è colui sul quale ricade l'obbligo giuridico»³⁴. Non sembra che nel lavoro sulle piattaforme la situazione sia così diversa, evidenziandosi le peculiarità del tipo di relazione instaurata tra il lavoratore e la piattaforma (o le piattaforme) in funzione della cessione della prestazione di lavoro.

È vero che le piattaforme forniscono una (ri)organizzazione del lavoro che non si adatta ai tipi tradizionali, il che rende difficile applicare l'attuale legislazione. Di conseguenza, la preferenza del legislatore nazionale, in particolare per i conducenti del trasporto individuale di passeggeri a pagamento, è stata quella di inquadrarli come microimprenditori³⁵, in modo da garantire loro l'applicazione delle protezioni sociali. Questa opzione legislativa è servita come base al Supremo Tribunale di Giustizia (STJ) per affermare l'incompetenza dei tribunali del lavoro in ordine all'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro tra l'autista UBER e l'azienda³⁶. Il punto più importante di questa decisione, che riguarda l'argomento che qui interessa, riguarda la qualificazione del rapporto di lavoro e, evidentemente, se sia sussistente l'elemento di subordinazione, posto che la questione della competenza costituisce un problema processuale che non interessa in questa sede. In altre parole, anziché esaminare unicamente la questione della competenza, la Corte è intervenuta sul merito della questione per affermare che non sussiste in tali ipotesi un rapporto di lavoro subordinato. La decisione afferma che «Nella fattispecie in esame, la domanda proposta dall'attore ha ad oggetto la riattivazione del suo account UBER in modo che possa tornare a utilizzare l'applicativo e svolgere i suoi servizi. Il motivo della domanda riguarda il contratto di intermediazione digitale per la fornitura di servizi sottoscritto tra le parti. I motivi di fatto e di diritto della controversia non si riferiscono ad alcun rapporto di lavoro tra le parti, né implicano alcuna richiesta di pagamento di remunerazione di tipo lavorativo. Il *petitum* che deriva

34 A. SAYAO ROMITA, *Poderes do Empregador e Ideologia*, in *Revista TRT 8ª Região*, Belém, v. 48, n° 94, gennaio-giugno / 2015, p. 1-456.

35 Legge n. 13640 del 2018

36 La questione giudicata dal STJ si riferiva al conflitto di competenza n. 164.544-MG. *Data maxima venia*, sembra che la Corte qui commetta un errore che rasenta l'incostituzionalità, perché, secondo i termini dell'art. 114 della CF, la competenza a valutare le azioni che riguardano l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, appartiene alla Giustizia del Lavoro. La decisione ha finito per commettere un errore procedurale: se l'attore chiede come decisione finale l'accertamento di un rapporto giudico, unitamente alla richiesta di condanna, è evidente che l'accertamento è pregiudiziale rispetto alla richiesta di condanna. La pronuncia in questione solleva due problemi: 1) costituisce un precedente per sottrarre (in contrasto con la Costituzione federale) al Tribunale del Lavoro la competenza a giudicare le azioni dichiarative; 2) contraddice l'art. 114 della Costituzione Federale che attribuisce al Tribunale del Lavoro la competenza a conoscere e giudicare i rapporti di lavoro (compresi i rapporti di lavoro autonomo, purché il prestatore di servizi sia una persona fisica) e non soltanto di impiego (nel quale il lavoro è subordinato secondo il concetto tradizionale). La decisione rappresenta, per lo meno, una battuta d'arresto del diritto materiale e processuale.

dal contratto sottoscritto con una società proprietaria di un'applicazione per telefoni cellulari, ha natura eminentemente civile»³⁷.

Il Tribunale Superiore del Lavoro (TST), a sua volta, anche prima di questa decisione del STJ, aveva già deciso in merito, stabilendo che il rapporto di lavoro instaurato tra il lavoratore UBER e la società di gestione della piattaforma non poteva essere inquadrato nell'ambito della CLT, non sussistendo in tale ipotesi la subordinazione giuridica disciplinata dalla stessa legge. Il TST ha così affermato che nell'economia condivisa «è chiaro che sussiste una confluenza di interessi delle parti coinvolte. Si può riscontrare che l'oggetto sociale della resistente si riferisce alla fornitura di servizi a contratto tra persone che necessitano di mezzi di trasporto e persone disposte a fornire il servizio, essendo evidente che l'applicazione di UBER costituisce uno strumento tecnologico essenziale per il raggiungimento di tali obiettivi in una chiara manifestazione di ciò che è generalmente definita come economia condivisa dove le persone offrono servizi attraverso piattaforme *online* accessibili da *smartphone* o *tablet*. E non vi è dubbio che la proiezione della piattaforma UBER, attraverso la sua ampia diffusione sul mercato e il suo utilizzo nella società, ha potenziato il contratto del richiedente con i numerosi utenti»³⁸. Con questa decisione, il più alto tribunale del lavoro ha sancito il primo precedente che ha negato l'assimilazione del contratto dei lavoratori della piattaforma al contratto tipico disciplinato dalla CLT.

Pertanto, la decisione del STJ non fa altro che confermare tale interpretazione. Tuttavia, l'aspetto più censurabile della decisione di questa Corte, risiede nella scelta di rimuovere dalla competenza della giustizia del lavoro il contratto di lavoro il cui grado di subordinazione non è rigoroso, che certamente non corrisponde alla dottrina e giurisprudenza più aggiornate in materia, alimentando un rischio anche dal versante della creazione di un'adeguata tutela in ambito nazionale conforme agli obiettivi delle varie relazioni e studi delle organizzazioni internazionali di natura sociale ed economica.

Una battuta d'arresto, per così dire. È stata perduta infatti l'opportunità, in una questione così controversa, di far progredire l'interpretazione e di fornire certezza giuridica attraverso un orientamento univoco delle Corti superiori.

3. Uno scenario di cambiamenti

Come si può vedere, nei rapporti tradizionali fondati sullo schema contrattuale dei rapporti di lavoro subordinato sembra assolutamente appropriato

37 STJ, Conflitto di competenza n° 164.544-MG, Relatore Ministro Moura Ribeiro.

38 TST-AIRR - 11199-47.2017.5.03.0185, Ministro relatore Maria da Costa.

applicare i relativi criteri per garantire le tutele lavoristiche ai lavoratori subordinati che operano nell'ambito delle organizzazioni d'impresa tayloriste e fordiste³⁹.

Tuttavia, ciò che è verificato, principalmente con la liberalizzazione dei mercati dopo gli anni 70, è che le strutture aziendali sono cambiate, così come la cultura sociale, dando spazio a una serie di nuovi modelli di produzione nei quali l'esternalizzazione delle attività rappresenta l'effetto finale.

In Europa, dopo la fine della seconda guerra mondiale, fu avviata una vera riforma della legislazione lavoristica a favore del lavoratore: «il suo obiettivo, più volte confessato dai legislatori di quel momento, era circoscritto a rimuovere gli effetti più dannosi del ciclo economico iniziato dopo la conclusione della seconda guerra mondiale che si caratterizzava per una crescita economica sostenuta e una situazione di pieno sviluppo. Una volta contenuta la riduzione del tasso di occupazione, il precedente sistema giuridico, finalizzato alla sicurezza dell'occupazione, doveva essere restaurato. L'uso di tecniche legislative proprie di situazioni eccezionali (decreti legge, leggi speciali o leggi provvisorie) sembra suggerirlo. E così fu anche percepito dalla dottrina dell'epoca, che conio e fece propria una fortunata nozione che sintetizzava il senso delle riforme normative del periodo: “il diritto del lavoro della crisi”»⁴⁰.

Da quel momento in poi, non solo il ciclo produttivo cambia profondamente, ma anche i rapporti tra lavoratori e datori di lavoro, con una diluizione del potere gerarchico che lascia il posto all'autonomia funzionale e all'interconnessione interna ed esterna delle aziende, che non si basano più sui tipici fondamenti dell'azienda ad integrazione verticale, ovvero il controllo assoluto dell'intero ciclo produttivo e cioè l'autonomia di una società rispetto ad un'altra e la gerarchia funzionale all'oro interno. Il nuovo modello di produzione ha frammentato il ciclo produttivo e le aziende hanno iniziato a operare in un sistema di coordinamento e dipendenza reciproca. Si formano reti di subappalto « la struttura

39 Il metodo creato da Frederick Wislow Taylor (1903) ha determinato un nuovo tipo di industria, avendo dimostrato con prove empiriche che il massimo controllo su macchine e lavoratori avrebbe creato un'industria efficiente. Ha individuato i fattori fondamentali di tale modello nella formazione, specializzazione e controllo. Questi concetti finirono per influenzare in modo decisivo il modello industriale del XX secolo e il mercato dei consumi. Fino a quando nel 1914 Henry Ford migliorò il processo di produzione e creò ciò che avrebbe rivoluzionato il mercato dei consumatori e del lavoro con la creazione della linea di produzione: i lavoratori erano organizzati con calcoli razionali e le attività di ciascuno erano parcellizzate. I pezzi della produzione erano standardizzati in modo che i movimenti fossero adattati. Da qui nasce l'azienda verticale il cui modello produce un forte impatto, consentendo di razionare la produzione a causa delle esigenze del mercato, oltre ad aprire definitivamente le porte alla flessibilità e all'outsourcing produttivo: il lavoratore sarà libero di fare quello che il mercato gli richiede (1970, l'epoca della prepotente comparsa del modello liberalista).

40 F. VALDÉS DAL-RE, *Descentralización Productiva y Desorganización del Derecho del Trabajo*, in <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=649014>

della “ragnatela” delle alleanze strategiche tra le grandi società è distinta dal cambiamento della società orizzontale. Ma l’elemento che le accomuna è la rete, una forma organizzativa socialmente tipica nell’economia globalizzata. Tuttavia, è anche utile ricordare che la figura della “impresa-rete”, nelle sue varie varianti poliedriche, coesiste con formule organizzative proprie del vecchio paradigma. Nella loro conversione in modelli analitici, i modelli teorici possono raramente essere classificati come puri; sono misti, spettando al lavoro dell’osservatore sociale individuare il modello dominante. E questo è, oggi, l’impresa-rete»⁴¹.

A questi profondi cambiamenti si aggiungono altri fattori che vanno nella stessa direzione: la tecnologia, il massiccio ingresso delle donne nel mercato del lavoro e il superamento dei confini grazie alle politiche di integrazione globale, gli accordi economici e l’intensificazione del ruolo delle organizzazioni internazionali, sociali ed economiche. La formazione dell’Unione Europea e, più tardi, del Mercosur, aprendo spazi per la promozione non solo della circolazione delle aziende e capitali, ma anche dei lavoratori, accentuerà il cambiamento del paradigma del lavoro a tempo indeterminato nella stessa impresa che è stato tipico della generazione dei *baby boomers*⁴². La nuova generazione, chiamata Generation Z, nonostante valorizzi l’impresa per cui lavora, è sempre alla ricerca di nuove opportunità ed è assolutamente creativa, avendo accesso a informazioni che consentono di correre rischi avviando attività di natura autonoma⁴³.

Tutto questo cambiamento culturale, economico e politico, si riflette radicalmente nel concetto di subordinazione e nel modello del rapporto di lavoro dedotto nella CLT, le cui caratteristiche furono definite per la società economica rurale degli anni 40, quando il Brasile iniziò il processo di industrializzazione⁴⁴. Nel 1970, quando molti paesi europei si dedicarono agli effetti del decentramento produttivo nei rapporti di lavoro, fu pubblicata in Brasile una legge (1974) che consentiva il lavoro temporaneo in situazioni determinate, attraverso l’assunzione di manodopera da parte di un’impresa interposta per sostituire temporaneamente il personale occupato o in caso di straordinarie

41 F. VALDÉS DAL-RÉ, *op. cit.*

42 «I nati dopo la seconda guerra mondiale, cioè dopo il 1945 e prima del 1960 [...] rappresentavano una generazione i cui genitori conducevano la stessa carriera professionale durante l’intera vita lavorativa basata sul legame verso le grandi aziende. Questo sogno dello stesso lavoro per tutta la vita per i genitori e per sé stesso, tuttavia, è stato distrutto dalla prima recessione postbellica nei primi anni 80» (J. MATTEWMAN, *Os Novos Nômade's Globais*, ed. Laselva Negócios, São Paulo, 2012, p. 32).

43 J. MATTEWMAN, *loc. ult. cit.*

44 Solo con i governi di Getúlio Vargas (1930-1946) e Juscelino Kubistcheck (1956-1961) si può dire che è iniziata la fase industriale brasiliana. Solamente con Vargas è stato avviato un dialogo sull’industrializzazione nazionale con la creazione della Azienda Acciaieria Nazionale (Centrale de Volta Redonda) a Rio de Janeiro nel 1940, la Vale do Rio Doce, con operazioni nel settore minerario, nel 1942, la National Motor Factory, operante nell’area dei motori pesanti, nel 1943 e, infine, l’Azienda Nazionale de Alcali, operante nel settore chimico, nel 1943.

necessità di servizio. Successivamente, nel 1983, la legge n. 7102 ha disciplinato «le società che forniscono manodopera per le attività di vigilanza e trasporto di valori nell'ambito delle attività di sicurezza privata delle persone fisiche, stabilimenti commerciali, industriali, residenze, società senza scopo di lucro e società pubbliche (art. 10)»⁴⁵.

Solo nel 2017, con la più profonda riforma del diritto del lavoro, il telelavoro è stato regolamentato, ma in modo assolutamente insufficiente e inadeguato. Ad esempio, il legislatore non ha disciplinato le attività delle aziende che utilizzano la tecnologia o le fattispecie particolari relative ai lavoratori che operano su piattaforme o catene virtuali. Ciò che il legislatore ha fatto è stato quello di creare una norma nella quale il telelavoratore è sottratto al regime di controllo dell'orario di lavoro, esonerando il datore di lavoro dall'applicazione delle norme in materia di responsabilità per infortuni sul lavoro in caso di lavoro svolto al di fuori dell'organizzazione aziendale. Questioni che sono ben lontane dall'essere risolte attraverso le regole della riforma, dal momento che interessano numerose situazioni tra loro molto simili, con il risultato che la responsabilità del datore di lavoro può essere riconosciuta o meno in base alle specifiche situazioni che si verificano nella realtà effettiva dello svolgimento del rapporto di lavoro. Il risultato è un aumento dell'incertezza giuridica.

Con la Costituzione federale del 1988 e la fine del regime dittatoriale, diversi diritti del lavoro furono riconosciuti come diritti sociali fondamentali. Nel 1991, i paesi sudamericani furono incoraggiati a integrarsi per eliminare i confini e le barriere doganali, e questo obiettivo è stato realizzato con la firma del Trattato di istituzione e creazione del Mercosur. Solo nel 2018, il STF ha introdotto alcune limitazioni al concetto di esternalizzazione (esternalizzazione e decentralizzazione del lavoro) in uno storico giudizio, discusso in ADPF 324 e RE 958252, una questione che era stata decisa fino ad allora nel quadro della decisione vincolante (*Súmula*) n. 331 del TST⁴⁶.

45 T. C. NAHAS, *O Novo Direito do Trabalho- Institutos Fundamentais*, ed. RT, São Paulo, 2017, p. 38.

46 Il 23 agosto 2018 il STF ha giudicato la ADPF 324 e il RE con ripercussione generale 958252 che erano intervenute sull'ammissibilità dell'outsourcing e sul contenuto della sentenza interpretativa (*Súmula*) n. 331 del TST. La prima invocava il complesso delle decisioni dei tribunali del lavoro che hanno invocato la *Sumula* 331, che ha alimentato decisioni contraddittorie e restrittive sull'esternalizzazione, aumentando il contenzioso in materia e l'incertezza giuridica. Il secondo si riferisce ad un ricorso contro una decisione del TRT da Minas Gerais che impediva a una società produttrice di cellulosa di esternalizzare l'attività di rimboscimento e i servizi correlati, ritenendo tali servizi collegati alla sua attività principale, con la conseguenza che la loro esternalizzazione violerebbe la *Sumula* 331 del TST. Si è discusso, in sostanza, sui limiti imposti dalla giurisprudenza alla possibilità di esternalizzare attività principali dell'impresa, sulla sua compatibilità con la Costituzione federale, se è lecito esternalizzare il lavoro relativo all'attività principale e se l'insieme delle decisioni del TST che impongono limiti alle pratiche di esternalizzazione è supportato dalla Costituzione federale. Pertanto, il nucleo essenziale di ciò che è stato discusso era l'essenza non solo della riduzione dei costi che avrebbe portato l'attività esternalizzata, ma i vantaggi competitivi che avrebbe potuto avere (T. C. NAHAS, R.

La nuova economia mondiale ha generato, nel corso degli anni, e ad un ritmo spaventosamente rapido, una produzione flessibile in diverse località, provocando la deregolamentazione delle economie mondiali e la destrutturazione dei contratti di lavoro tradizionali. La nuova forma di organizzazione aziendale, guidata dall'uso della tecnologia e dalla velocità di internet, ha permesso l'emergere di un altro modello derivante dalla crisi del modello aziendale tradizionale, aumentando la competitività tra le aziende e consentendo la formazione di un vero esercito di lavoratori informali. Questa crescente flessibilità dei rapporti di lavoro, che si traduce in uno spazio aperto nella relazione tra lavoratore e datore di lavoro, accentua l'erosione dei rapporti tradizionali in un universo sempre crescente di situazioni giuridiche plurisoggettive, forme contrattuali atipiche, lavoro subordinato mascherato da rapporti autonomi o indipendenti. Deborah Greenfield sottolinea che «negli ultimi anni, l'aumento dell'«economia delle piattaforme Internet» o il «il lavoro su richiesta», nel quale il lavoro è mediato attraverso piattaforme Internet o applicazioni mobili, ha rinnovato l'interesse per queste forme di lavoro. Inoltre, anche il luogo di lavoro è cambiato, con un numero molto maggiore di lavoratori che approfittano dell'evoluzione delle tecnologie informatiche per lavorare dall'abitazione o per conto proprio»⁴⁷.

È indiscutibile che si è realizzato il superamento del concetto classico di subordinazione che identifica il contratto di lavoro attraverso il concetto chiuso di subordinazione economica o giuridica. A causa dei ritardi della dottrina e dell'evoluzione della nostra legislazione, si continuano ad introdurre riforme che ignorano la struttura delle nuove relazioni giuridiche, introducendo tipologie contrattuali autonome di tutti i tipi che possono comportare la disapplicazione dello statuto tipico del diritto del lavoro; il che, nonostante alcune leggi abbiano riconosciuto taluni diritti, è stato giustificato in ragione dell'attuale legislazione nazionale per affermare che i lavoratori non subordinati sono esclusi dall'ambito di applicazione della CLT.

4. La subordinazione nel quadro delle riforme del lavoro

Vi sono due elementi indiscutibili dei processi di ristrutturazione e innovazione del modello di *business* risultanti dall'integrazione economica e dal progresso tecnologico: da un lato, la frattura del diritto del lavoro; dall'altro, il progresso della tecnologia che ha creato modelli imprenditoriali originati dalla c.d. economia collaborativa⁴⁸, che demoliscono le ultime rigide basi della costruzione

MIZIARA, L. PEREIRA, L. MARTINEZ, *Leis Trabalhistas Comentadas*, 1ª ed, Editora RT, São Paulo, 2018, p. 237).

47 Deborah Greenfield, vicedirettore generale dell'OIL nel discorso sul futuro del lavoro (in www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_534127/lang-es/index.htm).

48 «Codice aperto, contenuto aperto e dati aperti: tutte queste tendenze hanno promesso di dare potere agli individui sfidando allo stesso tempo il potere delle grandi società e dei governi.

del diritto del lavoro, sollevando la domanda a cui non è stata ancora data una risposta adeguata, ovvero se il diritto del lavoro ha strumenti sufficienti per accogliere tali cambiamenti con un livello minimo e adeguato di protezione dei lavoratori⁴⁹.

È evidente che lo scenario creato dall'economia collaborativa ha il vantaggio di consentire una maggiore interazione e accesso, non solo alle informazioni, ma anche agli scambi di idee, prodotti, servizi, per facilitare le attività che finiscono per sfuggire al tradizionale ambito dei contratti d'acquisto, vendita e prestito. Internet consente al mercato commerciale e finanziario di coesistere con il mercato tradizionale e, alla fine, di migliorarlo e migliorarne le prestazioni. Tom Selee, studiando tali mercati e prendendo l'esempio di Youtube, afferma che questa apertura genera due effetti: «1. Cambia i mercati esistenti. Ridurre a zero il prezzo di un prodotto o servizio, per tutti e con qualsiasi fine, mina il business di coloro che in precedenza controllavano l'accesso a quel prodotto e servizio. Porre canzoni gratuite a portata di mano di Napster, costituisce una minaccia per il business delle vendite di dischi e dei principali venditori di musica. 2. Creare nuovi mercati di offerta complementare. I complementi sono i prodotti o servizi tra loro connessi in modo tale che, riducendo il prezzo di uno, aumenta la domanda dell'altro. La dinamica della condivisione di file aumenta la domanda dei fornitori di servizi Internet, siti Web dedicati alla condivisione di file e lettori di musica digitale. Questi nuovi mercati sono *doppelgänger*, ombre che seguono l'apertura ovunque vada; nuovi mercati che inevitabilmente nascono dalle rovine dei tempi antichi»⁵⁰.

È proprio nel settore dei servizi che è possibile percepire, con molta precisione, i mutamenti nei modelli che finiscono per causare la riduzione del prezzo della manodopera. È di tutta evidenza che il potere d'acquisto e i salari hanno subito una brutale riduzione⁵¹, che genera impatti diretti sul mercato dei

Allo stesso modo in cui l'economia collaborativa promette di stare dalla parte delle persone rispetto alle catene alberghiere e al "Taxi a lo Grande", questa apertura ha promesso di stare dalla parte dei programmatori, rispetto a Microsoft, dei musicisti dilettanti, rispetto alle grandi case discografiche e dei blogger, rispetto alle grandi società di media. Ma queste promesse sono state disattese una dietro l'altra; invece di offrire un campo di gioco più equilibrato, l'apertura ha sostituito un gruppo di potenti istituzioni con un altro gruppo, ancora più potente» (T. SLEE, *op. cit.*).

49 J. G. LEYTON, *La economía de plataformas y el cuestionamiento a las nociones de subordinación y dependencia*, in <http://www.cielolaboral.com/la-economia-de-plataformas-y-el-cuestionamiento-a-las-nociones-de-subordinacion-y-dependencia/>.

50 T. SLEE, *op. cit.*

51 «La crescita globale dei salari nel 2017 non solo è stata inferiore al 2016, ma ha registrato il tasso di crescita più basso dal 2008 e, pertanto, molto inferiore rispetto ai livelli raggiunti prima della crisi finanziaria globale. La crescita globale degli stipendi in termini reali (considerando cioè l'inflazione) è diminuita del 2,4 per cento nel 2016 e di un misero 1,8 per cento nel 2017. Se non si include la Cina, la cui enorme popolazione e la sostenuta crescita dei salari influisce considerevolmente sulla media mondiale, la crescita mondiale dei salari in termini

consumatori che cercano prodotti e servizi ancora più economici. Di conseguenza, il lavoro svolto sulle piattaforme tende ad aumentare la precarietà del lavoro; si verifica cioè un aumento del tasso di occupazione, ovvero della percentuale di persone che lavorano, con una contestuale riduzione sul piano statistico del numero di posti di lavoro. «Nel 2018, la maggior parte dei 3300 milioni di persone occupate nel mondo soffriva di *deficit* di benessere materiale, sicurezza economica e pari opportunità e di mancanza di un sufficiente margine di sviluppo umano. Avere un lavoro non significa essere in grado di garantire sempre condizioni di vita dignitose. Molti lavoratori si trovano nella situazione di dover accettare posti di lavoro poco attrattivi, informali e scarsamente retribuiti, con limitato accesso alle protezioni sociali e ai diritti del lavoro. È significativo che, nel 2018, 360 milioni di persone fossero lavoratori familiari ausiliari e che altri 1100 milioni di persone lavorassero per sé stessi, in attività di sussistenza svolte a causa della mancanza di opportunità di lavoro nel settore formale e/o dell'assenza di un sistema di protezione sociale. Nel 2016 nel settore informale erano presenti 2000 milioni di lavoratori, il 61% della popolazione attiva mondiale. Un altro chiaro indizio della scarsa qualità di molti impieghi è rappresentato dal fatto che, nel 2018, più di un quarto dei lavoratori di paesi a basso e medio reddito vivevano in situazioni di povertà estrema o moderata. Un aspetto positivo è il marcato declino dell'incidenza della povertà lavorativa negli ultimi tre decenni, specialmente nei paesi con reddito medio. Tuttavia, si stima che nei paesi a basso reddito la riduzione della povertà non sarà proporzionale alla crescita; di conseguenza, in questi paesi il numero dei lavoratori poveri aumenterà»⁵².

La situazione nel mercato del lavoro brasiliano non è diversa. Sebbene vi sia stato qualche segno di ripresa, l'informalità è cresciuta, al punto che è stato registrato che per ogni 4 lavoratori uno opera nel mercato informale; il che significa che questi lavoratori informali rimangono senza prospettiva e al di fuori del sistema di protezione sociale, oltre al fatto che molti di loro versano nella stessa situazione giuridica dei subordinati digitali, o semplicemente dei lavoratori tipici di questi nuovi modelli che si sono formati, e di quelli che dobbiamo ancora conoscere⁵³.

D'altra parte, sebbene sia un aspetto impietoso, grazie all'«informalità molte abitazioni vengono conservate e i lavoratori hanno un qualche tipo di occupazione.

reali è stata dell'1,8 per cento nel 2016 e dell'1,1 per cento nel 2017» (Rapporto mondiale sugli stipendi, in www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_650653.pdf, consultato a settembre 2019).

52 *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo*, in www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_670569.pdf, consultato a settembre 2019.

53 <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/01/31/informalidade-desemprego-brasil-2018-pnad-continua-ibge.htm>

Per cercare di recuperare le prospettive di occupabilità, è stata promossa, tra le altre riforme, quella della legislazione del lavoro che, a parere di chi scrive, non è stata in grado, finora, di rispondere efficacemente alle fratture del diritto del lavoro.

Per i conducenti del trasporto privato di passeggeri a pagamento – un tipico esempio è UBER – è stata pubblicata la legge n. 13640 del 2018, che ha modificato la legge 12578 del 2012⁵⁴. Di conseguenza, il servizio di trasporto passeggeri a pagamento, non aperto al pubblico, per viaggi individuali o condivisi richiesti esclusivamente da utenti precedentemente registrati in applicativi o altre piattaforme di comunicazione di rete, è regolato da questa legge.

Questo intervento mirava, certamente, a ridurre l'informalità in modo da garantire un aumento del gettito contributivo, oltre a promuovere l'inclusione dei lavoratori nel sistema di previdenza e assistenza sociale, imponendo l'iscrizione di questi lavoratori al regime generale e ammettendo verifiche ispettive e la riscossione delle imposte. Prevedeva, inoltre, l'obbligo per il conducente di rispettare le norme in materia di autorizzazione alla guida degli autoveicoli, come l'età minima, di informare i passeggeri che esercita un'attività retribuita, di disporre di un veicolo che soddisfi i requisiti minimi di fabbricazione, e di presentare il certificato del casellario giudiziario.

Come già accennato, la legge n. 13267 del 2017 ha previsto l'emanazione di un regolamento per il telelavoratore formale, cioè quello con contratto di lavoro stipulato ai sensi della CLT, secondo il tradizionale modello di subordinazione. Questa legge non faceva, tuttavia, alcun riferimento alle variabili che derivano dalla subordinazione tecnologica, né risolveva problemi più specifici relativi al lavoro tramite l'uso di tecnologia, come il tempo della disconnessione.

Infine, la legge sull'imprenditorialità – una fattispecie introdotta dalla legge n. 128 del 2008 – ha previsto la figura del microimprenditore (MEI) nei limiti di un fatturato annuo massimo pari a R\$ 81.000. Inoltre, la legge ha stabilito che, per godere dei benefici dalla stessa previsti, il piccolo imprenditore non deve partecipare a qualunque titolo ad altra impresa, né assumere più di un dipendente per lo svolgimento della sua attività. La Risoluzione CGSN n. 140 del maggio 2018, ha stabilito che il MEI potrà svolgere attività connesse all'industria, al commercio e alla fornitura di servizi nelle aree rurali. Il legislatore qualifica il MEI come un tipo di microimpresa; il che significa che il lavoratore MEI (imprenditore) deve esercitare la sua attività in forma di società (art. 100, paragrafi 4 e 5). I saloni di bellezza che, in precedenza, erano soliti stipulare contratti di associazione in partecipazione (*contrato de parceria* ai sensi della legge n. 12592 del

54 Questa legge si occupa delle linee guida della Politica Nazionale di Mobilità Urbana. Pertanto, la regolamentazione in questo ambito del trasporto con conducente su piattaforme è giustificata. È evidente, tuttavia, che la scelta del legislatore è stata quella di escludere che il conducente su piattaforme sia un lavoratore subordinato. Se la scelta del legislatore fosse stata diversa, la disciplina sarebbe stata collocata in una legge diversa.

2012), a partire dalle diverse modifiche introdotte nell'istituto del MEI e al fine di reclutare un numero crescente di lavoratori, in precedenza autonomi (reali o falsi autonomi) o lavoratori informali, hanno iniziato a richiedere ai lavoratori di registrarsi come MEI, sebbene la legge vieti agli addetti ai saloni di bellezza di registrarsi come MEI (art. 7). Il punto più singolare, su cui vorrei richiamare l'attenzione, è che il legislatore era assolutamente consapevole dell'effetto di formalizzare i singoli lavoratori, proponendosi l'obiettivo, nei confronti dei lavoratori rimasti ai margini della disciplina lavoristica della CLT in quanto privi di un contratto formale, di spingerli a registrarsi come microimprenditore (o imprenditore) individuale. In più di un passaggio del regolamento, il legislatore afferma che: «Par. 8, art. 100, Si intende come indipendente l'attività esercitata dal titolare dell'impresa, a condizione che non instauri, cumulativamente, con il contraente del servizio, un rapporto personale, subordinato e abituale. (Legge complementare n. 123, 2006, art. 18-A, §§ 4-B e 24)».

I lavoratori che possono essere MEI sono elencati in un ampio elenco contenuto nella Risoluzione CGSN n° 140 del maggio 2018, che si riferisce praticamente a tutti i tipi di prestazione di servizi, molti dei quali fanno certamente parte di quelle attività che numerosi studi individuano come maggiormente esposte all'impatto dell'automazione nelle professioni (la società di consulenza Mckinsey sottolinea che il 14% dell'attuale forza lavoro del Brasile – quasi 16 milioni di posti di lavoro – possono andare persi⁵⁵).

5. Conclusioni

Non è intenzione di chi scrive, analizzare ciascuna delle leggi qui menzionate. Lo scopo di questo scritto è proprio quello di fornire una panoramica del ruolo del diritto del lavoro in Brasile e di come il paese si sta preparando ad affrontare gli impatti della frattura che lo sviluppo tecnologico e l'integrazione globale hanno generato nelle basi della costruzione del diritto del lavoro brasiliano.

Si può concludere che siamo certamente in controtendenza rispetto a quello che dovrebbe essere l'obiettivo della ricostruzione del diritto del lavoro o, forse,

55 «Entro il 2030, quasi 16 milioni di posti di lavoro potrebbero andare persi in Brasile a causa dell'automazione. Ciò rappresenta il 14% dell'attuale forza lavoro del paese. Con l'inevitabile necessità per le aziende di ridurre i costi e aumentare la produttività, questo sembra essere un percorso senza ritorno. Dal punto di vista tecnico, le persone con buone competenze tecnologiche riusciranno ad adattarsi più facilmente. Secondo un sondaggio di LinkedIn, le competenze più richieste dai datori di lavoro brasiliani sulla rete sono legate alle tecnologie digitali, come analisi statistiche, data mining, architettura web e sviluppo mobile. Ma queste non sono le uniche competenze apprezzate. Le abilità umane, che ci differenziano dalle macchine, saranno in grande evidenza. Capacità come la comunicazione, il lavoro di gruppo, l'intelligenza emotiva e leadership sono già diventati differenziali per il mercato del lavoro, una tendenza che dovrebbe crescere» (www.mckinsey.com.br/our-insights/blog-made-in-brazil/quase-16-milhoes-de-postos-de-trabalho-podem-ser-perdidos-no-brasil-ate-2030).

stiamo costruendo un modello senza precedenti, nel quale la protezione legislativa non sarà più concessa ai lavoratori tradizionalmente subordinati. Non mi sembra che la nozione rigorosa di subordinazione scomparirà, ma la tendenza che si presenta, sul piano legislativo, è quella di applicare a ogni lavoratore una certa quota delle regole del lavoro autonomo.

Le riforme legislative finora presentate consentono di dubitare dell'intento di realizzare la garanzia di un lavoro dignitoso e di costruire il futuro del lavoro che vogliamo, o semplicemente di reagire ai dati statistici offerti da varie istituzioni economiche internazionali e nazionali che sottolineano la necessità di rendere il Brasile un paese più integrato nell'economia mondiale e più inclusivo; un risultato che non potrà essere raggiunto con semplici riforme separate da programmi efficaci di educazione e di eliminazione delle disuguaglianze.

Il fatto che non vi sia nel Paese un contesto idoneo allo sviluppo delle imprese, non significa che i cambiamenti legislativi devono essere funzionali unicamente alle analisi economiche riguardanti le attività imprenditoriali, soprattutto se si considera che il 47% della popolazione brasiliana vive al di sotto della soglia di povertà; un fatto che evidentemente contrasta con la presunta condizione di autonomia dei lavoratori.

Dal 2017, sono state attuate diverse riforme che incidono sul diritto individuale, collettivo e sul processo del lavoro e, più in particolare, sembra del tutto ignorata la necessità di ristabilire la funzione del diritto del lavoro come strumento di protezione efficace per i lavoratori, introducendo meccanismi di riduzione delle disuguaglianze e di sviluppo sociale, principalmente come vettore di inclusione.

Gli effetti dell'informatica e la dipendenza tecnologica sono variabili che non sono state considerate nelle effettive dimensioni che assumono nella nostra materia. Allo stesso tempo, la mancanza di sviluppo economico degli ultimi anni e l'aumento della precarietà nei posti del lavoro, dipendenti o meno, non sono stati considerati nelle varie riforme che sono state introdotte.

Il limitato programma di riforme si riduce alla legge n. 13567 del 2017, con la quale il legislatore ha stabilito che il contratto di lavoro autonomo non soggiace all'applicazione della CLT (art. 442-B, CLT). Una scelta che ribadisce come l'obiettivo di questa disciplina sia limitata alla protezione del lavoratore rigorosamente subordinato, secondo la nozione prevista dalla stessa CLT (art. 3). È opportuno ricordare che la costruzione storica e sistematica di questa disposizione orienta l'interprete verso la subordinazione giuridicamente definita, senza alcun riferimento alle nuove situazioni e concetti derivanti dai nuovi modelli di libero mercato, o dalla metamorfosi subita dalla figura del lavoratore, impiego e lavoro⁵⁶. Al di là del fatto che le recenti riforme sembrano orientate più a

56 La riflessione contemporanea sull'impiego fa emergere una nozione di "lavoro" che è stata elaborata solo da un secolo e che rappresenta soltanto un esempio della lunga storia

contenere e limitare alcune interpretazioni giurisprudenziali non sempre conformi al diritto vigente anziché ad adeguare la legislazione alle attuali esigenze del diritto del lavoro.

In questo nuovo scenario, diversi fattori possono contribuire all'individuazione di alternative per la produzione di reddito o, semplicemente, per la sopravvivenza delle persone: la ricerca di collocazioni idonee nel mercato del lavoro in grado di garantire la sussistenza del lavoratore e/o della sua famiglia; la conservazione di un mercato dei consumatori sempre più competitivo; approfittare attraverso lo sviluppo tecnologico delle possibilità offerte dall'accesso al libero mercato⁵⁷, che spinge e sfida le gerarchie e le strutture tradizionali o semplicemente convenzionali; maggiore informalità⁵⁸ e crescente grado di precarietà.

Con la legge n. 13874 del 2019, che contiene la Dichiarazione dei diritti di libertà economica, sono state introdotte alcune garanzie per il libero mercato ed è stata proposta al *World Economic Forum* una forma di governo globale in modo da instaurare a livello mondiale una cooperazione in grado di recuperare

dell'attività umana. Questa costruzione mentale è il prodotto di una definizione normativa alla quale hanno collaborato il diritto (con la costituzione del diritto del lavoro) e le diverse scienze sociali allora agli albori (in particolare economia politica e sociologia). Dobbiamo sforzarci, tuttavia, di rinunciare al senso di eternità e universalità che gli occidentali ripongono così facilmente nel loro modo di pensare, sicché dobbiamo riconsiderare e rifondare le questioni del lavoro.

- 57 «Il problema è che l'apertura, non solo crea nuovi mercati e nuovi affari che sostituiscono i vecchi, ma tende a creare mercati meno competitivi e favorisce le imprese più potenti. I mercati modificati dall'apertura hanno spesso una struttura tradizionale, caratterizzata da rendimenti decrescenti, con una potenza di mercato distribuita e portata limitata. I proventi derivanti da un grande negozio di musica inevitabilmente diminuiranno e ad un certo punto si esauriranno, aprendo lo spazio a negozi e concorrenti specializzati. Se troppi artisti sono inclusi in un'etichetta discografica, diventa impossibile promuoverli tutti e quindi le case discografiche devono specializzarsi e competere» (T. SLEE, *op. cit.*)
- 58 La Conferenza internazionale di statistica del lavoro definisce il lavoro informale includendo nel suo concetto (2003): 1) i lavoratori autonomi e i lavoratori occupati in proprie imprese del settore informale; 2) i lavoratori che prestano l'attività con la propria famiglia; 3) i membri delle cooperative informali; e 4) gli imprenditori che sostengono il lavoro informale. I dipendenti con lavoro informale sono quelli il cui rapporto di lavoro non è soggetto, per legge o nella pratica, al diritto del lavoro nazionale, all'imposta sul reddito, alla protezione sociale o al diritto a certe garanzie d'impiego (preavviso di licenziamento, indennità, tredicesima, congedo per malattia, ecc.). Le ragioni possono essere: l'assenza della comunicazione del rapporto o del dipendente; lavoro occasionale o di breve durata; lavori con ore di lavoro o salari al di sotto di un limite specificato (ad esempio, per i contributi di sicurezza sociale); impiego presso società non registrate (informali) o presso gruppi familiari; attività in cui il posto di lavoro del lavoratore si trova al di fuori dei locali commerciali del datore di lavoro (ad esempio, lavoratori esterni senza contratto di lavoro); o lavori per i quali non sono applicate le norme del lavoro o non sono osservate per qualunque motivo. I criteri operativi per la definizione dei posti di lavoro informali dei dipendenti devono essere determinati in base alle circostanze nazionali e alla disponibilità dei dati» (*Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office – Geneva: ILO, 2016, in www.ilo.org, consultato a settembre 2019).

il controllo, non necessariamente al fine di proteggere le economie nazionali, ma in modo che vi sia un patto tra cittadini e governanti affinché le persone possano sentirsi al sicuro⁵⁹. È certo che la legge risolve alcune questioni di carattere burocratico, come il registro dei lavoratori e la semplificazione degli adempimenti necessari alla costituzione delle imprese o delle società individuali. Tuttavia, d'altra parte, affronta diverse questioni connesse all'esercizio della libertà economica senza considerare l'interesse della grande platea di soggetti potenzialmente vulnerabili. Si potrebbe discutere se la garanzia della libertà economica assoluta, in uno dei Paesi più diseguali al mondo e con un alto tasso di povertà ed esclusione, possa davvero consentire la libera determinazione dei prezzi di prodotti e servizi in un mercato non regolamentato e il riconoscimento da parte dello Stato della vulnerabilità dell'individuo dinanzi alle scelte di politica pubblica. Ciò che risulta evidente è che, a quanto sembra, il legislatore intendeva creare un ambiente imprenditoriale più aperto e meno burocratico, tentando, al contempo, di limitare la libertà interpretativa nell'applicazione della legge oltre i confini di ciò che può ragionevolmente desumersi dalla funzione sociale del contratto e dell'impresa. Apparentemente, il legislatore voleva ristabilire gli spazi di competenza dell'autonomia contrattuale delle parti, principalmente per i contratti civili e commerciali, e, in questo, senso ha stabilito un limite minimo, quasi inesistente, per l'intervento dello Stato, senza definire, tuttavia, parametri certi in materia di eguaglianza delle parti, tanto negoziale quanto sociale. Il tempo dirà se la misura è stata corretta oppure se la stessa potrà provocare gravi ripercussioni.

Il dibattito su questa legge, dal punto di vista sociale, è molto controverso relativamente alla parte in cui il legislatore afferma che l'interpretazione del diritto del lavoro e l'esercizio delle attività lavorativa sono sottoposte ai principi stabiliti nella legge della libertà economica. Solo l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale potrà chiarire il significato di tali confini.

Ciò che sembra discutibile, dal mio punto di vista, è se fosse davvero necessario emanare una dichiarazione in materia di diritti economici quando, in effetti, il Brasile ha già ratificato il PIDESC⁶⁰, un patto che garantisce la libertà economica, sociale e culturale, oltre alle chiare norme costituzionali sulla libertà economica. Questa scelta può essere spiegata soltanto alla luce di quanto più sopra esposto circa i limiti imposti al potere giudiziario e alla necessità di raggiungere adeguati livelli di sicurezza giuridica.

Non resta che attendere per verificare se il Gruppo di Studio del Lavoro (GAET), creato per elaborare la proposta di riforma del diritto del lavoro, sarà

59 www.weforum.org/agenda/2018/11/globalization-4-what-does-it-mean-how-it-will-benefit-everyone/

60 Decreto n. 591 del 6 settembre 1992.

in grado di realizzare gli obiettivi previsti dal relativo provvedimento istitutivo⁶¹, garantendo l'adeguamento e il corretto inquadramento dei rapporti di lavoro nel XXI secolo e l'armonizzazione degli stessi con la crescita sociale inclusiva e lo sviluppo economico, rispettando così quanto riconosciuto dal PIDESc, ovvero che «l'ideale da ricercare è l'essere umano libero, liberato dalla paura e della miseria». Un ideale che «non può essere realizzato, a meno che non vengano create condizioni che consentano a tutti di godere dei propri diritti economici, sociali e culturali, nonché dei propri diritti civili e politici».

I modelli di impresa hanno subito una profonda mutazione a causa dell'innovazione tecnologica, dei cambiamenti climatici, della sostenibilità, dei cambiamenti demografici e generazionali e della carenza globale di manodopera qualificata, che hanno imposto un ruolo più flessibile al governo, alle aziende e alle organizzazioni sindacali; il che non richiede semplicemente la creazione di posti di lavoro, ma piuttosto che gli stessi siano sostenibili e consentano un lavoro dignitoso e produttivo, con ore e reddito adeguati e senza rischi per la salute e l'ambiente, adeguando il concetto di subordinazione all'obiettivo di generare politiche inclusive e regole minime di protezione. Ciò non significa che ogni lavoratore debba essere sottoposto al regime della CLT e all'applicazione delle sue regole, ma che possa godere della libertà di cercare un lavoro dignitoso, di svolgerlo, non solo in coerenza con l'utilità per l'impresa e le decisioni giudiziarie, ma principalmente in conformità con i propri interessi, in modo da coordinare la vita professionale con quella personale. È giunto il momento di cercare una protezione adeguata anche degli interessi del lavoratore, in base alla libertà di esercitare l'attività di sua scelta. La subordinazione rigorosa e tradizionale non è sempre l'obiettivo del lavoratore tecnologico-digitale, e le trasformazioni generate dalle tecnologie stanno influenzando, non solo le organizzazioni d'impresa, ma anche i lavoratori. L'integrazione economica mondiale ha indotto a importanti cambiamenti demografici che sono caratterizzati da lavoratori di diverse generazioni che reclamano un adeguamento, non solo delle imprese, ma anche dei governi e degli stessi lavoratori.

In mancanza di un adeguato sistema giuridico nazionale, gli interpreti e i sindacati sono chiamati a garantire la razionale applicazione delle norme vigenti in modo da evitare che, nel contesto della nuova economia mondiale, le regole lavoristiche diventino inattuabili o producano maggiore precarietà.

61 Ordinanza n. 1001 del 4 settembre 2019.

Salute e sicurezza sul lavoro e nuovi rischi nell'ambiente del lavoro e il potere di controllo dei datori di lavoro

Yone Frediani

SOMMARIO: 1. L'ambiente di lavoro. – Sezione I – La salute e sicurezza del lavoratore. – 1.1. Sistemi di protezione nell'ordinamento brasiliano. Disposizioni generali. – 1.2. La protezione dei lavoratori sul luogo di lavoro. – 1.3. Il servizio specializzato in ingegneria della sicurezza e medicina del lavoro (SESMT). – 1.4. Il comitato antinfortunistico interno (CIPA). – 1.5. I dispositivi di protezione individuale. – 1.6. Il programma di controllo medico per la salute sul lavoro (PCMSO). – 1.7. Il programma di prevenzione dei rischi ambientali (PPRA). – 1.8. Le attività non salubri. – 1.9. Le attività pericolose. – 1.10. Il lavoro delle donne. – 1.11. Il lavoro dei minori e dei giovani adolescenti. – Sezione II – Infortuni sul lavoro e malattie professionali. – 2. Gli infortuni sul lavoro: una breve descrizione dell'evoluzione della legislazione in materia di infortuni sul lavoro. – 2.1. La nozione di infortunio sul lavoro. – 2.2. Fattispecie assimilate agli infortuni sul lavoro. – 2.3. La denuncia dell'infortunio sul lavoro (CAT). – Sezione III – Le tutele antinfortunistiche. – 3. La responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro. – 3.1. Il nesso causale. – 3.2. La colpa del datore di lavoro e il concorso di colpa della vittima. – 3.3. I danni patrimoniali, morali e non patrimoniali. – 3.4. Il risarcimento per il decesso del lavoratore. – 3.5. I beneficiari delle rendite. – 3.6. Il valore della rendita, la costituzione del capitale per garantire il suo pagamento e la sua durata. – 3.7. Il risarcimento in assenza di decesso del lavoratore. – Sezione IV – Nuovi rischi sul luogo di lavoro e potere di controllo del datore di lavoro. – 4.1. I cambiamenti nel mondo del lavoro flessibile. – 4.2. Gli effetti dell'informatizzazione e della robotizzazione. – 4.3. La salute sul luogo di lavoro e i lavoratori digitali. – 4.4. Il potere direttivo del datore di lavoro.

1. L'ambiente di lavoro

Il Brasile, sebbene inserito nell'elenco dei paesi emergenti, ha una delle legislazioni più avanzate in termini di protezione dell'ambiente di lavoro, il cui *focus* centrale è la difesa della vita, in conformità con le disposizioni dell'art. 220, VII della Costituzione Federale.

Allo stesso modo, l'art. 7, XXII, della Costituzione Federale ha assicurato, come diritto sociale dei lavoratori, la riduzione dei rischi inerenti al lavoro,

attraverso norme di salute, igiene e sicurezza, con il risultato che il datore di lavoro, in quanto responsabile dell'impresa in cui il lavoratore svolge le sue funzioni, è il principale responsabile per la salute, l'integrità fisica e sicurezza dei suoi dipendenti.

Va sottolineato che il luogo della prestazione di lavoro, in qualsiasi attività o compito svolto dal lavoratore, rappresenta solo una parte della realtà lavorativa¹, dal momento che non può esistere alcuna prestazione lavorativa senza il corrispondente e necessario ambiente di lavoro, che può corrispondere alla sede fisica dell'azienda oppure a qualsiasi altro luogo di lavoro, come, ad esempio, la casa del telelavoratore. Si ritiene che la grande sfida di carattere universale sia quella di raggiungere un ambiente di lavoro adeguato ed equilibrato che non provochi rischi per la salute e la vita del lavoratore, motivo per cui si afferma che la prestazione lavorativa dev'essere adattata agli esseri umani, e non il contrario.

Considerando che l'uomo trascorre la maggior parte della sua vita produttiva nell'ambiente di lavoro perché ne ha bisogno per la sopravvivenza, sua e della propria famiglia, è evidente la necessità di cercare e preservare una sicura qualità di vita in quell'ambiente².

Esaminando l'evoluzione della materia, è possibile constatare che, mentre la finalità iniziale è stata quella di prevenire gli infortuni, spettando alla medicina del lavoro il compito di guarire e prevenire le malattie causate dal lavoro, attualmente, l'obiettivo è quello di cercare di integrare l'uomo all'interno ed all'esterno dell'ambiente di lavoro, in modo da garantirne la qualità di vita³.

In questo senso, sembra che nel diritto comparato vi sia una costante preoccupazione per la possibile riduzione di lavori insalubri attraverso l'inserimento di continui miglioramenti nell'ambiente di lavoro, con priorità per l'eliminazione degli agenti nocivi esistenti⁴.

Tuttavia, finché esiste una regola giuridica che prescrive l'obbligo di pagare una remunerazione aggiuntiva come modo per ridurre al minimo il rischio alla salute e/o alla vita del lavoratore impegnato in attività non salubri e pericolose, si ritiene che la riduzione o l'eliminazione completa degli agenti nocivi non avranno un'attuazione rapida e immediata, come dovrebbe essere in un ambiente di lavoro sicuro e salubre.

1 N. MARANHÃO, *Poluição labor-ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, p. 113 e 117.

2 N. SUELI PADILHA, *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*, Ltr, São Paulo, 2002, p. 33.

3 S. GERALDO DE OLIVEIRA, *Proteção Jurídica À saúde do trabalhador*, Ltr, São Paulo, 2011, p. 81.

4 S. GERALDO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 128.

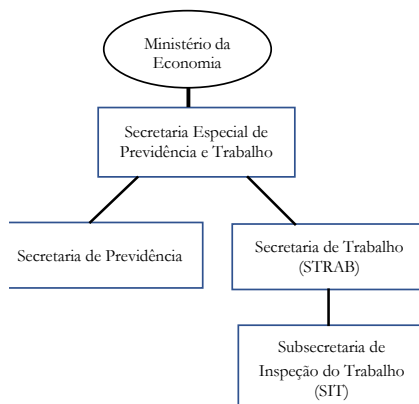
SEZIONE I

LA SALUTE E SICUREZZA DEL LAVORATORE

1.1. Sistemi di protezione nell'ordinamento brasiliano. Disposizioni generali

Il capitolo V del Testo Unico, riformulato dall'art. 154 della legge n. 6514 del 1977, che si occupa della sicurezza e medicina del lavoro, deve essere esaminato insieme alle disposizioni del decreto ministeriale n. 3214 del 1978, che ha inserito nel sistema brasiliano le cosiddette Norme Regolamentari che definiscono numerosi strumenti relativi al controllo dell'ambiente di lavoro, quali: l'ispezione preventiva dello stabilimento, le sospensioni e interdizioni, i Servizi Specializzati in Ingegneria della Sicurezza e Medicina del Lavoro (SESMT), la Commissione Interna per la Prevenzione degli Infortuni (CIPA), i Programmi di Controllo Medico della Salute sul Lavoro (PCMSO), i Programmi di Prevenzione sui Rischi Ambientali (PPRA), obbligatori per le aziende che soddisfano criteri pre-stabiliti, la fornitura di dispositivi di protezione individuale, la sicurezza degli impianti e servizi di fornitura di elettricità, i macchinari e le attrezzature, le attività e operazioni non salutari e pericolose, l'ergonomia, gli esplosivi, i liquidi combustibili e infiammabili, l'ambiente di lavoro nel settore edile, il lavoro aperto, la sicurezza e salute sul lavoro nelle miniere, la protezione antincendio, le condizioni sanitarie e di comfort sul luogo di lavoro, i rifiuti industriali, la segnalazione di sicurezza e salute nei porti, corsi d'acqua, in agricoltura, allevamento, silvicoltura, la sicurezza e salute sul lavoro negli stabilimenti sanitari, il lavoro in quota, la sicurezza e salute sul lavoro nelle macellerie e nelle aziende di trasformazione di carne e prodotti a base di carne, tra molti altri di pari rilevanza.

Il nuovo governo ha riformato le attività e funzioni del Ministero del Lavoro e dell'Occupazione, le cui azioni sono state suddivise e trasferite al Ministero dell'Economia, al Ministero della Giustizia e della Pubblica Sicurezza e al Ministero della Cittadinanza, secondo l'organigramma seguente.



Le principali azioni svolte dal Ministero del Lavoro sono distribuite in diverse competenze istituzionali del Ministero dell'Economia, che coinvolgono tre segreterie speciali: Segreteria Speciale per la Sicurezza Sociale e Lavoro; Segreteria di Produttività, Occupazione e vantaggio Competitivo e Segreteria delle Finanze.

In posizione subordinata alla Segretaria Speciale per la Sicurezza Sociale e Lavoro, è stato creato un Segretariato del Lavoro, che ha due sottosegretarie collegate: il Sottosegretariato per l'Ispezione del Lavoro, dove si trovano gli ispettori del lavoro, e il Sottosegretariato per le Politiche Pubbliche e le Relazioni del Lavoro⁵.

È importante chiarire che, secondo l'organigramma, a livello nazionale, il Segretariato del Lavoro (STRAB), attraverso il Sottosegretariato per l'Ispezione del Lavoro (SIT), sarà responsabile della formulazione e proposta di linee guida e standard di prestazione e sovrintenderà le attività dell'area relativa alla sicurezza e salute dei lavoratori. Al SIT, e agli organi regionali subordinati, compete invece il controllo dell'osservanza dei precetti legali e regolamentari, spettando a questi ultimi l'imposizione di eventuali sanzioni.

Secondo le informazioni del Segretariato del Lavoro, la revisione delle 36 *Normas Regulamentadoras* (NR) regolamentari, attualmente in vigore, dovrebbe avvenire in un clima di pieno consenso tra governo, lavoratori e datori di lavoro, adeguando la normativa alle migliori pratiche internazionali di dialogo sociale e di norme in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro⁶.

In quest'ottica, sono stati riformulati le NR nn. 1, 12 e 28, riviste le NR nn. 3, 4 e 24, mentre la NR n. 2 è stata revocata, con l'obiettivo di ridurre la precedente burocrazia e l'intervento statale nell'iniziativa privata, mantenendo lo stesso livello di salute e sicurezza sul lavoro.

Nella stessa linea di modernizzazione della legislazione in materia di sicurezza sul lavoro, si pretende, inoltre, di rivedere numerose ordinanze e istruzioni normative, con l'obiettivo di concentrare l'applicazione di quelle regole in un ambito limitato, con l'intento del Segretariato del Lavoro di creare il Consiglio Nazionale del Lavoro e la Commissione Tripartita Comune Permanente come veicolo per promuovere il dialogo sociale tra datori di lavoro e lavoratori in materia di rapporti di lavoro e di salute e sicurezza sul lavoro⁷.

Al momento della presente trattazione, l'attività legislativa non si era ancora esaurita con la completa ed integrale revisione e modernizzazione degli strumenti giuridici riguardanti la salute e la sicurezza del lavoratore.

Da quanto esposto, si desume che non sarà facile ridimensionare la legislazione specifica in questo settore, adattandone i contenuti alle esigenze e specificità

5 ZILMARA ALENCAR, *Sensor Sindical*, in <https://www.diap.org.br>noticias>

6 SECRETARIA ESPECIAL DE PREVIDÊNCIA E TRABALHO. imprensa@mte.gov.br

7 SECRETARIA ESPECIAL DE PREVIDÊNCIA E TRABALHO. imprensa@mte.gov.br

imposte dalle nuove tecnologie nella produzione, industrializzazione e forniture di servizi.

Un altro aspetto di notevole importanza è legato alla necessità di un'attività ispettiva rigorosa e non solo a campione, tenuto conto che, tra le attività del soppresso Ministero del Lavoro e dell'Occupazione, vi erano le effettive ispezioni nelle aziende per accertare eventuali violazioni della legislazione, oltre che per fornire indicazioni sul pieno e corretto rispetto delle norme relative alla salute e alla sicurezza dei lavoratori.

L'ordinamento brasiliano ha istituito tre aree distinte per la protezione dei lavoratori: la prima area si riferisce ai servizi specializzati che devono essere obbligatoriamente predisposti dal datore di lavoro, la seconda riguarda gli strumenti da attuare attraverso la partecipazione dei suoi dipendenti⁸ e la terza attraverso protezioni personali attribuite al lavoratore.

1.2. La protezione dei lavoratori sul luogo di lavoro

Il Brasile, purtroppo, occupa una posizione di rilievo sul piano internazionale a causa del numero allarmante d'infortuni sul lavoro, dovendosi sottolineare che le regole contenute nel Testo Unico e nelle norme regolamentari del soppresso Ministero del Lavoro, a partire dall'art. 164, si occupano degli organi di sicurezza sul lavoro e medicina del lavoro nelle aziende, tenendo conto del grado di rischio e del numero di lavoratori occupati.

Secondo le informazioni fornite dallo Smartlabbr⁹, nel periodo 2012/2018, solo nel comune di San Paolo, i seguenti settori economici hanno fatto rilevare il maggior numero di segnalazioni di infortuni sul lavoro:

1. Attività di cure ospedaliere - 378.305
2. Commercio al dettaglio di beni in generale, con prevalenza di prodotti alimentari - ipermercati e supermercati - 142.909
3. La pubblica amministrazione in generale 119.273
4. Costruzione di edifici - 104.646
5. Trasporto di merci su strada - 110.344

A quanto pare, la prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle loro conseguenze, non è un compito facile, sebbene una percentuale significativa di infortuni che si verificano sia del tutto prevedibile all'interno dell'ambiente di lavoro.

1.3. Il servizio specializzato in ingegneria della sicurezza e medicina del lavoro (SESMT)

L'obbligo di istituzione e organizzazione di questo servizio riguarda le imprese con più di 50 dipendenti in base al grado di rischio, prevedendo il lavoro congiunto di un ingegnere della sicurezza, un medico del lavoro, un infermiere e

8 H. BATISTA MATEUS DA SILVA, *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*. Vol. III. *Saúde e segurança do trabalho*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 39.

9 <https://smartlabbr.org/sst>

un assistente infermieristico e un tecnico in sicurezza sul lavoro al fine di analizzare le situazioni di rischio di infortuni e/o di sviluppo di malattie professionali.

1.4. Il comitato antinfortunistico interno (CIPA)

Disciplinata dagli artt. 163-165 del Testo Unico, questa commissione è stata istituita allo scopo di prevenire e analizzare gli infortuni che si verificano nell'ambiente di lavoro, ed è formata, a seconda delle dimensioni dell'azienda, dai rappresentanti eletti dai lavoratori e da quelli nominati dal datore di lavoro e rispettivi supplenti, che durano in carica un anno, potendo essere rieletti, ai quali è garantita la stabilità del posto di lavoro durante il mandato, circostanza che impedisce il licenziamento o il trasferimento arbitrario del rappresentante della CIPA da parte del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 10, comma II, della Costituzione che garantisce così al lavoratore della commissione la necessaria libertà di rivendicare le condizioni per il miglioramento dell'ambiente di lavoro.

Tra le attività dei rappresentanti vi è l'obbligo di riunioni mensili ordinarie e straordinarie, quando necessario.

Se l'azienda cessa di esistere, anche le attività della CIPA scompaiono, sicché, in tale ipotesi, non si configura alcun licenziamento arbitrario, in ragione dell'estinzione del presupposto costituito dall'attività della commissione.

1.5. I dispositivi di protezione individuale

In conformità con le disposizioni di cui agli artt. 166 e 167 del Testo Unico, il datore di lavoro è tenuto a fornire i dispositivi di protezione individuale adeguati e necessari per la protezione del dipendente, integrando la giusta causa di licenziamento il rifiuto ingiustificato del lavoratore di utilizzare tali apparecchiature, secondo quanto previsto dall'art. 158, comma unico, lett. *b*) del Testo Unico.

L'obbligo del datore di lavoro si riferisce anche alla formazione specifica sull'uso, manutenzione e controllo sull'utilizzo corretto dei dispositivi di protezione individuale.

Occorre ricordare che i dispositivi di protezione individuale, sufficienti e adeguati, devono possedere la certificazione di approvazione da parte dell'ex Ministero del Lavoro e dell'Occupazione, attualmente incorporato nel Ministero dell'Economia, secondo l'organigramma di cui sopra. Questi dispositivi garantiscono la protezione di testa, occhi, viso, orecchie, apparato respiratorio, tronco, arti superiori e inferiori, il corpo in generale e tutelano contro le cadute da diverse altezze¹⁰.

Nonostante la necessità di utilizzare i dispositivi di protezione individuale, non vi sono dubbi sul fatto che gli stessi non possono correggere le carenze dell'ambiente di lavoro, né possono neutralizzare completamente l'azione degli

10 H. BATISTA MATEUS DA SILVA, *op. cit.*, p. 66.

agenti nocivi¹¹, motivo per il quale, per quanto possibile, l'ideale per l'ambiente di lavoro sarebbe l'effettiva eliminazione dell'agente nocivo per la salute del lavoratore.

1.6. Il programma di controllo medico per la salute sul lavoro (PCMSO)

Previsto dall'art. 168 del Testo Unico, il programma di controllo medico per la salute sul lavoro è destinato alla valutazione fisica del lavoratore al momento della sua assunzione, del licenziamento, e durante la sua permanenza al lavoro (assunzione, licenziamento ed esami periodici) attraverso il controllo del medico del lavoro, componente del SESMT, con l'obiettivo di individuare i rischi e le possibili malattie professionali alle quali i lavoratori possono essere soggetti.

Le nuove linee guida che hanno rivisto le antiche NR, stabiliscono che il microimprenditore individuale (MEI), la micro-impresa (ME) e la piccola impresa (EPP), classificati nei livelli di rischio 1 e 2 (previsti nella NR 04), che trasmettono le informazioni digitali e non presentano rischi chimici, fisici, biologici ed ergonomici, sono esentate dall'elaborazione del Programma di Controllo Medico per la Salute sul Lavoro (PCMSO)¹².

1.7. Il programma di prevenzione dei rischi ambientali (PPRA)

Lo scopo di questo programma è legato alla possibile necessità di neutralizzare gli agenti nocivi, modificando il processo di produzione o sostituendo le materie prime attraverso lo studio dei rischi ambientali in relazione agli agenti fisici, chimici e biologici che devono essere individuati, in conformità al PCMSO e al SESMT, affinché i relativi obiettivi possano essere effettivamente raggiunti in favore della salute del lavoratore, posto che la denuncia delle malattie professionali, prodotte a causa di condizioni speciali di lavoro, è obbligatoria.

Secondo le nuove regole adottate nella revisione delle NR, alcune categorie di imprenditori, come il caso del singolo microimprenditore (MEI), micro-impresa (ME) e piccola impresa (EPP) entro i livelli di rischio 1 e 2, che trasmettono le informazioni digitali richieste e che non presentano rischi chimici, fisici e biologici, sono esentati dall'elaborazione del programma di prevenzione dei rischi ambientali (PPRA)¹³.

Le disposizioni contenute nell'art. 170 fino all'art. 188 prevedono regole in materia di edifici, illuminazione, comfort termico, installazioni elettriche, stoccaggio e movimentazione di materiali, macchine e attrezzature, caldaie, forni e recipienti a pressione.

11 N. SUELI PADILHA, *op. cit.*, p. 73.

12 G.F. GUIMARÃES, P.D. DE ALMEIDA MORAES, *Normas de saúde e segurança do trabalho na era Bolsonaro: a "modernização" das normas regulamentadoras. veleidades, possibilidades, constitucionalidade*, in *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, 2019, n. 363, p. 9 ss.

13 G.F. GUIMARÃES, P.D. DE ALMEIDA MORAES, *op. cit.*.

1.8. Le attività non salubri

Secondo quanto previsto dall'art. 189 del Testo Unico, le attività non salubri sono quelle che, per loro natura, condizioni o metodi di lavoro, espongono i lavoratori ad agenti dannosi per la salute (fisici, chimici o biologici), e la cui misurazione viene effettuata attraverso un quadro specifico di tali attività, definito come condizioni minime, medie o massime che comportano il pagamento di un'addizionale pari al 10%, 20% e 40%, rispettivamente, del salario minimo.

È importante sottolineare che l'eliminazione o la riduzione dell'agente nocivo, può essere ottenuta mediante l'uso dei dispositivi di protezione individuale, fermo restando che l'eventuale soppressione del pagamento dell'addizionale non implica una riduzione del salario del lavoratore.

1.9. Le attività pericolose

L'art. 193 del Testo Unico elenca le attività e le operazioni pericolose che espongono il lavoratore all'esposizione permanente a sostanze infiammabili, esplosivi, energia elettrica, rapine o altri tipi di violenza fisica, nelle attività di sicurezza riguardanti le persone o le proprietà, e nelle attività con motociclette, disponendo il pagamento di una ulteriore addizionale pari al 30% della retribuzione contrattuale.

È importante notare che è vietato il cumulo degli addizionali relativi alle attività insalubri e pericolose e, se il lavoratore svolge la prestazione in condizioni malsane e pericolose, è tenuto a scegliere quale addizionale percepire.

In questo senso, la recente decisione pronunciata dal Tribunale Supremo del Lavoro (TST), tramite la Sottosezione I, specializzata in controversie individuali (SDI-1), secondo la quale non è possibile cumulare le maggiorazioni retributive per lavoro insalubre e pericoloso, anche se derivano da fatti diversi e autonomi. La decisione, a maggioranza, è stata assunta nel giudizio relativo ad un appello incidentale, e la relativa soluzione sarà applicata a tutti i casi simili¹⁴.

È importante sottolineare che l'eventuale eliminazione del rischio al quale è sottoposto il lavoratore, comporterà la cessazione del pagamento della maggiorazione che, analogamente a quanto avviene per la soppressione dell'addizionale per lavoro insalubre, non può comportare la riduzione del salario.

Se la maggiorazione per lavoro insalubre o pericoloso non è stata corrisposta nel corso di svolgimento del rapporto, il lavoratore può pretenderne il pagamento in tribunale e, in questo caso, l'attività sarà inquadrata mediante un esame di esperti, effettuato da un medico del lavoro o un ingegnere della sicurezza.

14 http://tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/tst-afasta-possibilidade-de-cumulacao-de-adicionais-de-insalubridade-e-de-periculosidade?inheritRedirect=false.
Processo: IRR-239-55.2011.5.02.0319.

1.10. Il lavoro delle donne

Parallelamente alle misure di protezione di cui sopra, che si riferiscono al luogo o alle condizioni di svolgimento del lavoro, il legislatore ha imposto altre misure di protezione riguardanti le qualità personali del lavoratore e, in particolare, della donna.

È importante ricordare che sono stati revocati innumerevoli divieti del passato riguardo all'esecuzione del lavoro femminile, come ad esempio il lavoro notturno, in condizioni malsane, pericolose, ecc., e ciò in ragione della necessaria osservanza del principio della parità di genere.

La protezione costituzionale, garantita dall'art. 10, comma II, lett. b), delle Disposizioni Costituzionali Transitorie, stabilisce che la garanzia del posto di lavoro della donna incinta inizia con la conferma della gravidanza e si estende fino a 5 mesi dopo il parto, periodo in cui la donna incinta non può subire alcuna arbitraria interruzione del rapporto di lavoro, dovendosi ricordare che, attraverso le regole collettive, alcune categorie beneficiano di un più ampio periodo di congedo che, di norma, consiste in una garanzia aggiuntiva di 60 giorni dopo la fine del congedo di maternità. Analoga garanzia può essere disposta tramite certificato medico.

Parallelamente alla garanzia temporanea di stabilità del posto di lavoro, il legislatore si è preoccupato di rendere possibile il mutamento di mansioni quando l'attività di lavoro possa compromettere la salute della donna in gravidanza o del bambino, riconoscendo la necessità di eseguire esami prenatali, ai sensi del § 4° dell'art. 392 del Testo Unico.

Durante il periodo di allontanamento, la donna riceverà l'indennità di maternità direttamente dal suo datore di lavoro, con compensazione sulla contribuzione dovuta dal datore di lavoro all'INSS, mentre, in caso di più rapporti di lavoro, ciascuno dei datori di lavoro corrisponderà proporzionalmente la propria indennità.

In caso di morte della donna dopo il parto, il coniuge o il convivente ha diritto di percepire il congedo di maternità che sarebbe stato corrisposto alla donna ai sensi dell'art. 392-B del Testo Unico.

Nel caso di madre adottiva, è assicurato il congedo dal lavoro, analogamente al periodo concesso alla madre biologica, con l'unica differenza che, in tale ipotesi, il legislatore non ha riconosciuto il diritto alla stabilità dell'impiego.

Secondo la norma contenuta nell'art. 396 del Testo Unico, la protezione della lavoratrice prosegue durante i primi sei mesi di vita del bambino in ragione della necessità dell'allattamento, con la concessione di due intervalli di mezz'ora ciascuno, durante la giornata lavorativa, che possono essere estesi in base alla valutazione del medico.

Come protezione aggiuntiva, è previsto l'obbligo del datore di lavoro di predisporre asili nido aziendali o stipulare accordi con asili nido esterni, fermo

restando che il rimborso dell'asilo, versato dal datore di lavoro, non ha natura salariale¹⁵.

È importante notare che qualsiasi licenziamento non motivato della lavoratrice in gravidanza, che sia stato impugnato in giudizio, garantisce la reintegrazione nel luogo di lavoro, a condizione che il periodo di stabilità non sia completamente trascorso. Se il periodo di garanzia del lavoro è stato superato, invece, la donna avrà diritto di ricevere l'indennità corrispondente.

In virtù del prevalente orientamento giurisprudenziale cristallizzato sul precedente n. 244 del TST, la garanzia della stabilità d'impiego, qui esaminata, si estende ai contratti a tempo determinato, come quelli d'opera, apprendistato, ecc.

1.11. Il lavoro dei minori e dei giovani adolescenti

Nella stessa linea di protezione, si collocano le norme di protezione del lavoro dei minorenni, per i quali la norma contenuta nella sottosezione XXXIII, dell'art. 7 della Costituzione Federale, vieta il lavoro dei giovani di età inferiore ai 16 anni, fatto salvo il rapporto di apprendistato. Secondo il codice civile, i giovani di età compresa tra i 16 e i 18 anni sono considerati relativamente incapaci.

In ogni caso, ai minori di 18 anni è vietato svolgere lavori in ambiente malsano, pericoloso, penoso o notturno e in condizioni di orario straordinario.

Alcune eccezioni sono ammesse e legalmente autorizzate, nel caso di lavori artistici o sportivi, fermo restando l'assolvimento, in qualsiasi circostanza, dell'obbligo scolastico.

Tra queste eccezioni, ritroviamo il contratto di apprendistato, che consente al giovane apprendista di acquisire conoscenze pratiche attraverso le attività svolte nell'ambito dei settori commerciale, industriale o dei servizi.

Si tratta di un contratto di natura speciale, per un periodo specifico, in cui il datore di lavoro assicura al lavoratore di età superiore a 14 anni e ai minori di 24 anni, iscritti a un programma di formazione tecnico-professionale, l'esecuzione di compiti compatibili con la loro formazione, restando vietato il licenziamento non motivato dell'apprendista, prima della scadenza del periodo concordato.

La giornata speciale dell'apprendista, di durata pari in genere a 6 ore, deve essere compatibile con l'assolvimento dell'obbligo scolastico e le aziende di qualsiasi natura sono obbligate ad assumere apprendisti le cui funzioni richiedono una formazione professionale in percentuale variabile dal 5 al 15% a seconda del numero di dipendenti, ad eccezione delle piccole e microimprese, che sono esonerate da tale obbligo.

15 H. BATISTA MATEUS DA SILVA, *op. cit.*, p. 240.

SEZIONE II

INFORTUNI SUL LAVORO E MALATTIE PROFESSIONALI

2. Gli infortuni sul lavoro: una breve descrizione dell'evoluzione della legislazione in materia di infortuni sul lavoro

Lo studio del tema dipende direttamente dall'analisi delle diverse modalità con cui può verificarsi l'infortunio sul lavoro, nonché dalle situazioni che ne determinano l'assimilazione alle malattie professionali, dal punto di vista delle conseguenze legali rispetto alle indennità dovute.

La sicurezza e la salute del lavoratore non sono state sempre una preoccupazione delle autorità pubbliche e del datore di lavoro, lasciando il lavoratore, vittima dell'evento, a sopravvivere per mezzo delle prestazioni infortunistiche.

Con l'avvento della Costituzione Federale del 1988, è stata introdotta nel sistema brasiliano la responsabilità civile in caso di dolo o colpa del datore di lavoro per gli infortuni sul lavoro, mentre, con il Codice civile del 2002, tale responsabilità è stata disciplinata e, con la legge n. 13467 del 2017, è stato regolato il risarcimento dei danni non patrimoniali nei rapporti di lavoro.

La gravità delle problematiche relative agli infortuni ha indotto i Paesi partecipanti all'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) ad istituire ufficialmente, a partire dal 2001, il 28 aprile di ogni anno come *Giornata mondiale per la salute e la sicurezza sul lavoro*, in ricordo del grave infortunio verificatosi, nel 1969, in una miniera nello stato della Virginia, negli Stati Uniti, che ha ucciso 78 lavoratori.

In Brasile, la stessa data è entrata a far parte del calendario ufficiale dal 2003, richiamando l'attenzione sul fatto che la necessità di prevenzione e conservazione della salute dei lavoratori, costituisce un obiettivo universale che può essere pienamente raggiunto solo quando saranno orientate risorse, investimenti e formazione adeguata per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, tenuto conto che, secondo l'OIL, la maggior parte degli eventi infortunistici sono prevedibili e, pertanto, possono essere evitati.

La prima legge in materia di infortuni sul lavoro apparve in Germania nel 1884, il cui modello si diffuse in tutta Europa, dal momento che in Austria, Norvegia, Inghilterra, Francia, Danimarca e Italia, l'aumento dell'attività industriale causava innumerevoli incidenti a causa delle terribili condizioni di lavoro di allora.

In Brasile, la prima disciplina risale al Codice commerciale del 1850, mentre la prima legge in materia di infortuni fu introdotta nel 1919, con il decreto legislativo n. 3724, che ha introdotto i principi di infortunistica e la responsabilità civile del datore di lavoro per il risarcimento dei danni da infortunio. Nel 1967,

la Legge n. 5316 trasferì all'INPS il monopolio dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, con la creazione di un piano previdenziale specifico a tale scopo. Nel 1991, la legge n. 8213 ha regolamentato gli aspetti centrali dell'infortunio sul lavoro e le relative prestazioni, che erano assimilati a quelli previsti dal sistema di sicurezza sociale.

Più recentemente, la legge n. 11430 del 2006 e la LC n. 150 del 2015, hanno introdotto, rispettivamente, il nesso epidemiologico e l'inclusione dei lavoratori domestici nell'ambito della protezione antinfortunistica.

2.1. La nozione di infortunio sul lavoro

L'art. 7, comma XXVIII, della Costituzione Federale del 1988, garantisce ai lavoratori vittime, il diritto all'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, senza escludere il diritto al risarcimento cui è tenuto il datore di lavoro in caso di dolo o colpa.

La legge n. 8213 del 1991, all'art.19, ha definito l'infortunio sul lavoro come l'evento derivante dal lavoro, svolto presso un'azienda o un datore di lavoro domestico, che causa lesioni personali o disturbi funzionali che provocano morte, perdita o riduzione permanente o temporanea della capacità di lavoro. Questa nozione individua, evidentemente, soltanto l'infortunio tipico, mentre alcune situazioni equivalenti sono considerate infortuni sul lavoro per assimilazione.

L'infortunio sul lavoro è un evento improvviso che provoca lesioni fisiche immediate, dovute allo svolgimento della prestazione lavorativa, mentre la malattia professionale è provocata dall'esercizio di una determinata attività che provoca lesioni o riduzione nella capacità di lavoro.

Rappresentano i requisiti dell'infortunio sul lavoro: a) l'evento che ha causato il danno; b) l'esercizio di attività lavorative a beneficio di terzi; c) le lesioni personali; d) o la morte, la perdita o la riduzione permanente o temporanea della capacità di lavoro.

Pertanto, l'infortunio sul lavoro dipende da un evento che non è provocato dal lavoratore nell'esercizio della sua attività lavorativa, esprimendo una relazione di causa ad effetto o un nesso causale tra l'incidente e il lavoro svolto che provoca la morte, la perdita o la riduzione temporanea o permanente della capacità di lavoro.

2.2. Fattispecie assimilate agli infortuni sul lavoro

L'art. 20 della Legge n. 8213 del 1991, elenca le situazioni che sono assimilate al tipico infortunio sul lavoro, vale a dire:

- a) la malattia professionale prodotta o provocata dalla particolare prestazione di una determinata attività, per la quale si presume il nesso causale tra il lavoro svolto e la malattia (contatto con l'amianto, il piombo);

b) la malattia professionale prodotta o innescata a causa delle condizioni speciali in cui viene eseguito il lavoro (lesioni da sforzo ripetitivo, tubercolosi, neoplasia).

Il paragrafo 1° dello stesso articolo specifica le situazioni che non sono considerate malattie professionali:

- c) malattia degenerativa
- d) inerente alla fascia di età
- e) che non produce incapacità di lavoro
- f) malattia endemica

L'art. 21 tratta delle concause, cioè delle situazioni equiparate all'infortunio sul lavoro:

- a) l'evento o la malattia che hanno contribuito all'infortunio del lavoratore, sebbene non fossero la sua unica causa, poiché il lavoro svolto ha contribuito al risultato ed ha causato l'incapacità al lavoro;
- b) l'infortunio subito dal lavoratore nel luogo e nell'orario di lavoro, a seguito di:
 - aggressione, sabotaggio o terrorismo da parte di terzi o colleghi di lavoro;
 - reato fisico intenzionale, anche da parte di terzi, a causa di una discussione sul lavoro;
 - atto d'imprudenza, negligenza o imperizia da parte di terzi o colleghi del lavoro;
 - atto di una persona privata in condizione di non intendere;
 - frana, alluvione, incendio e altre circostanze imprevedute o per cause di forza maggiore;
 - malattia derivante da contaminazione accidentale del dipendente nell'esercizio della sua attività;
- c) infortunio subito anche al di fuori del locale o orario di lavoro:
 - durante l'esecuzione di un ordine o di un servizio sotto l'autorità dell'azienda;
 - durante la prestazione spontanea del servizio all'azienda, al fine di evitare qualsiasi pregiudizio o garantirne il profitto;
 - durante il viaggio svolto nell'interesse dell'impresa, anche per motivi di studio finanziati da quest'ultima per l'addestramento della forza di lavoro, indipendentemente dal mezzo di trasporto utilizzato, compreso il veicolo dell'assicurato;
 - durante il tragitto dal luogo di residenza al luogo di lavoro o viceversa, qualunque sia il mezzo di trasporto, compreso il veicolo dell'assicurato.

Considerando le numerose assunzioni sopra elencate dal legislatore, la più frequente si riferisce all'infortunio *in itinere*, potendosi individuare il nesso causale, anche se si sono verificate piccole deviazioni nel normale tragitto, purché compatibili, nel senso che le interruzioni o le modifiche nel normale percorso, basate sugli interessi personali del lavoratore, escludono la protezione dell'evento.

L'11 dicembre 2019 è stato pubblicato, sulla Gazzetta Ufficiale, il Provvedimento Provvisorio con forza di legge MP - 905, denominato “*Contrato de trabalho verde e amarelo*”, che, tra le sue numerose innovazioni, ha escluso l'obbligo di pagare come straordinario le ore di percorso compiute dal dipendente, modificando il precedente orientamento che qualificava il tempo di viaggio, da e verso l'azienda, come tempo a disposizione del datore di lavoro.

In queste ipotesi, inoltre, non potendo sorgere alcuna responsabilità dell'azienda per l'infortunio *in itinere*, assimilato all'infortunio sul lavoro, è stata eliminata dal sistema legale la garanzia di stabilità dell'impiego di 12 mesi dalle dimissioni mediche del lavoratore vittima dell'infortunio.

Senonché, sebbene abbia avuto effetto dalla sua pubblicazione, il Provvedimento Provvisorio con forza di legge MP - 905, non è stato convertito in legge, sebbene abbia avuto effetti nel corso della sua vigenza.

2.3. La denuncia dell'infortunio sul lavoro (CAT)

Il riconoscimento dell'infortunio sul lavoro decorre obbligatoriamente dalla comunicazione dell'evento (CAT), che deve essere effettuata entro il primo giorno lavorativo successivo a quello dell'evento, essendo obbligo del datore di lavoro emettere il relativo CAT, il cui modello è reperibile all'indirizzo <http://previdenciasocial.gov.br>, mentre, in caso di morte del lavoratore, sarà necessaria anche l'immediata comunicazione del decesso all'autorità di polizia.

Se il datore di lavoro omette o rifiuta di emettere il CAT, la stessa comunicazione può essere fatta dalla vittima, dai suoi parenti, dal sindacato, dal medico che lo ha assistito, o da qualsiasi autorità pubblica, anche se il termine legale è scaduto. Questa comunicazione dev'essere inviata, rispettivamente, all'INSS, all'assicurato, al sindacato e all'azienda.

Se si sospetta di una malattia professionale, l'emissione del CAT rimane a carico del datore di lavoro.

È importante ricordare che l'emissione del CAT, da solo, non genera la qualificazione dell'evento come infortunio sul lavoro, che dipenderà dall'analisi degli organi di sicurezza sociale che verificheranno la sussistenza del nesso causale tra l'evento e il lavoro svolto.

Se la verifica esclude l'esistenza del nesso causale tra l'evento e il lavoro svolto, l'INSS riconoscerà l'evento come privo di connotazione infortunistica e, allo stesso modo, deve concludersi per le malattie professionali. La dichiarazione dell'INSS può essere oggetto di ricorso amministrativo da parte dell'assicurato, prima della presentazione di qualsiasi azione in giudizio contro l'ente previdenziale dinanzi alla giustizia ordinaria.

Ad esempio: se l'INSS conclude che la malattia che ha causato il licenziamento del lavoratore è di natura degenerativa, senza nesso causale con il lavoro svolto, riconoscerà la tutela per malattia comune, anziché quella per malattia professionale, e la differenza consiste nella garanzia della stabilità dell'impiego

prevista dall'art. 118 della legge n- 8213, per un periodo di 12 mesi dopo la cessazione della prestazione, nonché la possibilità di agire contro il datore di lavoro per il risarcimento dei danni morali, materiali o estetici.

SEZIONE III

LE TUTELE ANTINFORTUNISTICHE

3. La responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro

Oltre alla copertura assicurativa per gli infortuni sul lavoro da parte dell'INSS, l'assicurato può, in base all'art. 7, comma XXVIII della Costituzione, rivendicare il risarcimento dei danni, in ragione della responsabilità civile del datore di lavoro, in conformità con le norme contenute negli art. 186, 187 e 927 cod. civ., poiché, mentre la responsabilità generale del datore di lavoro è di natura soggettiva e, come tale, ha bisogno della prova del dolo o della colpa, la responsabilità per infortuni è di natura oggettiva e non dipende dalla configurazione della colpa.

Pertanto, secondo la responsabilità oggettiva, il diritto al risarcimento richiede soltanto la dimostrazione del danno e del nesso causale tra il danno e l'evento, secondo la teoria del rischio, di cui al paragrafo unico dell'art. 927 cod.civ.¹⁶.

Il fondamento del risarcimento dovuto a causa dei danni sofferti dal lavoratore impegnato in attività rischiose, è rappresentato dalla violazione dell'obbligo di garantire la sicurezza del lavoratore, sicché, il diritto al risarcimento deriva dal danno e non dall'attività rischiosa¹⁷.

Se l'infortunio si è verificato a causa della colpa esclusiva della vittima, la responsabilità del datore di lavoro viene esclusa, anche se l'evento si è verificato nell'ambito di un'attività rischiosa, e ciò a causa dell'assenza del nesso causale.

Il rischio dell'attività è valutato mediante il fattore di prevenzione degli infortuni e del nesso tecnico epidemiologico, ottenuto in base alla frequenza, gravità e costo dell'incapacità lavorativa, dai quali deriva la quantificazione della contribuzione dovuta.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale Supremo del Lavoro (TST), sono considerate attività a rischio, che comportano la responsabilità civile oggettiva

16 S. GERALDO DE OLIVEIRA, *A responsabilidade Civil por acidente do trabalho nas atividades de risco*, in N. MANNRICH, G. VOGEL, R. PAMPLONA FILHO, V. FLORINDO, Y. FREDIANI (org.), *Responsabilidade Socioambiental. Novos desafios do Direito do Trabalho. Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*, 1. ed., Porto Alegre, Magister, 2015 p. 222/3.

17 Y. FREDIANI, (org.), *Responsabilidade Socioambiental. Novos desafios do Direito do Trabalho. Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*, 1. ed., Porto Alegre, Magister, 2015 p. 222/3

del datore di lavoro¹⁸: il trasporto di merci e in carro, taglio della canna da zucchero, raccolta dei rifiuti, venditore in motocicletta, scaricatore di porto, attività in miniera sotterranea, torni meccanici e i laminatoi nella siderurgia.

La seduta plenaria del Supremo Tribunale Federale (STF) ha recentemente deciso che il lavoratore che lavora in attività ad alto rischio, ha diritto al risarcimento dei danni derivanti dall'infortunio sul lavoro, indipendentemente dalla prova della colpa o del dolo del datore di lavoro, poiché è costituzionalmente affermata la responsabilità civile oggettiva del datore di lavoro, sottolineando, tuttavia, che le attività a rischio devono essere specificate dalla legge.

La responsabilità soggettiva richiede la dimostrazione del danno, del nesso causale e della colpa o dolo del datore di lavoro, per generare il diritto al risarcimento alla vittima.

Mentre la copertura previdenziale corrisponde al mantenimento del lavoratore infortunato in ragione della sua natura alimentare e compensativa, la responsabilità civile ha un carattere risarcitorio ed è destinata a ripristinare lo *status quo ante*, senza alcun dubbio in ordine alla possibilità di cumulare l'indennizzo previdenziale e il risarcimento civilistico.

3.1. Il nesso causale

Il primo elemento d'indagine è rappresentato dal nesso causale che definisce la connessione tra lo svolgimento della prestazione lavorativa e l'infortunio sul lavoro o la malattia professionale, poiché, in assenza di un nesso causale, non esiste una base giuridica per il riconoscimento dell'indennizzo e, di conseguenza, della responsabilità civile del datore di lavoro.

La disciplina in materia di infortuni sul lavoro prevede il nesso causale:

- a) diretto - quando l'infortunio si verifica a causa del lavoro svolto;
- b) indiretto - quando l'infortunio si verifica senza che la vittima abbia seguito alcun lavoro (collasso, incendio, incidente stradale);
- c) concausa - quando l'infortunio è collegato al lavoro, ma si verifica a causa di altri fattori, come la malattia professionale derivante da sforzi ripetitivi.

Il nesso causale è invece escluso in caso di:

- a) colpa esclusiva della vittima;
- b) circostanze imprevedibili;
- c) forza maggiore;
- d) fatto del terzo.

Nelle suddette ipotesi, in assenza del nesso causale, non esiste alcuna responsabilità civile del datore di lavoro, anche se l'infortunio si è verificato nel luogo e nell'orario di lavoro.

18 S. GERALDO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 202.

3.2. La colpa del datore di lavoro e il concorso di colpa della vittima

Normalmente, la colpa del datore di lavoro viene valutata in ragione dell'inadempimento dell'obbligo legale di garantire la sicurezza e la salute dei propri lavoratori, rivelandosi attraverso l'imprudenza, l'imperizia e la negligenza.

Il concorso di colpa del lavoratore, invece, non elimina la responsabilità civile del datore di lavoro, determinando solo una riduzione proporzionale del risarcimento.

3.3. I danni patrimoniali, morali e non patrimoniali

L'esistenza del danno subito dalla vittima costituisce una condizione preliminare per la domanda di risarcimento del danno patrimoniale, che è suddiviso in:

- a) danno emergente, che corrisponde alle spese mediche, ospedaliere, per le terapie riabilitative, ecc.;
- b) lucro cessante, che corrisponde agli importi che la vittima non ha potuto percepire a causa dell'evento.

L'infortunio sul lavoro, occorso nelle ipotesi di sussistenza della responsabilità civile, genera automaticamente la presunzione di un danno morale che può essere applicato secondo il codice civile o il Testo Unico.

Il risarcimento del danno estetico si basa su qualsiasi alterazione fisica subita a causa dell'infortunio, come la perdita di un arto, una cicatrice o una deformità.

Se, oltre alle lesioni fisiche o psichiche, l'infortunio ha generato cambiamenti nello stile di vita della vittima, come ad esempio l'impossibilità di praticare attività fisica, sarà dovuto il risarcimento anche per il danno esistenziale.

3.4. Il risarcimento per il decesso del lavoratore

In caso di decesso del lavoratore, il risarcimento sarà calcolato come segue:

- a) i danni emergenti derivanti dalle spese di ricovero, rimozione della vittima, funerale, ecc., versati in unico pagamento previa prova delle spese sostenute;
- b) lucro cessante o rendita dovuta ai membri della famiglia a causa della morte del lavoratore, che ha causato l'interruzione dei relativi guadagni;
- c) danno morale, risarcimento in un unico pagamento, generalmente combinato con i danni emergenti.

Se il datore di lavoro stipula un contratto di assicurazione privata per coprire i rischi dei suoi dipendenti, sarà possibile detrarre gli importi pagati dall'assicuratore, conformemente alla giurisprudenza del Supremo Tribunale di Giustizia (STJ).

3.5. I beneficiari delle rendite

Ai fini della rendita, è richiesta la verifica della situazione familiare della vittima, ai sensi dell'art. 948 cod.civ., e cioè delle persone con cui il defunto aveva legami: vittima nubile che garantiva la sussistenza dei genitori; vittima coniugata

senza figli; vittima coniugata con figli grandi e piccoli; vittima in una relazione stabile con o senza figli; vittima obbligata ad alimenti al coniuge precedente, ecc.

Pertanto, ciascuna delle persone che hanno sofferto un danno a causa della morte del lavoratore, potrà agire in nome proprio per il risarcimento del danno, senza alcuna interferenza con gli eredi o successori, dal momento che l'importo risarcitorio non influisce sull'eredità, neppure sul piano della previdenza sociale.

Come regola generale, i beneficiari più frequenti sono:

- a) il coniuge o compagno che, ai sensi dell'art. 1723 cod.civ., se contrae nuove nozze o instaura una relazione stabile, perde il diritto alla rendita ai sensi dell'art. 1708 cod.civ., a meno che la rendita abbia natura di risarcimento del danno, posto che, in tale caso, non viene meno l'illecito che ha causato la morte;
- b) i figli del defunto economicamente dipendenti, minori o studenti fino a 25 anni, salvo se invalidi (art. 948, comma II, cod.civ.);
- c) i genitori fino all'età in cui il figlio avrebbe compiuto 25 anni, mentre, a partire da questa data, l'importo della rendita è ridotto della metà.

3.6. Il valore della rendita, la costituzione del capitale per garantire il suo pagamento e la sua durata

In ogni caso, la base di calcolo della rendita risarcitoria deve corrispondere al reddito della vittima, circostanza che non tiene conto delle possibili esigenze dei beneficiari.

L'art. 533 cod. proc. civ. ammette che la costituzione del capitale a garanzia dell'adempimento dell'obbligo di pagamento della rendita possa essere sostituita da garanzia bancaria o di natura reale.

L'art. 948, comma II, cod.civ. prevede la cessazione dell'obbligo di pagamento della rendita al raggiungimento dell'aspettativa di vita della vittima, secondo il criterio stabilito nella sentenza.

3.7. Il risarcimento in assenza di decesso del lavoratore

In assenza di decesso del lavoratore, le ipotesi di risarcimento del danno sono diverse e dipendono dall'estensione del danno sofferto, come la capacità residua di lavoro, la possibilità di riabilitazione, le lesioni estetiche, ecc., accertate attraverso perizia, vale a dire:

- a) in caso di pensionamento per invalidità, quando il lavoratore non è più in grado di esercitare la propria attività o la professione (art. 950 cod.civ.), posto che l'invalidità riconosciuta dall'INSS genera una presunzione di incapacità in ambito civilistico sul piano della responsabilità civile del datore di lavoro;
- b) in presenza di una riduzione della capacità, quando il lavoratore ha subito lesioni parziali e definitive per la sua attività di lavoro;

- c) la revisione della pensione costituisce un'ipotesi inapplicabile perché, in questo caso, la rendita non ha natura di mantenimento, ma di risarcimento del danno subito;
- d) il pagamento in un'unica soluzione è applicabile solo quando il beneficiario è la stessa vittima che ha subito una invalidità permanente, totale o parziale (paragrafo unico dell'art. 950 cod.civ.);
- e) incapacità temporanea fino al completo recupero per la ripresa dell'attività lavorativa, senza postumi o riduzione della capacità lavorativa.

Per tutto quanto sopra, nell'ordinamento brasiliano esistono due sistemi di riparazione in favore del lavoratore che subisce un infortunio sul lavoro o una malattia professionale, ovvero l'indennità liquidata dall'INSS, che deriva dal pagamento della contribuzione da parte del datore di lavoro, e il risarcimento civile dovuto dal datore di lavoro, secondo quanto accertato durante il giudizio e in base alle circostanze del caso concreto¹⁹.

SEZIONE IV

NUOVI RISCHI SUL LUOGO DI LAVORO

E POTERE DI CONTROLLO DEL DATORE DI LAVORO

4.1. I cambiamenti nel mondo del lavoro flessibile

L'introduzione delle nuove tecnologie ha generato un rapido e irreversibile cambiamento nelle abitudini delle persone, nel modo in cui producono e anche nel modo in cui lavorano, tanto nei settori dell'agricoltura, industria, commercio, quanto in quelli dei trasporti e prestazione di servizi.

Infatti, nell'agricoltura e nell'allevamento, le attività manuali sono vantaggiosamente sostituite da attrezzature sempre più sofisticate. Solo per fare qualche esempio, la raccolta meccanica della canna da zucchero sostituisce progressivamente il lavoro umano, eliminando gli incendi e preservando l'ambiente.

Nel settore dell'allevamento, la ricerca ha ottenuto importanti risultati nella produzione di pollame, maiali, bovini e latte, garantendo progressi significativi anche nel controllo di parassiti e malattie.

Nel commercio e nella prestazione di servizi, appaiono sempre nuove forme di assistenza dei clienti con una predominanza delle vendite *online* di vari prodotti e della consegna tramite posta o fattorini.

Nel trasporto, la costruzione di linee metropolitane senza la presenza fisica degli operatori ferroviari, lo sviluppo di veicoli autonomi, la vendita di biglietti tramite internet, sono solo piccoli esempi delle trasformazioni che hanno provocato il cambiamento nelle abitudini e nei costumi praticati in passato.

19 Y. FREDIANI, (org.), *Responsabilidade Socioambiental. Novos desafios do Direito do Trabalho. Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*, 1. ed., Porto Alegre, Magister, 2015 p. 222/3.

È importante ricordare che tali cambiamenti non si limitano ai settori tecnologici, ma anche ai cambiamenti climatici e ambientali, con l'emergere dei cosiddetti lavori verdi ed energie rinnovabili, nonché ai cambiamenti demografici, con l'invecchiamento della popolazione e le esigenze sanitarie future della popolazione anziana, i servizi di badanti esterni o domestici, dovendosi ricordare, a causa della reale importanza e impatto, anche la moltiplicazione dei flussi migratori, difficili da controllare da parte dei diversi paesi.

Pertanto, tutte queste trasformazioni nel mondo del consumo fisico hanno generato effetti anche nel mondo del lavoro e nel mercato del lavoro, con la sostituzione progressiva e irreversibile del tradizionale modello di rapporto di lavoro, fondato sullo svolgimento di prestazioni presso la sede dell'azienda, di solito caratterizzato da contratti di lavoro a tempo indeterminato e da una serie di diritti derivanti dal rapporto di lavoro, anch'essi regolati da contratti o accordi collettivi di lavoro.

Si segnala, inoltre, come conseguenza della nuova era, la proliferazione dei cosiddetti contratti atipici, che hanno assunto, in numerosi ordinamenti, il significato di normali forme di prestazione lavorativa, come apprendistato, tirocinio, part-time e contratti a tempo determinato, contratti temporanei ed esternalizzati, lavoro autonomo e il cosiddetto lavoro *freelance*, rilevando che la maggior parte di questi lavoratori, se non tutti, si pongono al di fuori di qualsiasi regolamento, essendo responsabili di una crescente evasione fiscale, sebbene remunerati per i servizi svolti.

Occorre altresì ricordare i lavoratori “*on demand*” o “a chiamata”, reclutati attraverso le piattaforme digitali, quelli intermittenti, recentemente regolamentati nell'ordinamento brasiliano, e le centinaia di lavoratori informali che svolgono le più svariate attività, per le quali è necessario porsi due interrogativi, dal momento che svolgono attività al di fuori del modello tradizionale o attraverso contratti atipici:

- a) che tipo di protezione legale e previdenziale offre o può offrire il sistema legale?
- b) come è possibile proteggere il lavoratore, indipendentemente dalla tipologia di lavoro svolto?

Nell'attuale contingenza, almeno per quanto riguarda il Brasile, sarebbe difficile e persino impossibile ottenere risposte dirette, soddisfacenti ed efficienti, a entrambe le domande sopra formulate, che devono essere risolte dall'ordinamento giuridico in un breve periodo di tempo.

Va notato che i lavoratori *on demand*, tramite l'app, attualmente comprendono un vasto esercito di lavoratori informali, impegnati in particolare in compiti semplici, ma integrati nella vita quotidiana delle persone mediante la consegna di pasti o merci, documenti, trasporti automobilistici, lavoro domestico di lavoratori a giornata, riparazioni domestiche, ecc. (l'esempio più emblematico è il trasporto di persone via Uber), dovendosi rilevare come la fornitura di tali

servizi si sia sviluppata al di fuori di qualsiasi parametro legale di regolazione o protezione.

Alla luce di questo scenario di incertezza, alcune app di consegna di beni forniscono, ai lavoratori collegati alle numerose piattaforme, un'assicurazione sulla vita e sui mezzi di trasporto utilizzati, oltre a corsi per autisti e personale addetto alle consegne, senza alcun costo per gli utenti, né per coloro che lavorano tramite l'app.

In linea di principio, l'assicurazione contro gli infortuni copre le spese mediche e dentistiche, mentre la copertura è operativa fintantoché l'utente è in transito, registrato nell'applicativo, su qualsiasi tipo di veicolo, compresi motocicli e biciclette.

Si ritiene che questa nuova concessione derivi dal fatto che la grande maggioranza di questi fornitori di servizi svolgono la propria attività senza alcun legame formale e senza alcuna protezione, posto che solo una porzione molto limitata degli stessi opera in qualità di MEI (Micro Imprenditore Individuale).

Tuttavia, non si può ignorare che l'ingresso di questi lavoratori nel mercato del lavoro è considerato un fattore che mitiga gli effetti della crisi economica, consentendo ai lavoratori disoccupati di svolgere un'attività retribuita.

Attualmente, i lavori cambiano di direzione e di contenuto all'interno o all'esterno del territorio nazionale, richiedendo manodopera più qualificata e meno costosa; in questo senso, il Brasile è completamente svantaggiato, perché il costo medio di un dipendente, per l'imprenditore, è pari al 102% della retribuzione corrisposta.

Sfortunatamente, la mancanza di revisione della spesa per il personale, determina uno svantaggio per i lavoratori brasiliani rispetto ad altri standard internazionali. Non si sta pensando, ovviamente, ad un ritorno all'eccessivo sfruttamento del lavoratore da parte dell'imprenditore, ma alla necessità di rivedere questi costi, in modo che la forza lavoro brasiliana sia competitiva rispetto ad altri paesi, cosa che non accade attualmente, dal momento che il Brasile non è in grado di adattarsi alla nuova realtà delle nuove tecnologie e modalità di lavoro, con la conseguenza che sicuramente soccomberà dinanzi ai profondi mutamenti dell'industria, commercio, agricoltura, trasporti e servizi.

Anziché affermare che il lavoro digitale elimina i posti di lavoro, è necessario e importante sottolineare che la nuova economia globale, aumentando la sua efficienza, promuove la competitività tra le aziende, espandendo e preservando i posti di lavoro esistenti, anche perché non tutte le attività o le forniture di servizi possono essere immediatamente informatizzate.

L'accesso alla conoscenza delle nuove tecnologie e la promozione di manodopera qualificata sono irreversibili, muovendosi a una velocità senza eguali, con l'effetto che, alla comparsa di ogni nuova tecnologia, le precedenti diventano, in brevissimo tempo, automaticamente e rapidamente obsolete.

La flessibilità del mercato del lavoro deriva dalla forza dell'economia, della produzione e della necessaria sistemazione del mercato stesso, perché ciò che precarizza il rapporto di lavoro non sono i nuovi sistemi di informatizzazione e robotizzazione utilizzati, ma il loro uso inadeguato e abusivo, essendo necessaria e indispensabile la definizione di regole per la protezione dei lavoratori digitali, come è finora accaduto, timidamente, con la regolamentazione del telelavoro.

4.2. Gli effetti dell'informatizzazione e della robotizzazione

Dal punto di vista aziendale, non vi è alcun dubbio sulla reale utilità dei *robot*, che non hanno bisogno di richiedere salari migliori, orari di lavoro o altri benefici, non partecipano agli scioperi e, in futuro, saranno più capaci e persino più economici, ottimizzando le spese fisse di un'azienda.

È importante sottolineare che, se questi cambiamenti provocati dalle nuove tecnologie sostituiscono le attività dannose in ambienti malsani o pericolosi, non c'è nulla di cui pentirsi, e non è troppo ricordare che, nell'industria automobilistica, numerose attività che sono altamente dannose per i lavoratori, sono state vantaggiosamente sostituite dai *robot*, come, ad esempio, i punti di saldatura nelle macchine e la verniciatura dei veicoli.

Tuttavia, è necessario prestare attenzione allo svuotamento strutturale che può essere generato con l'automazione quasi completa dei mezzi di produzione, rivelando, pertanto, che l'adattamento dei lavoratori è essenziale per l'esercizio di compiti rimanenti non coperti o eseguiti dai *robot* o attrezzature meccanizzate.

Nonostante gli effetti della rivoluzione 4.0 e del progresso tecnologico, si spera che non mancheranno lavori per coloro che hanno l'opportunità di acquisire nuove conoscenze per svolgere attività che sono più difficili da automatizzare.

Si ritiene che l'adattamento dei lavoratori più qualificati sarà più facile di quelli che non sono allo stesso livello, per i quali l'esclusione dal mondo del lavoro sarà sempre più accentuata; tuttavia, anche i lavoratori con meno formazione dovranno adattarsi alla nuova realtà, supponendo che saranno sempre necessari piccoli lavori e attività di minore importanza, al di fuori delle aree tecnologicamente più avanzate.

La conclusione attuale è che verranno distrutti innumerevoli posti di lavoro e ne verranno creati altri, a fronte di cambiamenti tecnologici nella produzione e nel comportamento della società con maggiore efficienza nella produzione di beni e servizi, e conseguente riduzione dei costi.

Le nuove tecnologie digitali hanno cambiato in modo significativo il modo in cui vengono eseguite le attività, poiché, mentre le normali attività di un cassiere, ad esempio, sono state vantaggiosamente sostituite dal *self-service*, altri servizi sono stati creati e rivolti ai clienti delle banche, il che significa che il posto di lavoro non è scomparso, ma il suo contenuto è cambiato.

Sulla base di queste considerazioni, sembra che il futuro dei rapporti di lavoro sarà segnato da un minore numero di posti di lavoro tradizionali e dalla

proliferazione dei contratti atipici e autonomi, di fronte ai costanti cambiamenti nel mercato del lavoro derivanti dalle nuove tecnologie.

Attualmente, il ricorso ai telelavoratori nei sistemi di *home office* oppure *home base*, è ancora poco sviluppato nell'ordinamento brasiliano, e possono individuarsi lavoratori subordinati oppure autonomi che operano in favore del fornitore di servizi.

4.3. La salute sul luogo di lavoro e i lavoratori digitali

La preoccupazione per la tutela della salute fisica del lavoratore è sempre stata una sfida. Basti prendere come riferimento la frequenza degli incidenti gravi, e perfino mortali, dovuti alla mancanza di un sistema efficiente che preservi la salute del lavoratore, come, ad esempio, la sordità professionale che, in origine, fu provocata dall'espansione delle ferrovie.

Gli esempi si sono moltiplicati e, per ogni regione del globo e per il tipo di attività, anche le lesioni subite dal lavoratore sono cresciute in modo sproporzionato, generando numerosi studi sulle lesioni e sulle malattie presentate, che hanno condotto a vari sistemi di protezione e conservazione della salute del lavoratore negli ultimi due secoli.

Di recente, nonostante l'introduzione di nuove tecnologie, l'informatizzazione e la robotizzazione, vi sono innumerevoli casi di LER (lesione per sforzo ripetitivo) che colpiscono i lavoratori le cui attività consistono in compiti ripetitivi e che, in un futuro non troppo lontano, saranno svolte dai *robot*, non essendo eccessivo affermare che, con ogni nuova tecnologia implementata nell'arsenale produttivo, vengono scoperte nuovi fattori di pericolo per l'essere umano.

Attualmente, i giovani non sono in grado di concepire un mondo senza cellulare, Ipad, PC, Internet, ecc., dimenticando che l'uso eccessivo di tali apparecchiature può causare disturbi alla salute in modo preoccupante; tali disturbi sono stati frequentemente analizzati da studiosi della medicina del lavoro, che evidenziano le innumerevoli lesioni che si verificano in particolare sulla funzione oculare, dal momento che sono considerati fattori aggressivi, tra gli altri, anche i *pixel*, la luminosità locale, la postura e gli abitudini individuali.

Il problema più grande che si presenta in relazione ai lavoratori digitali, sta nel mantenimento e nella conservazione della loro salute, in quanto è noto che colui che svolge le sue attività nello spazio fisico dell'azienda, è soggetto al rispetto di regole specifiche, come la limitazione del lavoro quotidiano, le pause per il riposo e il pranzo, il riposo notturno, fatte salve le regole imposte dal sistema sanitario professionale ad ogni specifica attività, una circostanza che, evidentemente, non si verifica per il lavoratore a distanza.

Infatti, se il lavoratore a distanza che gestisce il proprio terminale o quello fornito dal datore di lavoro, utilizza la stessa attrezzatura senza osservare i criteri minimi relativi alla sua salute, rimanendo ore interminabili davanti allo schermo, senza pause o attività ricreative, e senza il necessario comfort ergonomico e la

disconnessione, non è difficile immaginare che questi soggetti saranno presto portatori di malattie professionali causate dalle nuove tecnologie.

Tuttavia, è necessario conoscere le situazioni concrete che interessano il lavoratore digitale. Una ricerca condotta dai professionisti della medicina del lavoro ha rivelato quanto segue:

- a) L'uso dei *computer* è quotidiano e si stima che circa 70 milioni di terminali siano gestiti per diverse ore ininterrottamente, e che circa il 75% degli occupati nel mondo utilizzi attualmente i *computer* e, di questi il 30% sia costituito da lavoratori a tempo pieno;
- b) La nuova tecnologia ha modificato gli standard sociali del lavoro e della vita privata del cittadino e, di conseguenza, genera rischi per la salute degli occhi e della vista del lavoratore digitale, rivelando, tra i più comuni, l'affaticamento visivo, secchezza e arrossamento degli occhi, appannamento o visione offuscata;
- c) Il lavoratore digitale, fissando lo sguardo su uno schermo, sbatte le palpebre un numero di volte inferiore a quello che farebbe normalmente, al di fuori del lavoro con un *computer*, un *tablet* o un telefono cellulare, creando, quindi, disidratazione degli occhi. A questo proposito, l'utente di PC, iPad, telefono cellulare, non può e non deve rimanere per molte ore fissando lo schermo senza ricorrere ad alcuni accorgimenti elementari, come fare brevi pause, sbattere le palpebre, usare colliri idratanti, avere un'illuminazione adeguata, una posizione comoda, ecc.
- d) La causa determinante dei sintomi sopra menzionati, deriva dalla necessità, per il lavoratore, di fissare lo sguardo a diverse distanze e direzioni durante la sua attività, sovraccaricando la cosiddetta visione binoculare (in media una persona sbatte le palpebre 22 volte al minuto mentre, davanti allo schermo, questo numero è ridotto a 7 volte al minuto);
- e) Va notato inoltre che l'operatore davanti allo schermo aumenta maggiormente l'apertura degli occhi e, di conseguenza, espone maggiormente la congiuntiva oculare all'ambiente e il sistema lacrimale all'evaporazione, aggravandosi questa situazione per coloro che indossano le lenti a contatto;
- f) Oltre al lavoro continuo per diverse ore davanti allo schermo, altri fattori, ugualmente rilevanti, sono l'illuminazione del luogo di lavoro, l'età del lavoratore, la durata del turno diurno o notturno, la posizione di lavoro davanti allo schermo e la scarsa umidificazione dell'ambiente, causata dall'aria condizionata, presente nella maggior parte dei luoghi;
- g) Le attività dei professionisti digitali comportano anche rilevanti oneri mentali, il che significa che non è solo la vista del lavoratore ad essere compromessa.

4.4. Il potere direttivo del datore di lavoro

Il potere direttivo del datore di lavoro nei confronti del lavoratore digitale, sebbene ridimensionato in ragione dello svolgimento dell'attività lontano

dalla sede aziendale, dovrebbe essere esercitato, per quanto possibile, attraverso istruzioni e linee guida impartite a beneficio del lavoratore, poiché quest'ultimo, svolgendo l'attività nella propria abitazione, difficilmente sarà indotto a limitarsi o a rispettare le misure di prevenzione a tutela della sua salute al fine di evitare l'insorgenza di malattie professionali.

Diversamente, le nuove tecnologie, pur offrendo maggiore sicurezza, efficienza e velocità nelle diverse forme di prestazione del servizio, saranno anche responsabili dell'emergere di nuove malattie professionali che potrebbero essere evitate con semplici accorgimenti e senza particolari costi aggiuntivi, preservando la salute del lavoratore digitale.

È necessario evidenziare l'iniziativa pionieristica dell'UE che, attraverso una specifica direttiva specifica, ha stabilito le condizioni minime per preservare la salute del lavoratore digitale, quali: valutazione ergonomica, esami oculistici regolari (al momento dell'assunzione e periodici), protezione degli occhi, ecc., concludendo che la promozione della salute degli occhi è la base per una buona qualità della vita.

Potere di controllo del datore di lavoro e *privacy* del lavoratore

Luiz Eduardo Gunther, Marco Antônio César Villatore

SOMMARIO: 1. I significati della vita pubblica e privata. – 2. Differenze tra le parole *privacy* e intimità. – 3. I diritti fondamentali e della personalità e i diritti alla *privacy* e all'intimità. – 4. Le conseguenze della violazione dei diritti alla *privacy* e all'intimità nell'ambito dei rapporti tra lavoratori e datore di lavoro. – 5. Considerazioni finali.

1. I significati della vita pubblica e privata

Siamo entrati nel secolo XXI con alcune importanti domande, per le quali non abbiamo ancora risposte definitive. Come separare il pubblico (vita pubblica) dal privato (dalla vita privata)? Ci sono limiti da osservare in questa dimensione? Come stabilire quando una determinata situazione di vita è completamente pubblica e, quindi, suscettibile di essere conosciuta (dal pubblico)? Quando, d'altra parte, diventa necessario garantire che non siano divulgate determinate situazioni che possano violare la *privacy* o l'intimità di determinate persone?

Se il tema individuato ha questa ampiezza nelle relazioni pubbliche e private osservate nella società (relazioni sociali) in generale, cosa si può dire dei rapporti che coinvolgono datori di lavoro e lavoratori?

Pertanto, prima di approfondire il tema specifico della *privacy* e dell'intimità, è importante esaminare brevemente la distinzione tra vita pubblica e privata.

Lo scrittore inglese Frederick Forsyth, nel suo libro *Senza perdono*, racconta la storia di un uomo ricco e di successo, che ha avuto tre vite: vita pubblica, vita privata e vita segreta. La sua vita pubblica e professionale era rappresentata dal «magnate che aveva conquistato la città, il centro finanziario di Londra». La vita privata, che non è «necessariamente ciò che è implicito in questa», dal momento che «alcuni uomini conducono la propria vita privata sotto i riflettori della pubblicità». Aveva anche una vita segreta. Per quanto riguarda la vita pubblica, «è stata regolarmente riportata nelle colonne finanziarie dei giornali e nei programmi TV». Per quanto riguarda la vita privata, le notizie al riguardo «potrebbero essere trovate sui giornali, alcune in prima pagina»; infatti, «era un uomo che viveva nelle notizie giornalistiche». Per quanto riguarda la vita

segreta, «era qualcosa di diverso e poteva essere riassunto in una parola: noia»¹. Quest'ultima parte della vita di quest'uomo era qualcosa che riguardava solo lui. Segreta, pertanto.

In quale momento e luogo potrebbe sorgere la chiara distinzione tra pubblico e privato? Quando la borghesia acquisì importanza e le città si svilupparono, a partire dal XVI secolo, cominciò ad emergere una distinzione sempre più chiara tra pubblico e privato. La prima parola (pubblico) indica ciò che è aperto alla considerazione di tutti, e la seconda (privato), la parte della vita relativa alla famiglia e agli amici. Con la Rivoluzione francese si accentuarono le differenze tra la sfera pubblica e quella privata dell'individuo. Queste due sfere, senza dubbio, devono essere distinte oggi; la sfida contemporanea è stabilire i loro limiti².

Una delle studiosi che ha approfondito la condizione umana nel secolo XX, Hannah Arendt, definisce le differenze tra pubblico e privato. Il termine "pubblico" indicherebbe «due fenomeni strettamente correlati, ma non perfettamente identici». In primo luogo, significa «che tutto ciò che diventa pubblico può essere visto e ascoltato da tutti, con la massima diffusione possibile». In secondo luogo, il termine "pubblico" simboleggia «il mondo stesso, in quanto è comune a tutti noi, e diverso dal luogo che riguarda il nostro interno». Per questa autrice, «la sfera pubblica, in quanto mondo comune, ci unisce nella reciproca compagnia e, tuttavia, ci impedisce di scontrarci, per così dire»³.

La sfera privata, ancora nell'analisi di Hannah Arendt, può trovare una spiegazione a partire dalla sfera pubblica. È dalla «multipla importanza della sfera pubblica che il termine privato, nella sua forma originale di privazione, assume significato». Vivere una vita interamente privata «significa prima di tutto essere privati delle cose essenziali per una vita autenticamente umana». In altre parole, «essere privati della realtà che ci deriva dall'essere visti e sentiti dagli altri». In questo senso, «essere privati di un rapporto "oggettivo" con gli altri», che nasce «dall'essere, al tempo stesso, in relazione con loro e separati da loro, grazie alla mediazione di un mondo comune di cose; essere privati della possibilità di acquisire qualcosa di più duraturo della vita stessa». In sintesi: «la privazione implicita nella *privacy* consiste nell'assenza degli altri». Vale a dire, per questi (altri), «l'uomo privato non si fa conoscere e, quindi, è come se non esistesse». Qualunque cosa faccia "l'uomo privato", «rimane senza importanza o conseguenza per gli altri, e ciò che conta per lui non è di alcun interesse per gli altri»⁴.

1 F. FORSYTH, *Sem perldão*. 2. ed., trad. di A. B. Pinheiro de Lemos, Rio de Janeiro, Editora Record, p. 9-10.

2 L.B. RAMOS, *O direito fundamental da reserva de intimidade da vida privada e familiar*, Lisbona, BFDUL, 1988, p. 143.

3 H. ARENDT, *A condição humana*, trad. di R. Raposo, Rio de Janeiro, Forensics - University, 1987, p. 59-68.

4 *Ibidem*, p. 68-78.

Quando si esaminano le differenze tra la sfera pubblica e privata, occorre anzitutto rilevare che le stesse risalgono ai tempi della Grecia e della Roma antica; tuttavia, i concetti di sfera pubblica e pubblicità sono strettamente «collegati alle concezioni del XVIII secolo sulla società civile». Non c'è dubbio, tuttavia, che il pensiero sociale del secolo XX ha continuato ad interessarsi di quello che viene visto come “eccessivo privatismo” e “un corrispondente declino della vita pubblica”.

Come pare evidente, il modo stesso di pensare al rapporto tra pubblico e privato è influenzato dal «riconoscimento tardivo dell'importanza della comunicazione di massa». Si parla di società civile come parte dello Stato «che si occupa dell'elaborazione del consenso, non della coercizione o del dominio formale». È la sfera della “politica culturale”. Le istituzioni della società civile comprendono la chiesa, le scuole, i sindacati e altre organizzazioni «attraverso le quali la classe dirigente esercita la sua egemonia sulla società». Per lo stesso ordine di idee, si configura anche come «l'arena in cui questa egemonia è passibile di contestazione»⁵.

Vi sono alcune opere scientifiche che collegano gli studi di psicoanalisi al diritto, nell'intento di comprendere ciò che è pubblico o privato. La teoria psicoanalitica, istituita come nuova conoscenza più di un secolo fa, è ancora sostenuta e sviluppata nella sua originalità.

È anche richiesta la pratica della psicoanalisi, «come metodo di guarigione o di organizzazione e intervento istituzionale». Entrambi «sono sempre stati strettamente collegati alle circostanze del loro tempo». In questo secolo che sta iniziando, la psicoanalisi è stata chiamata a «occuparsi delle emergenze che si presentano nei campi psichici e sociali».

Allo stesso modo, è spesso sollecitata da altre conoscenze e pratiche che «non rinunciano a un certo grado di conoscenza della soggettività e richiedono una relazione transdisciplinare».

Considerando il diritto come una scienza normativa, queste «intersezioni contemporanee» possono essere costruite nel terreno conflittuale «dei diritti elementari (diritti umani, crimini atroci ...)», così come nelle «varie relazioni della materia con lo Stato (cittadinanza, pubblico/privato, sicurezza, stato di eccezione, terrore statale, guerra, pena di morte, genocidio)». In questo modo, sembra che «il malessere inerente ai tempi contemporanei» richieda una «confluenza di sforzi per comprendere e intervenire sulle sue manifestazioni»⁶.

5 W. OUTHWAITE, T. BOTTOMORE, *Dicionário do pensamento social do século XX*. Traduzione di Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editora, 1996. p. 257 e 718.

6 V. DE PAULO BARRETO (Coord.), *Dicionário de filosofia do direito*, São Leopoldo/Rio de Janeiro, UNISINOS/RENOVAR, 2006. p. 674.

Presentate queste nozioni iniziali, volte a introdurre il tema complesso della distinzione tra vita pubblica e privata, è necessario distinguere, più in profondità, le parole *privacy* e intimità.

2. Differenze tra le parole *privacy* e intimità

Quando pronunciamo le parole *privacy* e intimità, di solito non comprendiamo o riflettiamo sulla possibile differenza tra queste parole.

È quanto, inoltre, si trova anche nei dizionari di lingua portoghese che esaminano questa terminologia. In un primo dizionario consultato, il termine *privacy*, di origine inglese, sarebbe un sostantivo femminile che corrisponde alla vita privata, all'intimità, alla riservatezza. Per quanto riguarda l'*intimità*, si considera la qualità dell'intimità, dell'amicizia intima, delle relazioni intime, della familiarità⁷.

Un altro dizionario distingue anche tra queste parole. La *privacy*, in quanto sostantivo femminile, corrisponderebbe alla vita privata, alla vita intima, all'intimità, mentre il termine intimità, sempre un sostantivo femminile, significherebbe qualità «dell'intimità, vita intima, vita privata, trattamento intimo»⁸.

Al di là del significato che si ricava dalla lingua parlata, vi sono altri significati attribuibili a quelle parole. La parola intimità, per esempio, ha un significato in filosofia, teologia e psicologia. Dal punto di vista filosofico, l'intrinseco è intimo, «che è ciò che sta molto all'interno; ciò che è nel cuore dell'anima, della mente, del cuore». In questo senso, viene anche utilizzato in relazione alla «parte più interna di una cosa, la parte più profonda di essa».

In teologia, d'altra parte, «parliamo dell'intimità di Dio, della realtà molto intima dell'Essere Supremo, che sarà, per molti, per sempre inconoscibile». Nel campo della psicologia, l'intimità è definita come qualcosa di «non trasferibile, e anche in riferimento a ciò che è comunicabile tra gli uomini». Nelle esperienze psicologiche si riconosce sempre un elemento di intimità «che non può mai essere comunicato agli altri». In questa intimità, quindi, ogni peculiarità assume valore, «che è la necessità di tutte le cose, che non è mai comunicabile»⁹.

Dal punto di vista sociologico, Anthony Giddens aggiunge che l'intimità «implica una democratizzazione totale del dominio interpersonale, in un modo pienamente compatibile con la democrazia nella sfera pubblica». Vi sono anche ulteriori implicazioni, poiché la trasformazione dell'intimità «potrebbe avere un'influenza sovversiva sulle istituzioni moderne nel loro insieme». In questo modo, un mondo sociale in cui la realizzazione emotiva si sostituisce alla

7 *Michaelis: moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998. p. 1.698 e 1.171.

8 A. BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, 3. ed. totalmente rivista e ampliata, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1999. p. 1640 e 1128.

9 M. FERREIRA DOS SANTOS, *Dicionário de filosofia e ciências culturais*, São Paulo: Editora Maltese, 1963. v. 3. p. 817.

«massimizzazione della crescita economica», potrebbe essere «molto diverso da quello che conosciamo oggi»¹⁰.

L'uso della *privacy*, nel corso della storia umana, «è estremamente comune e rappresenta il rinnovamento dei legami con la comunità», senza il quale «nessuna delle cristallizzazioni specifiche della vita sociale potrebbe verificarsi (come civiltà, costumi, istituzioni e governi)». Nel nostro secolo sembra che stiamo assistendo a «un'altra e vigorosa resurrezione del privato». Si può dire che è all'interno del tessuto della vita quotidiana, «immune alla sfera della politica, con tutti i suoi slogan e giochi di potere, che si trova la sovranità sociale». Non sembra esserci dubbio che questa sovranità trae la sua piena forza «dal fatto che rimane nascosta, dall'essere una forza nascosta che non ha nulla a che fare con l'apparenza del potere»¹¹.

Il termine *privacy* è diventato di moda, ma cosa significa veramente considerando, in particolare, ciò che oggi si chiama “società di rete” o “società dell'informazione”?

Faith Popcorn e Adam Hanft registrano nel loro “Dizionario del futuro” che se si fosse redatta oggi la Dichiarazione dei Diritti, è probabile che «il diritto alla *privacy* sarebbe in compagnia con le altre tutele esistenti». Non solo Internet rappresenterebbe il pericolo, anche se certamente lo arricchisce: «i microprocessori delle nostre auto e persino i vestiti che indossiamo faranno conoscere la nostra posizione praticamente in ogni minuto della giornata». La protezione della *privacy*, guidata da queste intrusioni, «promette di essere un'industria multi-miliardaria, con innovazioni come “Omniva”¹² che fa sparire l'e-mail». Certamente la *privacy* «è un problema che riguarda non solo le persone, ma anche le imprese». Questa sarà una delle battaglie più eccitanti del secolo XXI, poiché la tecnologia che favorisce «l'invasione della *privacy*, combatte la tecnologia che agevola la *privacy*, in una guerra senza sangue ma con alte scommesse»¹³.

Il Dizionario del futuro prevede che diventeranno celebri due espressioni: “senza tracciamento” e “osservatori della *privacy*”. Per descrivere le persone che evitano in modo aggressivo «il comportamento che consente al governo, alle aziende e alle altre istituzioni di prendere coscienza del loro comportamento individuale», useremo l'espressione “senza tracciamento”. Questi individui, considerati paranoici da alcuni, «pagano in contanti, evitano gli sportelli bancomat, usano i telefoni fissi e non usano i telefoni cellulari». Per coloro che verranno

10 A. GIDDENS, *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*, Traduzione di Magda Lopes, San Paolo, Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993. p. 11.

11 W. OUTHWAITE, T. BOTTOMORE, *op. cit.*, p. 606-607.

12 Azienda e tecnologia che consentono all'utente il controllo totale sui messaggi di posta elettronica, incluso il consentire loro di scomparire prima di raggiungere la destinazione.

13 F. PORCORN, A. HANFT, *O dicionário do futuro: as tendências e expressões que definirão nosso comportamento*, Traduzione di Maurette Brandt, Rio de Janeiro, Campus, 2002. p. 357.

chiamati in questo modo, non sarà mai possibile prendere in considerazione nessuno dei sistemi di “pagamento automatico dei pedaggi” e, inoltre, «spendere centinaia di dollari in *softwares* di sicurezza informatica che bloccano qualsiasi tracciamento dei dati»¹⁴.

In futuro avremo anche persone chiamate “osservatori della *privacy*”, secondo lo stesso dizionario. Saranno «agenti intelligenti che viaggeranno con te, da un sito all'altro, disabilitando qualsiasi meccanismo di tracciamento (sono più intelligenti dei *cookie*)». Attualmente, tutti i meccanismi di *privacy* su Internet sono passivi, sarebbe a dire – vale la pena precisare – che «devi fidarti dell'affidabilità di un sito web o di un meccanismo di ricerca». In futuro, i cosiddetti guardiani della *privacy* saranno “energici” e daranno a ciascun individuo «la capacità di neutralizzare osservatori e localizzatori invece di fare affidamento sulle promesse discutibili di qualcun altro»¹⁵.

I dizionari legali si occupano anche di distinguere la *privacy* dall'intimità, sebbene non sia un compito facile, poiché il dubbio rimane. Le due parole, dopo tutto, significano la stessa cosa? Quando si verifica la violazione della *privacy* o la violazione dell'intimità?

Il Dizionario giuridico dell'Accademia Brasiliana di Scienze Legali definisce la parola “*privacy*” come un neologismo e come un diritto fondamentale, che significa «caratteristica della vita privata dell'individuo, la cui inviolabilità è garantita dallo Stato». Aggiunge, come sinonimo, «intimità; al contrario della vita pubblica. CRFB, art. 5, X»¹⁶. Nella voce relativa al “diritto all'intimità”, lo definisce come un precetto della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (art. XII)¹⁷, «previsto contro le interferenze nella vita privata di qualsiasi persona, nella sua famiglia, nella casa o nella corrispondenza». Aggiunge, inoltre, «qualsiasi attacco all'onore e alla reputazione. CRFB, art. 5°; LX; ONU, Patto (I), 1996, art. 17». Nella stessa opera, l'espressione “diritto alla *privacy*” è equiparata a “diritto alla intimità”¹⁸.

Nel suo Dizionario Giuridico, Maria Helena Diniz identifica il “diritto alla intimità” con il “diritto alla *privacy*”. Quando definisce il primo, lo intende come «la zona spirituale riservata della persona». Riguarderebbe il diritto di essere soli, al segreto intimo, «la cui minima pubblicità disturba»; e anche «alla vita amorevole, alle proprie convinzioni, all'inevitabile situazione di pudore personale, al

14 *Ibidem*, p. 361.

15 *Ibidem*, p. 361- 362.

16 Brasile. Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile, 5 ottobre 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 14 novembre 2017, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consultato il 23 ottobre 2019.

17 BRASILE. Decreto 19.841, del 22 ottobre 1945. Diário Oficial da União, Brasília, del 22 ottobre 1945, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Consultato il 23 ottobre 2019.

18 J. M. OTHON SIDOU, *Dicionário jurídico*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária/Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1995, p. 613, 251 e 252.

dolore di perdere i propri cari, alla malattia». Sarebbe “la sfera confidenziale” (*specie*) del diritto alla *privacy* (*genus*)¹⁹.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves intende l'intimità come «un aspetto parziale della *privacy*», sostenendo che, in essa, «la protezione dell'azione individuale è più intensa, comprendendo le sfere di riservatezza e segretezza». In questo senso, l'intimità sarebbe opponibile anche alle persone alle quali non si potrebbe opporre il diritto alla *privacy*²⁰.

Non è difficile, pertanto, comprendere le difficoltà di differenziare le parole *privacy*/intimità, diritto alla *privacy*/diritto all'intimità. Poiché queste espressioni sono contenute nel diritto costituzionale, nel diritto civile e, di riflesso, nel diritto del lavoro, si ritiene essenziale ricorrere a fonti dottrinali specifiche a questo riguardo.

3. I diritti fondamentali e di personalità e i diritti alla *privacy* e all'intimità

La questione dei diritti fondamentali è oggi principalmente di competenza delle Costituzioni e del Diritto Costituzionale. È in questo contesto che i diritti fondamentali sono delimitati, stabiliti o garantiti. I diritti personali si basano anche su queste garanzie costituzionali, che specificano i significati della *privacy* e dell'intimità, a volte dando l'impressione che questi ultimi diritti siano identici, a volte differenziandoli.

In Brasile vi sono costituzionalisti che, quando si riferiscono al diritto alla vita privata, includono nella stessa il segreto bancario/fiscale, l'inviolabilità del domicilio e la segretezza delle comunicazioni²¹. L'intensità della relazione tra questi diritti è così forte che questi costituzionalisti rafforzano la connessione della parola *privacy* con altri diritti simili, come il segreto bancario/fiscale, inviolabilità del domicilio e la riservatezza delle comunicazioni²².

Un'importante opera su questo tema registra lo stretto rapporto tra protezione del domicilio, segreto fiscale e segreto bancario, con gli aspetti della vita privata. Tuttavia, in considerazione dell'importanza e della maggiore autonomia per quanto riguarda gli aspetti della vita privata e dell'intimità, le questioni relative alla riservatezza della corrispondenza, delle comunicazioni e della protezione dei dati personali, dovrebbero essere analizzate separatamente²³.

19 M.H. DINIZ, *Dicionário Jurídico*. 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 162 e 167.

20 L.C. DOS SANTOS GONÇALVES, *O sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e intimidade*, São Paulo, Max Limonad, 1995, p. 222.

21 G. FERREIRA MENDES, I. MÁRTIRES COELHO, P.G. GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 377-393.

22 *Ibidem*, p. 385, 387 e 392.

23 I. W. SARLET, L. G. MARINONI, D. MITIDIERO, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 391.

I termini *privacy* e intimità dovrebbero essere considerati sinonimi nell'ambito giuridico? O dovrebbero essere trattati in modo diverso, uno più ampio rispetto all'altro?

José Adércio Leite Sampaio spiega che, in Brasile, si tende a usare le espressioni *intimità e vita privata* in modo intercambiabile, «anche se alcuni sottolineano che la prima costituisce una porzione più limitata della seconda». Questo autore, tuttavia, ritiene necessario fare «una distinzione radicale a partire dagli insegnamenti del Diritto Comparato e persino dalla matrice etimologica delle due espressioni». Sottolinea, inoltre, la differenza derivante dalla disposizione costituzionale che consacra il diritto generale alla vita privata e all'intimità: «l'intimità, la vita privata [...] sono inviolabili [...] (art. 5, X, del CRFB)»²⁴.

Entrando nel campo della distinzione, il diritto alla *privacy* avrebbe come oggetto i comportamenti e gli eventi relativi alle relazioni personali in generale, «alle relazioni commerciali e professionali che l'individuo non desidera affidare alla conoscenza pubblica». Il diritto all'intimità, tuttavia, avrebbe come oggetto «conversazioni ed episodi ancora più intimi, che coinvolgono relazioni familiari e strette amicizie»²⁵.

In lingua inglese, il termine *privacy* è usato come *right to privacy*, per indicare «pretese legali per vedere rispettata la sfera dell'autonomia personale e familiare», che copre oggettivamente: a) il diritto di essere lasciato in pace (*tort privacy*); b) l'invulnerabilità nelle relazioni con lo Stato della casa, dei beni e degli oggetti personali (*Fourth Amendment privacy*); c) il diritto di prendere decisioni personali o intime (*intimate o fundamental decisions privacy*)²⁶.

Gli insegnamenti classici della filosofia registrano quattro modalità fondamentali di lesione della *privacy*:

- a) intrusione nell'isolamento o nella solitudine dell'individuo;
- b) esposizione pubblica di fatti privati;
- c) esposizione delle persone a una falsa percezione del pubblico (*false light*), che si verifica quando la persona è ritratta in modo impreciso o discutibile;
- d) appropriazione del nome e dell'immagine della persona, in particolare ai fini commerciali²⁷.

L'esistenza di un diritto all'intimità e al segreto, in Brasile era già stata accettata da Pontes de Miranda, come tipizzazione dei diritti della personalità, legata alla protezione della sfera privata di qualcuno. L'intimità consisterebbe nel diritto dell'individuo di sottrarsi ai sensi degli altri, in particolare alla vista e all'udito degli altri, mentre il segreto consisterebbe nel diritto di qualcuno di opporsi ai

24 J. A. LEITE SAMPAIO, *Análise do inciso X do art. 5º da CF*, in J. J. GOMES CANOTILHO; G. FERREIRA MENDES; I.W. SARLET; L.L. STRECK (a cura di), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, p. 277.

25 G. FERREIRA MENDES, I. MÁRTIRES COELHO, P.G. GONET BRANCO, *op. cit.*, p. 377.

26 J. A. LEITE SAMPAIO, *op. cit.*, p. 276-277.

27 W. PROSSER, *Philosophical dimensions of privacy*, Cambridge, Schoeman, 1984, p. 107.

terzi in merito alla pubblicizzazione di un evento che li riguarda, e del quale questi ultimi potrebbero avere avuto conoscenza²⁸.

Ci sono autori che preferiscono adottare una nozione globale, comprensiva dell'intimità nell'ambito di una più ampia protezione del diritto alla vita privata (*privacy*), poiché questa distinzione sarebbe difficile da sostenere a causa della fluidità tra le diverse sfere della vita privata, nonostante il testo costituzionale²⁹.

Anche Santos Cifuentes usa entrambe le espressioni come sinonimi. Egli ritiene che distinguere queste due definizioni sia inefficace, poiché la parola *intimità* comprende entrambe le sfaccettature della vita relazionale e, d'altra parte, «le violazioni avrebbero la stessa sanzione o misure di prevenzione, sicché sembra poco pratico procedere alla distinzione»³⁰.

Questo autore sottolinea, in altra opera, che se l'ordinamento giuridico conoscesse la differenza, vi sarebbero ragioni per evidenziare concetti separabili e cita la legge francese, in questa prospettiva, che, oltre al rispetto per la vita privata, prevede misure più estreme o gravi quando viene commessa una violazione contro «l'intimità della vita privata (*intimité de la vie privée*)»³¹.

Secondo Elimar Szaniawski, i tribunali francesi riservano l'espressione "*privacy* della vita privata" solo per cause che riguardano «la nudità, la salute e le credenze religiose di qualcuno». Il termine "rispetto per la vita privata" è stato usato dalla giurisprudenza nei casi che trattano della «vita familiare, vita sentimentale, immagine stessa, risorse economiche, tasse pagate alle autorità pubbliche, tempo libero e vita professionale di una persona»³².

Sebbene persistano controversie dottrinali sulla distinzione tra diritto alla *privacy* e all'intimità, è certo che la Costituzione brasiliana del 1988 ammette entrambe le possibilità. Pertanto, spetta alla dottrina e alla giurisprudenza, nel loro lavoro costruttivo, identificare queste differenze nella vita concreta, il che non è ancora avvenuto in modo pacifico.

28 F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, Tomo VII, p. 124 ss.

29 A. RAMOS TAVARES, *Curso de direito constitucional*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, p. 676; e, nello stesso senso, I. W. SARLET, L. G. MARINONI, D. MITIDIERO, *op. cit.*, p. 392.

30 S. CIFUENTES, *El derecho a la vida privada: tutela a la intimidad*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 73.

31 *Idem*, *Derechos personalísimos*, 3. ed., Buenos Aires, Editora Astrea, 2008, p. 619.

32 E. SZANIAWSKI, *Direitos de personalidade e sua tutela*, 2. ed., San Paolo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 304-305.

4. Le conseguenze della violazione dei diritti alla *privacy* e all'intimità nell'ambito dei rapporti tra lavoratori e datore di lavoro

Il datore di lavoro è inquadrato principalmente nel *caput* dell'art. 2 del Testo Unico delle Leggi sul Lavoro (CLT)³³:

«Articolo 2 - Il datore di lavoro è costituito da una società, individuale o collettiva, che, assumendo i rischi dell'attività economica, ammette, assume e *dirige* la prestazione personale di servizi» (corsivo nostro).

Esistono quattro poteri del datore di lavoro, a partire dal potere direttivo sopra menzionato, e passando alla parte pratica, dal potere regolatorio. Il potere di controllo, per alcuni, è una facoltà, ma riteniamo che sia necessario, in modo che l'ambiente di lavoro non diventi insopportabile; sarebbe inutile se il datore di lavoro non esercitasse, almeno oralmente, tale controllo, perché quando l'autorità non è esercitata, la tendenza è quella a non avere effettivamente alcun potere di comando.

Adriana Calvo³⁴ riporta la seguente considerazione: «il grande problema è che non esiste una linea esatta e distinta che stabilisca dove comincia e finisce il potere derivante dalla subordinazione dell'impiegato, e non è sempre facile distinguere questo potere con le nuove tecnologie di lavoro e i nuovi mezzi di informazione».

A partire dalla Costituzione del 1988, e con il Codice Civile del 2002³⁵ e l'emendamento costituzionale 45/2004³⁶, non vi erano più dubbi sull'incidenza dei diritti della personalità nei rapporti di lavoro, anche a causa della giurisdizione estesa del Tribunale del Lavoro.

La dottrina e la giurisprudenza, in ragione di questa forza costituzionale e legale, e anche considerando l'applicazione sussidiaria garantita dall'art. 8 CLT, hanno costruito, passo dopo passo, il significato giuridico applicabile alle parole *privacy* e *intimità* nei rapporti di lavoro.

33 Brasile. Decreto legge 5.452, del 1 °. Maggio 1943. Diário Oficial della Unione, Brasilia, 1 °. Maggio 1943. In br.search.yahoo.com/search?fr=mcafee&type=E210BR826G0&p=clt+planalto>. Consultato il 23 ottobre 2019.

34 A. CALVO, *O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho*, in www.investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1229: il conflitto tra il potere del datore di lavoro e la *privacy* del dipendente nel posto di lavoro &catid=80: dtotrab & Itemid = 839. Consultato il 23 ottobre 2019.

35 Brasile. Legge 10.406, del 10 gennaio 2002. Diário Oficial della Unione, Brasilia, del 10 gennaio 2002, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Consultato il 23 ottobre 2019.

36 Brasile. Emendamento costituzionale 45, del 31 dicembre 2004. Diário oficial della Unione, Brasilia, del 31 dicembre 2004, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Consultato il 23 ottobre 2019.

Amauri Mascaro Nascimento, in uno specifico punto della sua opera, tratta i diritti della personalità come «un mezzo per realizzare il principio di valorizzazione della dignità degli esseri umani». Pertanto, ammette l'esistenza, nel diritto del lavoro, con i diritti della personalità, di una “sfera di protezione”, che non può essere lasciata unicamente all’“autonomia individuale”, così significativa per i rapporti di lavoro «come lo sono i diritti fondamentali per il diritto costituzionale»³⁷.

Anche lo studio delle violazioni del diritto all'intimità e alla *privacy* meritava un'analisi da parte di questo professore. Egli afferma che «il controllo è il diritto del datore di lavoro di vedere se i salari che paga sono onorati». Avverte, tuttavia, che «il controllo non è un potere illimitato», né potrebbe esserlo. Vi sono limiti che non possono essere superati e che, se lo fossero, «si verificherebbe una violazione del diritto alla *privacy*». In questo senso, il diritto all'intimità o alla *privacy* corrisponde «al rispetto del carattere privato della vita della persona», che, in condizioni normali, «non può essere eliminato, poiché ogni essere umano ha il diritto di ripararsi dall'indiscrezione». Il monitoraggio indebito dei dipendenti nel luogo di lavoro «incide sullo stesso diritto». L'azienda può ispezionare i dipendenti «ma non può abusare di questo potere». Un esempio di questa situazione si verifica «quando i dipendenti lasciano il servizio alla fine del loro orario di lavoro; può essere irrispettoso»³⁸.

La possibile contrapposizione tra i diritti della personalità del lavoratore e il potere del datore di lavoro ha meritato un'attenta analisi da parte di Rúbia Zanotelli de Alvarenga. Nel suo testo, nella parte sui “tipi principali di diritti della personalità”, distingue chiaramente il diritto all'intimità e il diritto alla *privacy*. Per quanto riguarda il primo (intimità), include il diritto del lavoratore che garantisce l'impossibilità di rivelare aspetti personali e «i suoi sentimenti e/o pensieri a terzi». L'autrice chiarisce che il diritto all'intimità costituirebbe, quindi, un aspetto più limitato del diritto alla *privacy*, «perché rappresenta una parte più riservata della vita privata che è nella parte più remota dell'individuo». Con la garanzia di questo diritto, il lavoratore, «come soggetto titolare di diritti», ha la libertà di scegliere le sue «convinzioni religiose e politiche», nonché le sue «tendenze sessuali, le sue opzioni, i suoi desideri», ed «esprimere liberamente i suoi pensieri o, allo stesso modo, nascondere o mantenere segreti sulle sue idee e preferenze».

Il diritto alla *privacy* mirerebbe a proteggere la persona fisica dalle «interferenze esterne che possono essere portate nello spazio pubblico». In questo senso, la sfera della vita privata sarebbe più estesa dell'intimità, perché ha “un raggio maggiore”. Per questo motivo, la *privacy* è intesa come la facoltà garantita «al dipendente di escludere il datore di lavoro dall'accesso alle informazioni e di

37 A. MASCARO NASCIMENTO, *Ordenamento jurídico trabalhista*, São Paulo, LTr, 2013, p. 334.

38 *Ibidem*, p. 335-336.

impedire la divulgazione di informazioni che potrebbero influire sulla sua sensibilità». Il più piccolo raggio di intimità «coinvolge aspetti più nascosti della vita del lavoratore», ovvero, vale la pena affermare, «quelli che vuole tenere per sé, isolandoli dall'intrusione del datore di lavoro»³⁹.

Occorre registrare anche la definizione di *privacy* di Stefano Rodotà come «il diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata. L'oggetto di questo diritto può essere identificato nel "patrimonio informativo attuale o potenziale" di un soggetto»⁴⁰.

In questa analisi, le informazioni (più precisamente, le informazioni personali) si configurano «come un elemento obiettivo»; e «la costruzione della sfera privata, lo scopo», deve essere presa in considerazione insieme alla «clausola generale sulla personalità che la evidenzia come uno degli aspetti del libero sviluppo della personalità»⁴¹.

Per Alexandre Agra Belmonte, «secondo la legge brasiliana, la vita privata e l'intimità sono beni giuridici separati». La vita privata sarebbe il diritto o la libertà di proteggersi, cioè di «vivere la propria vita, frequentando luoghi scelti all'individuo e in compagnia di coloro che lo interessano». In sintesi, «riguarda il comportamento dell'individuo nella sua relazione con la vita sociale». L'autore considera, in questo senso, le «prove psicologiche, i poligrafi e le prove grafologiche inammissibili, avendo l'obiettivo di svelare la sfera privata»⁴².

Per quanto riguarda l'intimità del lavoratore, questo stesso autore comprende che essa corrisponde alla sfera più particolare e riservata dell'essere umano. È «lo spazio considerato dalla persona impenetrabile, non trasferibile, inestricabile, che riguarda solo ed esclusivamente la persona». In sintesi, l'intimità costituisce «la sfera segreta del soggetto di diritto». In questo senso, trattasi di un'area spirituale che deve essere libera da indebite intrusioni; pertanto, sono vietati «controlli visivi e uditivi non autorizzati, perquisizioni e l'acquisizione di informazioni che il lavoratore non è obbligato a fornire»⁴³.

Nella casistica del Tribunale del Lavoro, alcuni casi spiccano nell'analisi dei diritti alla *privacy* e all'intimità, sebbene queste terminologie non siano, di solito, utilizzate allo stesso modo o per distinguere questi due termini.

39 R. ZANOTELLI DE ALVARENGA, *Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício*, São Paulo, LTr, 2013, p. 114-119.

40 S. RODOTÀ, *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes*, Traduzione di Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 109.

41 D. DONEDA, *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 147.

42 A. AGRA BELMONTE, *A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação sindical e sexual do trabalhador*, São Paulo, LTr, 2013, p. 183-185.

43 *Ibidem*, p. 175-182.

Il legislatore, ad esempio, si occupa di bilanciare i diritti del datore di lavoro con la *privacy* del dipendente, stabilendone la prevalenza, come indicato nell'art. 373-A, IV, CLT, che vieta le perquisizioni. Sebbene la regola si riferisca alla lavoratrice, non c'è motivo per cui il divieto di perquisizioni non debba estendersi ai dipendenti di sesso maschile.

Deve essere assolutamente evitata qualsiasi perquisizione che: a) derivi da una procedura discriminatoria; b) esponga pubblicamente il dipendente; c) metta in imbarazzo o comporti un contatto personale o intimo, con o senza rimozione dei vestiti⁴⁴.

Una ricerca del Tribunale Superiore del Lavoro rileva che «i limiti imposti al potere di controllo aziendale vengono superati quando il dipendente è costantemente esposto a situazioni imbarazzanti (violando il diritto alla *privacy*/all'intimità)», come per esempio:

- a) obbligare l'impiegato a sollevare la camicia e l'orlo dei pantaloni;
- b) imporre ai dipendenti di spogliarsi in presenza di altre persone, anche filmati da un circuito di video interno;
- c) installare telecamere negli spogliatoi dei dipendenti;
- d) mancanza di posti adeguati affinché i dipendenti possano soddisfare i loro bisogni fisiologici durante la giornata lavorativa, costringendo i lavoratori agricoli ad esporsi a colleghi e capi in campo aperto;
- e) limitare l'uso dei servizi igienici da parte dei dipendenti⁴⁵.

José Affonso Dallegrave Neto sottolinea l'esistenza di criteri oggettivi per la procedura di perquisizione: a) l'intensità e l'invasività devono essere proporzionali alle ragioni che la giustificano; b) l'esistenza di circostanze concrete e specifiche che la determinano, restando vietata la continuità della perquisizione e il suo carattere preventivo; c) l'eventuale rifiuto del dipendente di sottoporsi alla perquisizione non deve generare una presunzione di colpa⁴⁶.

Il comportamento abusivo da parte del datore di lavoro si configura, «nell'esercizio del suo potere direttivo», quando «l'uso dei servizi igienici da parte dei dipendenti è limitato per ragioni di produttività». In molte situazioni pratiche, le aziende limitano il numero di volte e il momento in cui i dipendenti possono raggiungere il bagno dal posto di lavoro. Situazioni come questa sono già state esaminate più volte dal Tribunale del Lavoro e hanno avuto come risultato «la

44 A. L. BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA, *Revistas pessoais em empregados: a dignidade da pessoa humana e os limites ao poder diretivo do empregador*, in D. MURADAS REIS, R. DANTAS DE MELLO, S. BARBOSA DE CASTRO COURA (a cura di), *Trabalho e justiça social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado*, São Paulo, LTr, 2013, (p. 284-289), p. 289.

45 P. G. GONET BRANCO, *O direito fundamental da privacidade nas relações de trabalho*, in I. W. SARLET, L. P. VIEIRA DE MELLO FILHO, A. DE OLIVEIRA FRAZÃO (a cura di), *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*, São Paulo, Saraiva, 2014, (p. 331-353), p. 348-349 e 351.

46 J. A. DALLEGRAVE NETO, *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, 5. ed., São Paulo, LTr, 2014, p. 330.

condanna al risarcimento dei danni morali a favore dei dipendenti, per violazione della loro intimità»⁴⁷.

Per quanto riguarda i controlli da parte del datore di lavoro che coinvolgono la tecnologia, il Tribunale Superiore del Lavoro si è espresso più volte in merito all'installazione di telecamere di sorveglianza. Pur riconoscendo la necessità di proteggere i beni dell'azienda, ha ritenuto che il ricorso a tali strumenti non possa essere assoluto e illimitato. Per questo motivo, in diverse occasioni, ha affermato che la presenza di telecamere è possibile, ma con l'osservanza di alcuni parametri, come: a) «non concentrarsi su specifici dipendenti in forma isolata»; e b) «non trasmettere immagini di aree considerate intime, come i servizi igienici»⁴⁸.

Rafforzando questo argomento, si può affermare che non vi è dubbio che i progressi tecnologici, come i sistemi audio e video, «oltre al controllo o per ragioni di sicurezza», possano essere utilizzati in modo inappropriato, danneggiando il diritto all'intimità dei dipendenti. In questo senso si consideri, ad esempio, «l'installazione di videocamere nei locali dei servizi igienici utilizzati dai dipendenti». Le telecamere, tuttavia, «sono state considerate utilizzabili in ambienti di lavoro diversi dai bagni e spogliatoi»⁴⁹.

Il nono Tribunale Regionale del Lavoro, per mezzo del suo Settimo Gruppo, in *res judicata*, ha analizzato le restrizioni imposte dal datore di lavoro nell'uso dei servizi igienici da parte del dipendente, riconoscendo il risarcimento per danni morali. La motivazione della sentenza stabilisce che «l'impresa supera i limiti del suo potere direttivo quando impone restrizioni abusive sull'uso dei servizi igienici». L'argomentazione si basa sul fatto che il divieto di recarsi in bagno, anche se occasionale, equivale a trascurare la condizione umana del lavoratore, esponendolo a situazioni fastidiose e umilianti⁵⁰.

Un'altra situazione dibattuta in ambito lavoristico riguarda la presentazione da parte del dipendente degli esami sanitari per verificare l'esistenza di malattie. È particolarmente accentuata la tendenza dottrinale e giurisprudenziale a riconoscere la violazione della *privacy* del dipendente in caso di sottoposizione dello stesso agli esami per l'indagine sul virus HIV, o «sugli anticorpi dell'epatite B» ove, in presenza di questi, il dipendente sia stato licenziato il mese successivo.

47 A. P. PAVELSKI, *Os direitos da personalidade do empregado: em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 154.

48 B. LEWICKI, *Releitura da privacidade no ambiente de trabalho*, in G. TEPEDINO, L. P. VIEIRA DE MELLO FILHO, A. FRAZÃO, G. NEVES DELGADO (a cura di), *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, (p. 161-170), p. 169.

49 A. P. PAVELSKI, *op. cit.*, p. 154.

50 Parana. Nono Tribunale Regionale del Lavoro. Processo CNJ: 0002051-44.2013.5.09.004 e TRT: 45593-2013-004-09-00-2 (RO). Relatore giudice Benedito Xavier da Silva. Publ. il 20 gennaio 2015, in www.trt9.jus.br/internet_base/processoman.do?evento=Editar&chPle=AAAS5SAEhAAJZmJAAL. Consultato il 23 ottobre 2019.

In questi casi, «il licenziamento è discriminatorio e implica il risarcimento per danno morale»⁵¹.

Va notato che «la divulgazione di dati medici e genetici del dipendente», o le «preferenze ideologiche, di consumo, nonché qualsiasi altra informazione ottenuta dall'azienda nell'ambito del rapporto di lavoro» «può essere considerata un abuso dei diritti da parte del datore di lavoro». Il più delle volte (o quasi), questa condotta da parte del datore di lavoro viola «il diritto alla *privacy* del dipendente»⁵².

Alice Monteiro de Barros riferisce di come contrastino con il precetto costituzionale che considera inviolabile l'intimità, le «inchieste condotte sulla dipendente circa un eventuale aborto». Secondo questo autore, «questo aspetto è irrilevante per valutare l'attitudine tecnica e professionale» della lavoratrice, traducendosi innegabilmente in un'interferenza nella sua sfera intima⁵³.

Per quanto riguarda Internet, che condiziona anche le relazioni di lavoro, «l'ambiente pubblico virtuale non può convertire le relazioni private in relazioni pubbliche», il che significa che «l'intimità, la *privacy*, l'onore e l'immagine delle persone continuano ad essere di natura privata», anche se si tratta di situazioni che si sviluppano nell'ambiente di Internet. Pertanto, «qualsiasi diffusione indebita deve essere respinta»⁵⁴.

Si può dire che «l'uso e il monitoraggio delle informazioni tramite posta elettronica trovi limiti nella protezione dell'intimità e della *privacy* dei dipendenti». Un altro motivo per preservare e garantire il dipendente risiede nell'invulnerabilità della posta elettronica come una sorta di corrispondenza personale, per applicazione analogica dell'art. 5, XII della Costituzione (riservatezza della corrispondenza)⁵⁵.

La possibilità di monitorare le e-mail dei dipendenti è ancora controversa, in quanto vi sono coloro che ritengono che, nei rapporti di lavoro, «il datore di lavoro non possa monitorare le e-mail ricevute e inoltrate dai dipendenti, in quanto vi sarebbe una violazione della *privacy* e della intimità»⁵⁶. Con questo stesso argomento, vi sono altri autori che affermano che il monitoraggio delle

51 A. MONTEIRO DE BARROS, *Curso de direito do trabalho*, 8. ed. rivista e aggiornata, São Paulo, LTr, 2012, p. 508-509.

52 A. P. PAVELSKI, *op. cit.*, p. 153.

53 A. MONTEIRO DE BARROS, *Proteção à intimidade do empregado*, 2. ed., São Paulo, LTr, 2009, p. 124.

54 G. TOMIZAWA, *A invasão de privacidade através da internet: a dignidade humana como um direito fundamental*, Curitiba, JM Livraria, 2008, p. 65.

55 A. E. DE OLIVEIRA NETO, L. A. DE TOLEDO COELHO, *E-mail do empregado – limites ao poder diretivo do empregador sob a ótica do novo Código Civil*, in J. A. AFFONSO DALLEGRAVE NETO, L. E. GUNTHER (a cura di), *O impacto do novo Código Civil no direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 2003, (p. 186-203), p. 200.

56 T. LAZZARETTI ZEMPULSKI, *O conflito dos direitos da personalidade no âmbito das relações de emprego tendo em vista o marco civil da internet*, in L. E. Gunther (a cura di), *O impacto do direito na sociedade do século XXI*, Curitiba, Instituto Memória, 2014, v. II, (p. 84-101), p. 98.

e-mail da parte dell'azienda costituisce una pratica che viola la dignità e la riservatezza delle comunicazioni, in particolare il diritto fondamentale alla *privacy* dei dipendenti⁵⁷. Leda Maria Messias da Silva, tuttavia, ammette il controllo da parte dell'imprenditore delle e-mail aziendali, «a condizione che il dipendente sia informato del monitoraggio». Inoltre, questa autrice non ammette il controllo delle e-mail personali, «anche se vengono utilizzate le attrezzature dell'azienda»⁵⁸.

L'ordinamento giuridico brasiliano prevede un'azione inibitoria atipica, che può essere positiva o negativa, e che è in grado di tutelare, ad esempio, i diritti della personalità (ingiunzione individuale), e anche «i diritti che necessitano di protezione in modo collettivo, come i diritti dei consumatori e il diritto alla salute ambientale (ingiunzione collettiva)». L'ingiunzione è «costituzionalmente garantita (art. 5, XXXV, Cost.)» e si basa, sul piano degli strumenti processuali, sugli artt. 461 cod. proc. civ.⁵⁹ e 84 cod.civ.⁶⁰, «che sono sufficienti a consentire la concessione di provvedimenti ingiuntivi in forma individuale e collettiva»⁶¹.

Infine, con la riforma del lavoro introdotta con la Legge 13.467/2017, l'art. 223, paragrafi, sottosezioni e lettere, tra cui da *a*) a *e*), sono stati inseriti nel Testo Unico, CLT, come segue:

«Art. 223-A. Solo le disposizioni del presente titolo si applicano al risarcimento di danni non patrimoniali derivanti dal rapporto di lavoro.

Art. 223-B. Il danno non patrimoniale è causato da un'azione o un'omissione che offende la sfera morale o esistenziale della persona fisica o giuridica, che sono i detentori esclusivi del diritto al risarcimento.

Art. 223-C. L'onore, l'immagine, *l'intimità*, la libertà di azione, l'autostima, la sessualità, la salute, il tempo libero e l'integrità fisica sono i beni giuridicamente protetti inerenti agli individui» (corsivo aggiunto).

Di conseguenza, sono state inserite le norme sul diritto della personalità nella CLT, ma è stata criticata la limitazione degli importi previsti a titolo di risarcimento:

57 F. A. DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI, M. A. HASTREITER, *A questão do monitoramento de e-mails corporativos à luz da hermenêutica constitucional*, in L. E. GUNTHER, S. SOUZA NETTO MANDALOUZO (a cura di), *25 anos de Constituição e o direito do trabalho*, Curitiba, Juruá, 2013, (p. 215-236), p. 233.

58 L. M. MESSIAS DA SILVA, *O direito à intimidade do empregado e a possibilidade do monitoramento de e-mails por parte do empregador*, (p. 88-117), p. 106, in *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, in www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=19. Consultato il 23 ottobre 2019.

59 Brasile. Legge 13.105, del 16 marzo 2015. Diário Oficial della Unione, Brasilia, 16 marzo 2015, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Consultato il 23 ottobre 2019.

60 Brasile. Legge 8.078, dell'11 settembre 1990. Diário Oficial della Unione, Brasilia, 11 settembre 1990, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Consultato il 23 ottobre 2019.

61 L. G. MARINONI, *Tutela inibitoria (individual e coletiva)*, 4. ed. aggiornata e ampliata, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 489.

«Articolo 223-E. Tutti coloro che hanno concorso al reato contro il bene giuridico protetto sono responsabili dei danni non patrimoniali, in proporzione all'azione o all'omissione.

Articolo 223-F. Il risarcimento dei danni non patrimoniali può essere richiesto cumulativamente con il risarcimento dei danni patrimoniali derivanti dallo stesso atto lesivo.

§ 1° In caso di cumulo di risarcimenti, il tribunale, al momento dell'emissione della decisione, distinguerà gli importi dei risarcimenti a titolo di danni patrimoniali e a titolo di risarcimenti per danni non patrimoniali.

§ 2° La composizione delle perdite e dei danni, compresi quindi del lucro cessante e dei danni emergenti, non interferisce nella valutazione dei danni non patrimoniali».

«Articolo 223-G. Nel considerare la richiesta, il tribunale prenderà in considerazione: I - la natura del bene giuridico tutelato; II - l'intensità della sofferenza o dell'umiliazione; III - la possibilità di guarigione fisica o psicologica; IV - i riflessi personali e sociali dell'azione o dell'omissione; V - l'estensione e la durata degli effetti del reato; VI - le condizioni in cui si è verificata l'offesa o il danno morale; VII - il grado del dolo o colpa; VIII - la ritrattazione spontanea; IX - lo sforzo efficace per ridurre al minimo il reato; X: perdono, tacito o espresso; XI - la situazione sociale ed economica delle parti interessate; XII - il grado di pubblicità dell'offesa. § 1°. Se la richiesta è accolta, il tribunale determina il risarcimento da pagare a ciascuna delle parti offese, secondo uno dei seguenti parametri, essendone vietato il cumulo: I - reato lieve, fino a tre volte l'ultimo stipendio contrattuale della parte offesa; II - reato di livello medio, fino a cinque volte l'ultimo stipendio contrattuale della vittima; III - reato grave, fino a venti volte l'ultimo stipendio contrattuale della vittima; IV - reato molto grave, fino a cinquanta volte l'ultimo stipendio contrattuale della vittima. § 2 Se la vittima è una persona giuridica, il risarcimento sarà fissato in conformità con gli stessi parametri stabiliti nel § 1° del presente articolo, ma in relazione allo stipendio contrattuale del trasgressore. § 3° In caso di recidiva tra le stesse parti, il tribunale può raddoppiare l'importo del risarcimento».

Il decreto Provvisorio 808, pubblicato il 14 novembre 2017⁶², ovvero tre giorni dopo l'entrata in vigore della legge n. 13467, pubblicata il 13 luglio 2017⁶³, che aveva 120 giorni per entrare in vigore (l'11 novembre 2017), detta Riforma

62 Brasile. Misura Provvisoria 808, del 14 novembre 2017. Modificherebbe il Testo Unico (CLT), approvato dal decreto legge 5.452 del 1° Maggio 1943. Diario Ufficiale dell'Unione, Brasilia, 14 novembre 2017, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#art1. Consultato il 23 ottobre 2019.

63 Brasile. Legge 13.467, del 13 luglio 2017. Modifica il Testo Unico (CLT), approvato dal decreto legge 5.452, del 1° Maggio 1943. Diario Ufficiale della Unione, Brasilia, 13 luglio 2017, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/L/Lei/L13467.htm. Consultato il 23 ottobre 2019.

del lavoro, ha introdotto una modifica in relazione al danno morale, qui indicato come danno non patrimoniale, regolato dal nuovo Titolo II-A della CLT, a partire dall'art. 223-A, che stabilisce per tale tipologia di danno l'applicazione esclusiva delle nuove regole.

Riassumendo, quindi, i danni morali sul lavoro, prima di tale disciplina, non avevano una regolamentazione specifica nella CLT, ma principalmente nella Costituzione del 1988, oltre ai codici civili e penali, con l'art. 216-A, in materia di molestie sessuali praticate dal superiore gerarchico:

«Costituzione. Art. 5. Tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzioni di alcun tipo, garantendo a brasiliani e stranieri residenti nel paese l'inviolabilità del diritto alla vita, libertà, uguaglianza, sicurezza e proprietà, nei seguenti termini: [...] V - è garantito il diritto di reazione, proporzionale all'offesa, oltre al risarcimento per danni materiali, morali o di immagine; [...] X - l'intimità, la vita privata, l'onore e l'immagine delle persone sono inviolabili, il diritto al risarcimento per danni materiali o morali derivanti dalla loro violazione è assicurato».

Nel solco tracciato dalla norma costituzionale, con l'avvento della legge n. 10406 del 2002, che aveva modificato il codice civile, era stata espressamente ammessa la possibilità di risarcimenti per la violazione di beni immateriali, come stabilito dall'art. 186, secondo cui «colui che, per azione volontaria o omissione, negligenza o incoscienza, violando il diritto e arrecando danno ad altri, anche se esclusivamente morali, commette un atto illecito»; e dall'art. 927, il quale aggiunge che «chiunque, con atto illecito (articoli 186 e 187), provochi un danno ad altri, è tenuto a risarcirlo»; e anche dall'art. 944, il quale afferma che «il risarcimento è commisurato alla misura del danno».

I Tribunali del Lavoro utilizzavano, nelle loro decisioni al fine di risarcire i danni non patrimoniali nell'ambito del lavoro, le disposizioni civili, stabilite dalla legge n. 10406 del 2002, basandosi sull'art. 8, paragrafo unico della CLT, secondo il quale «il diritto comune sarà fonte sussidiaria del diritto del lavoro, nella misura in cui non sia incompatibile con i suoi principi fondamentali» mentre, al momento, rimane solo la prima parte di detta norma, modificata con la Legge n. 13467 del 2017, chiamata Riforma del lavoro.

Ne deriva che, a seguito della suddetta Legge del 2017, che ha introdotto cambiamenti significativi nella CLT, il Decreto Legge n. 5452 del 1943 si è trovato a prevedere espressamente la possibilità di risarcimento del danno non patrimoniale derivante dai rapporti di lavoro.

I principali punti positivi di questa nuova regola della CLT sono l'individuazione del danno non patrimoniale e le regole su come dovrebbe essere applicato al caso specifico.

Tra gli svantaggi di questo istituto, come già visto, abbiamo il fatto che esiste una limitazione alla sua riparazione, basata sull'ultimo stipendio contrattuale del dipendente, sia a suo favore che a suo sfavore, in quanto è ammessa la liquidazione del risarcimento anche in favore di una persona giuridica (datore di

lavoro). Secondo il Decreto Provvisorio 808, sempre del 2017, che però non è stato trasformato in legge ed è decaduto nell'aprile 2018, il limite risarcitorio doveva coincidere con il massimale di contribuzione dell'INSS, vale a dire uguale per tutti, oltre al fatto che non era previsto alcun limite risarcitorio in caso di morte del dipendente a causa di infortunio sul lavoro o malattia professionale. Al di là di questi aspetti, in caso di danni non patrimoniali, è previsto il limite massimo pari al doppio del risarcimento, ma, secondo il testo originale della legge n. 13467 del 2017, ciò è ammesso solo ove l'illecito si verifichi tra e stesse parti.

Questo saggio ha cercato di presentare alcune situazioni in cui possono verificarsi alcune gravi violazioni dei diritti alla *privacy* e all'intimità. È, ovviamente, solo uno schema che cerca di capire come si verifichi il fenomeno, nel rapporto tra lavoratore e datore di lavoro.

5. Considerazioni finali

In tutti gli elementi di questo lavoro, alcune domande sono state presentate come sfide per cercare alcune risposte. Naturalmente, qui non si può immaginare di sintetizzare le soluzioni a tutte le questioni teoriche sollevate.

Tuttavia, le considerazioni finora espone rivelano la possibilità di individuare alcuni criteri distintivi tra vita pubblica e privata, sebbene i limiti tra il pubblico (la vita pubblica) e il privato (la vita privata) sembrino in qualche modo offuscati all'inizio di questo secolo. Nella sfera pubblica siamo riuniti in compagnia di altri, ma non possiamo entrare in conflitto gli uni con gli altri. Nella sfera privata non ci facciamo conoscere, cioè è come se non esistessimo.

Ciò che è pubblico non ha bisogno del permesso per essere divulgato, ma ciò che è privato sì. Ecco perché questa terminologia è così importante nei rapporti di lavoro. Il dipendente normalmente svolge le sue funzioni in pubblico, ma vi sono momenti e situazioni in cui la sua *privacy* e intimità devono essere preservate.

In senso ampio, la *privacy* e il diritto alla vita privata risultano offesi in caso di: a) interferenza nella sfera personale del dipendente; b) esposizione pubblica di fatti privati; c) esposizione del dipendente a una falsa percezione del pubblico, che si verifica quando viene ritratto in modo impreciso o discutibile; d) appropriazione del nome e dell'immagine del dipendente, in particolare a fini commerciali.

L'oggetto del diritto alla *privacy*, quindi, può essere identificato nel patrimonio d'informazioni, attuali o potenziali, di un soggetto. Lo scopo di questo diritto è la tutela della sfera privata, ovvero «il diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare le modalità di costruzione della sfera privata stessa».

Sebbene non sia ancora stata trovata una forma di identificazione più precisa, sembra chiaro che l'intimità rappresenti la sfera segreta del "soggetto di diritto" che nel presente scritto corrisponde al dipendente. Pertanto, si tratterebbe di un'area "spirituale", che dovrebbe essere libera da qualsiasi indebita intrusione, considerando in particolare i «controlli visivi e uditivi non autorizzati, la perquisizione intima e l'ottenimento di informazioni che il lavoratore non è tenuto a fornire».

La maggior parte della dottrina e dei giudizi delle Corti, in Brasile, non interviene sull'identificazione chiara di significati, dimensioni, limiti e differenze tra le parole *privacy* e *intimità*. Il più delle volte queste parole sono utilizzate come sinonimi, facendo eco, di fatto, alla legislazione e agli studi stranieri.

Sembra opportuno invece costruire una precisa identificazione, nel nostro paese, dei significati di questi termini, in ragione della distinzione prevista nel testo costituzionale, attribuendo un significato più limitato alla parola *intimità* rispetto al termine *privacy*. Questo è il *genus* di cui quella è la *specie*. Forse si potrebbe dire che, nell'intimità, l'esistenza del segreto ha una carica più intensa che nella *privacy*. In questo senso, il diritto alla *privacy* garantisce al lavoratore la possibilità di impedire al datore di lavoro l'accesso e la divulgazione delle informazioni che sono in grado di influire sulla sua sensibilità. L'intimità, d'altra parte, si riferisce agli aspetti più nascosti della vita del lavoratore, «quelli che vuole tenere per sé, isolandoli dall'intrusione del datore di lavoro».

Non è un compito semplice individuare la differenza tra i significati delle parole *privacy* e *intimità*, in particolare nel campo del diritto del lavoro; ciò non-dimeno entrambe devono essere salvaguardate e rispettate, assumendo prevalenza in quanto prerogative fondamentali della protezione della dignità della persona umana.

Notizie sugli Autori

MONTERRAT AGÍS DASILVA, Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Valencia

MATTEO AVOGARO, Dottore di Ricerca in Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano

GIONATA CAVALLINI, Dottore di Ricerca in Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano

FERNANDO FITA ORTEGA, Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Valencia

YONE FREDIANI, Ordinario di Diritto del Lavoro nella Fundação Armando Álvares Penteado

LUIZ EDUARDO GUNTHER, Ordinario di Diritto del lavoro del Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba

ALESSANDRA INGRAO, Ricercatrice di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano

OLGA LENZI, Dottoressa di Ricerca in Diritto del Lavoro nell'Università di Valencia

GIUSEPPE LUDOVICO, Associato di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano

THEREZA CHRISTINA NAHAS, Professoressa della Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

ÓSCAR REQUENA MONTES, Ricercatore di Diritto del Lavoro nell'Università di Valencia

GILBERTO STÜRMER, Ordinario di Diritto del Lavoro nella Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE, Ordinario di Diritto del Lavoro del Centro Universitário Internacional - UNINTER

