

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli

ANNO LXX - 2019 - N. 1

*Trimestrale
gennaio-marzo 2019*

DIRETTA DA

Umberto Carabelli

COLLEGIO DEI CONDIRETTORI

*Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Fausta Guarriello,
Andrea Lassandari, Franco Scarpelli, Lorenzo Zoppoli*

COMITATO DI INDIRIZZO SCIENTIFICO E DI REFERAGGIO

*Mariapaola Aimo, Anna Alaimo, Cristina Alessi, Piergiorgio Allava, Amos Andreoni,
Vittorio Angiolini, Gian Guido Balandi, Marzia Barbera, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro,
Lorenzo Bordogna, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini, Laura Calafà, Piera Campanella,
Maria Teresa Carinci, Michele Castellano, Pasquale Roberto Chieco, Luigi de Angelis,
Alfonsina De Felice, Gisella De Simone, Antonio Di Stasi, Marco Esposito, Francesco Fabbri,
Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Ginevra Galli, Alessandro Garilli,
Domenico Garofalo, Stefano Giubboni, Donata Gottardi, Enrico Gragnoli, Renato Greco,
Daniela Izzi, Carmen La Macchia, Vito Sandro Leccese, Antonio Lo Faro, Piera Loi,
Massimo Luciani, Luigi Mariucci, Luigi Menghini, Gabriella Nicosia, Roberta Nunin,
Giovanni Orlandini, Massimo Pallini, Paolo Pascucci, Adalberto Perulli, Alberto Piccinini,
Valeria Piccone, Carla Ponterio, Federico Maria Putaturo, Rita Sanlorenzo, Paola Saracini,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Carla Spinelli, Lucia Tria, Patrizia Tullini,
Sergio Vacirca, Lucia Valente, Bruno Veneziani, Antonio Viscomi, Roberto Voza*

COMITATO DI REDAZIONE

*Andrea Allamprese (caporedattore), Filippo Aiello, Stefano Cairolì, Guido Canestri,
Maria Giovanna Greco, Carlo de Marchis, Madia D'Onghia, Michele Faioli,
Lorenzo Fassina, Antonio Federici, Lorenzo Giasanti, Alberto Lepore, Antonio Loffredo,
Marco Lozito, Matteo Maria Mutarelli, Alessandra Raffi, Enrico Raimondi,
Rocco Reina, Michelangelo Salvagni, Enrico Maria Terenzio*

DIRETTORE RESPONSABILE

Maurizio Minnucci

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile



EDIESSE

Il Collegio dei condirettori della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* ha deciso, come scelta editoriale decorrente dal 2016, di non accettare per la pubblicazione contributi che siano stati pubblicati o siano in corso di pubblicazione in altre riviste italiane o in rete, né di consentire la pubblicazione in altre riviste italiane o in rete di contributi già pubblicati nella *Rivista*. Gli autori sono invitati a rispettare questa decisione.

I saggi pubblicati nella «Parte I - Dottrina» non devono superare le 20 pagine nel formato della *Rivista* (pari a 54.000 battute spazi inclusi) e sono sottoposti alla valutazione di *referees* anonimi. Il gruppo dei *referees* è composto dai membri del Comitato di indirizzo scientifico e di refereggio e da altri/e studiosi/e.

I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica alla Segreteria di redazione e devono uniformarsi ai criteri redazionali della *Rivista* (che possono essere richiesti alla stessa Segreteria).

Il testo delle sentenze annotate nella «Parte II - Giurisprudenza» è pubblicato in:
www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

La *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* partecipa alla *International Association of Labour Law Journals* (www.labourlawjournals.com).

Proprietario ed editore
Ediesse s.r.l.
Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 06 44870325 - Fax 06 44870335
www.ediesseonline.it
E-mail: ediesse@cgil.it
Autorizzazione del Tribunale di Roma
n. 3848/1954

Sito web della rivista
www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione
Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 06 44870323 - Fax 06 44870335
E-mail: rgl@ediesseonline.it

Progetto grafico e fotocomposizione
EDIESSE

Stampa
O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma
Ufficio abbonamenti
Tel. 06 44870283 - Fax 06 44870335
Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30
E-mail: abbonamenti@ediesseonline.it

Tariffe di abbonamento
Ordinario 130,00 euro; estero 260,00 euro
• L'abbonamento dà diritto all'accesso gratuito al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*.
• Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del docente che segue la loro attività.

Singolo fascicolo: 38,00 euro; arretrati: 76,00 euro

Distribuzione in libreria
MESSAGGERIE LIBRI SPA

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI MARZO 2019

Egregio Abbonato,
ai sensi del d.lgs. n. 196/2003 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne a essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla nostra attività.
La informiamo inoltre che Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i Suoi dati od opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione del suddetto decreto legislativo.



Associato all'USPI - Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

SAGGI

Gisella De Simone

Lavoro digitale e subordinazione.

Prime riflessioni

3

Digital work and subordination. First reflections

Alberto Levi

Il lavoro agile nel contesto del processo
di destrutturazione della subordinazione

25

*The agile work in relation to the process
of deconstruction of subordination*

Mariagrazia Militello

Il *work-life blending* nell'era della *on demand economy*

47

Work-life blending in the era of the on demand economy

Enrico Raimondi

Potere di controllo, tutela della riservatezza e «lavoro agile»

69

Employer's control, protection of privacy and smart working

Michele Faioli

Misurazione della rappresentatività sindacale, *privacy* e collettaggio

93

Unions, representativeness and privacy

NOTE E COMMENTI

Piergiorgianni Alleva

Reddito di cittadinanza e crescita occupazionale 111

*Basic income and employment growth**Andrea Allamprese, Silvia Borelli, Giovanni Orlandini*

La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori 133

The new directive on transnational posting of workers

PROBLEMI DI DIRITTO SOCIALE EUROPEO E INTERNAZIONALE

*Claire Kilpatrick*L'Europa della crisi si rivolge all'Oil: come è cambiata
la mobilitazione sui diritti sociali e del lavoro 147*Crisis Europe goes to the Ilo: taking the measure of changes
in labour and social rights mobilisation*PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO 1

*Valerio Speciale*La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti
(Corte costituzionale, 8.11.2018, n. 194) 3

IL CASO 2

*Marco Lozito*Cessazione di una banca, cessione di attività/passività
o trasferimento d'azienda?*(Corte d'Appello Bologna, 12.9.2018**Tribunale Forlì, 3.8.2018**Tribunale Forlì, 17.7.2018)* 29

RAPPORTO DI LAVORO

Marianna Russo

Bilanciamento tra diritto alla riservatezza ed esigenza di affidabilità nella fase di instaurazione del rapporto di lavoro

(Cassazione, 12.9.2018, n. 22173)

(Cassazione, 17.7.2018, n. 19012)

49

Oscar Genovesi

Licenziamenti disciplinari tardivi

(Cassazione, 3.9.2018, n. 21569)

62

Diego Del Biondo

Non viola l'obbligo di *repêchage* l'assunzione di un dipendente in epoca precedente al licenziamento

(Cassazione, 3.8.2018, n. 20497)

67

Dario Calderara

Deroga *in peius* alla retribuzione e alla contribuzione minima nelle cooperative per crisi aziendale

(Cassazione, 18.7.2018, n. 19096)

Corte d'Appello Torino, 4.5.2016)

72

Lorenzo Giasanti

Il principio di non discriminazione in base all'età nei casi di sicurezza nazionale

(Cassazione, 30.5.2018, n. 13678, ord.)

78

Carla Spinelli

Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo

(Tribunale Milano, 10.9.2018)

83

Umberto Carabelli, Carla Spinelli

La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i *riders* sono collaboratori etero-organizzati

(Corte d'Appello Torino, 4.2.2019)

91

Roberta Covelli

Reintegrazione del lavoratore somministrato e obbligo di *repêchage*
(*Corte d'Appello Roma*, 24.5.2018) 100

Silvio Bologna

Somministrazione e mancata valutazione dei rischi
(*Corte d'Appello Napoli*, 3.5.2018) 105

Luisa Rocchi

Licenziamento del disabile per superamento del comportamento
e discriminazione indiretta
(*Tribunale Mantova*, 16.6.2018, *ord.*
Tribunale Milano, 24.9.2018, *ord.*) 110

Laura Torsello

Riflessioni sulla «conversione» del contratto a termine
nell'avvicendamento delle discipline in tema di licenziamento
(*Tribunale Roma*, 6.8.2018) 116

Giovanni Guglielmo Crudeli

Sulla non puntuale indicazione della collocazione
temporale della prestazione lavorativa nel contratto *part-time*
(*Tribunale Milano*, 1.6.2018) 121

DIRITTO SINDACALE

Donato Marino

Sul diritto «contrattuale» di convocazione delle assemblee
dei lavoratori da parte delle associazioni sindacali esterne
(*Cassazione*, 10.10.2018, *n. 25103, ord.*) 127

SICUREZZA SOCIALE

Stella Laforgia

Diritto al lavoro *versus* diritto alla salute?
Il lavoro è sicuro o non è
(*Corte costituzionale*, 23.2.2018, *n. 58*) 133

Erminio Capasso

Titolarità dell'assegno divorzile e pensione di reversibilità

(Cassazione, 24.9.2018, n. 22434, S.U.)

146

Marcello D'Aponte

Il danno da cd. *mobbing* subito dal lavoratore

è indennizzabile dall'Inail

(Cassazione, 17.8.2018, n. 20774)

152

Maurizio Falsone

Quali diritti per le coppie omosessuali prima della legge

sulle unioni civili? Il caso della pensione di reversibilità

(Corte d'Appello Milano, 26.7.2018)

157

OSSERVATORI ONLINE

CORTE COSTITUZIONALE

A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

Rapporto di lavoro

Periodo luglio-dicembre 2018

Massimo Pallini

2

Sicurezza sociale

Periodo agosto 2018 - gennaio 2019

Lorenzo Fassina

21

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

A cura di Ginevra Galli e Stefano Cairolì

Periodo II semestre 2018

Angelo Delogu, Francesco Saverio Giordano

25

Si avvertono i gentili lettori che l'abbonamento alla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* dà diritto all'accesso gratuito e riservato al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*, pubblicato a partire dal n. 1/2017 esclusivamente online.

PARTE I
DOTTRINA

Gisella De Simone (*)

LAVORO DIGITALE E SUBORDINAZIONE. PRIME RIFLESSIONI (**)

SOMMARIO: 1. Apocalittici e integrati. — 2. Distinguendo. — 3. Approfondendo. — 4. Il lavoro tradizionale e la digitalizzazione. — 5. Conclusioni (molto) provvisorie. Pensare positivo.

1. — *Apocalittici e integrati* (1) — Mutati il fasciame e gli alberi, una volta arrivata in porto, la nave sarà ancora identica a quella che era salpata? La ricostruzione periodica del santuario del diritto del lavoro, manterrà l'identità del diritto del lavoro delle origini (quali origini, poi...), come si dice avvenga per il santuario di Ise, con la cerimonia, ogni vent'anni, dello *shikinen sengu*? Di metafora in metafora, e in forma più strettamente italica e gattopardesca, «cambiare tutto perché non cambi nulla»?

Il dilemma identitario che accompagna la nave di Teseo (2) può utilmente indicare il dilemma che si trova davanti oggi ogni giurista del lavoro. Le innovazioni introdotte dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, la dematerializzazione dei documenti e delle procedure, le firme digitali, i *Big Data*, accompagnati dalla criminalità informatica, dai rischi per la riservatezza e per la protezione dei dati personali da quelle innovazioni e in particolare dai *social media*, cambiano, di fatto, il «contesto» nel quale opera il diritto del lavoro. Possiamo anche parlare di «quarta rivoluzione industriale», come molti fanno, ma non invece di postcapitalismo, se non ci lasciamo affascinare dall'immagine, evocativa ma

(*) Prorettrice per gli Affari generali e legali presso l'Università di Genova; professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso il dipartimento di Giurisprudenza della Scuola di Scienze sociali di Genova.

(**) Queste riflessioni riprendono la relazione presentata al *Séminaire méditerranéen de droit du travail 2018, Intelligence artificielle et droits du travail*, Avignone, 21-22 giugno 2018, sessione *Droit du numérique et droit du travail: quels liens, quelles connexions?*

(1) Eco 1964.

(2) E che Stefano Rodotà (2012, 305) applica all'identità personale, variabile, che di tempo in tempo, oggi in particolare, prospetta la necessità di «reidentificazione».

fallace, di soggetti «*tous agiles à nouer des relations, sans qu'aucun ne soit ni employeur ni salarié*» (3).

Vero è che «*pour la première fois depuis la révolution industrielle, la diffusion de la technologie et de ses usages impacte au moins autant la personne dans sa sphère privée que le travailleur dans sa sphère professionnelle. Leur adoption dans un usage privé se déroule même avant celle sur le monde du travail, ce qui distingue fondamentalement cette révolution technologique de la première en ce qu'elle impacte d'emblée l'ensemble des aspects du quotidien*» (4).

Di fronte a queste innovazioni così profonde è facile essere indotti a prendere una posizione *tranchante*: «l'argomento tecnologico è stato (e viene tuttora) usato per sostenere che tutto ciò che la tecnologia rende possibile sia ammissibile e che, anzi, non potrebbe essere limitato od ostacolato da posizioni differenti» (5). Imboccata questa via, il diritto del lavoro, come è già in fondo avvenuto di fronte all'esplosione del lavoro «atipico» (contratti a termine, lavoro interinale), potrebbe – e secondo alcuni dovrebbe – inseguire la realtà, per tentare affannosamente di regolarla «ai confini», in modo da garantire un minimo di diritti ai lavoratori senza disturbare il manovratore, per così dire, che oggi è il mercato: nuovo nume tutelare dell'economia e dunque, con fallace consequenzialità, del benessere *anche* della classe lavoratrice (categoria pur ormai desueta, ignorata con bella ipocrisia).

Questo è l'approccio, presentato spesso come l'unico ragionevolmente possibile, di coloro (legislatori e studiosi) che prendono atto della realtà digitale, e che reagiscono costruendo, *a latere* del diritto del lavoro per così dire tradizionale, standard, un nuovo diritto del lavoro *soft* per coloro che operano nell'ambito dell'economia digitale e che si ritiene non possano essere ricondotti alla figura del lavoratore subordinato. Con una precisazione tuttavia a mio avviso importante da fare: coloro che si orientano in questa direzione (chiamiamoli «integrati», mutuando e adattando una espressione di successo di Umberto Eco) si occupano, di fatto, di fenomeni quali Uber, Foodora, e più in generale dei lavoratori su piattaforme digitali: un mondo in crescita, certo, ma almeno per ora marginale (numericamente ed economicamente) rispetto al complesso del lavoro standard.

Qualcuno, nel recente passato, ha utilizzato la figura retorica della *sineddoco* «mendace» per indicare un diritto del lavoro (italiano, in ispecie)

(3) Lyon-Caen 2016, 301.

(4) *Transformation numérique et vie au travail, Rapport Mettling* 2015. Meritano di essere ricordati anche gli altri due *Rapport* citati e utilizzati da Gratton (2016, 1050 ss.).

(5) Bellavista 2017a.

che per decenni si è occupato del solo lavoro subordinato trascurando il lavoro autonomo o microimprenditoriale (6); analogamente, gli «integrati» tendono a sostituire la parte (il lavoro su piattaforma) al tutto (il lavoro di oggi, che in larga misura resta comunque influenzato e modificato nel profondo dalle tecnologie digitali). Se queste forme diverse di lavoro (che poco hanno in realtà a che fare, al di là della retorica, con la *sharing economy*), nelle quali sparisce il legame tra tempo e luogo di lavoro, e che sembrano collocarsi al di fuori del lavoro subordinato come lo conoscevamo sono pure rilevanti e pongono specifici problemi, la digitalizzazione dell'economia, e prima ancora della vita quotidiana, come abbiamo detto, investe in pieno l'intero mondo del lavoro, e dunque non può non investire l'intero diritto del lavoro.

Ed ecco allora affacciarsi gli «apocalittici», che vedono la fine del diritto del lavoro che ha segnato e portato per mano i lavoratori nella democrazia industriale verso le «magnifiche sorti e progressive» «dell'umana gente», con l'amara ironia di Leopardi. La tendenza alla *individualisation* dei rapporti di lavoro, nei confronti della quale ci metteva in guardia Supiot già nel 1990 (7), unita alla crescente necessità di adeguate garanzie economiche per tutti i cittadini, inducono una parte autorevole (e tradizionalmente progressista) del diritto del lavoro italiano ad affermare che ormai si debba transitare «dal diritto del lavoro» al «diritto delle persone» (8), «per l'eccellente ragione che l'esigibilità dei diritti di cittadinanza prescinde dalla tipologia dei lavori e [delle] relative regolazioni». Insomma, le cose si sarebbero «messe in modo che, per salvare se stessa, una democrazia costituzionale non può non proporsi di garantire l'esigibilità del pacco standard di beni e servizi corrispondente, nelle condizioni storicamente date, allo *status* di cittadinanza indipendentemente tanto dall'attualità di un rapporto di lavoro subordinato quanto dalla tipologia delle fonti istitutive dei rapporti mediante i quali avviene l'integrazione del lavoro nell'attività economica. Indipendentemente – è arrivato il momento di dire – dalla stessa occupabilità» (9).

Un diritto del lavoro che scompare? Da una parte la crescita (almeno idealmente) inarrestabile del *droit social* (esempio tipico il reddito di cittadinanza, di grande attualità oggi in Italia con le impegnative quanto reto-

(6) Pedrazzoli 1999. Nello stesso senso, sostanzialmente, ancora recentemente, Perulli 2017.

(7) Supiot 1990, 489-490.

(8) Per usare il titolo di un incisivo breve contributo di Romagnoli (2018).

(9) Romagnoli 2018.

riche promesse fatte in campagna elettorale da uno dei due partiti oggi al Governo); dall'altro il diritto civile e commerciale (*franchising*, piccole imprese, rapporti diretti tra fornitore di un servizio e destinatario); dall'altro ancora il diritto dell'informatica, che garantisce (così dovrebbe) i diritti alla *privacy* di ciascun cittadino, lavoratore o no. Il diritto del lavoro rischia di ridursi a un «diritto interstiziale», con una paradossale convergenza di esiti tra apocalittici e integrati, che sembrano talora confluire in un'unica categoria di «soldati» pronti ad abbandonare la postazione di una frontiera sempre più incerta e instabile: una trincea sotto attacco da più parti.

Ma è davvero così? Proviamo a esercitare, pur modestamente, l'arte della distinzione, e a verificare quali strumenti dell'armamentario del diritto del lavoro esistente possono essere utilizzati, e come, e quali sfide, ma anche opportunità, si trovino davanti oggi i giuslavoristi che non si lascino abbagliare da un determinismo tecnologico e che, al contempo, vogliano «abbandonare le affascinanti narrazioni sul cambiamento tecnologico e le prognosi futuristiche sulle conseguenze destinate ad abbattersi sulla forza lavoro» (10).

2. — *Distinguendo* — Dagli osservatori più attenti ci arriva un monito che può essere così banalizzato: non facciamo di tutte le erbe un fascio. Industria 4.0, *sharing economy*, *collaborative economy*, *platform economy*, *on-demand economy*, *gig economy*: diverse espressioni, spesso utilizzate, appunto, senza distinguere (o al massimo distinguendo Industria 4.0 da tutto il resto). Si tratta di sintagmi che sottendono realtà diverse e in continuo fluire, ma che al contempo denotano un diverso approccio verso fenomeni analoghi (11): talora acritico e deterministico, talora invece critico. Come è stato condivisibilmente affermato, «il fatto stesso che vi sia un discreto numero di formule utilizzate per descrivere questa “nuova economia” dimostrerebbe che occorre molta prudenza per evitare di fare di un'analisi scientifica una profezia» (12). Insomma: oggi come ieri, ma forse oggi più di ieri, «al diritto del lavoro si chiede, in primo luogo, di saper cogliere le differenze e di distinguere» le fattispecie (13).

Per iniziare a sgombrare il campo, iniziamo a escludere dalla considerazione da parte del diritto del lavoro (e nostra) quelle attività che, pur potendo creare un «valore aggiunto» per qualcuno, tipicamente un fornitore

(10) Tullini 2018a, 171.

(11) Garofalo 2017, 157-158.

(12) Bavaro 2018, 36.

(13) Tullini 2018a, 175.

di servizi, non rappresentano un «lavoro», quanto meno se per lavoratore continuiamo (a mio avviso correttamente) a ritenere (salvo i casi marginali di rapporti *affectionis vel benevolentiae causa*) un soggetto che lavora in cambio di un compenso. Insomma, escludiamo subito dalla nozione di lavoro le recensioni che molti di noi scrivono per *Booking.com* o per *Tripadvisor*, e conseguentemente i cd. *prosumers*. Insomma, come altri ha osservato, «cominciamo a dire che la formula “lavoro gratuito”, per il diritto, è un ossimoro: che un lavoratore (subordinato e autonomo) è altro rispetto al consumatore» (14).

Possiamo procedere poi distinguendo tra lavori intermediati da una *app* o piattaforma e lavori nei quali invece le tecnologie digitali siano applicate a produzioni in certo qual modo tradizionali, con l'uso di *robot*, più o meno «intelligenti», di *software*, più o meno «invasivo» rispetto alle decisioni umane. Con un approccio evolutivo, possiamo considerare tradizionale anche l'estrazione e la lavorazione di una nuova materia prima, i *Big Data* (15), chiedendoci allora «in che modo la lavorazione di questa materia prima influisce sull'organizzazione del lavoro (sempre che influisca)» (16).

Con tutta evidenza, come dimostrano, in modo diverso ma convergente, la mole di lavori scientifici e le cronache quotidiane, il cuore del dibattito è rappresentato dal lavoro tramite *app* o piattaforma. E non è solo una moda, se tendiamo, chi più chi meno, a considerare la parte per il tutto (parlavo prima di sineddoche mendace). Non mi soffermerò su casi come Uber o Foodora, che pure hanno visto alcuni primi interventi, molto «a tentoni», della giurisprudenza, che cerca la «terza via» (penso alla giurisprudenza inglese sui *workers*) o che ripropone (peraltro con grossolani errori di interpretazione delle disposizioni oggi vigenti) (17) l'*arrêt* della Cassazione sui *pony express* di 17 anni fa (18): «gli antenati dei fattorini di Foodora» (19). In questi casi, infatti, si riscontra – esperienza empirica – che «*l'économie numérique repose sur la multiplication de l'emploi hors salariat*» (20): ma non bisogna confondere l'essere con il dover essere, la sociologia con il di-

(14) Bavaro 2018, 37.

(15) Per un'analisi del significato dei *Big Data* vd. Ottolia 2017.

(16) Bavaro 2018, 37.

(17) T. Torino 7.5.2018, in *RIDL*, 2018, II, 283 ss., con nota di Ichino. Molti i commenti pubblicati e in rete; per tutti, vd. Tullini 2018b.

(18) Cass. 10.7.1991, n. 7608, in *MGL*, 1991, 506 ss.

(19) Corazza 2017, 300. Come osserva Tullini (2018a, 173), «non c'è una reale differenza in termini economico-sociali tra il lavoro dei *pony express* affermatosi nel secolo breve e quello dei fattorini sperimentato dai *Millennials*».

(20) Mettling 2015, 8.

ritto (21). Sottovalutare questi fenomeni, tuttavia, sarebbe ingenuo o ipocrita. Occorre invece valutare se davvero, e nel caso sotto quali profili, questi tipi di lavoro *non* possano essere qualificati come lavoro subordinato, quali differenze specifiche li separino dal lavoro subordinato tradizionale e più o meno atipico, iniziando con lo sfatare alcuni miti.

Il primo mito da sfatare è quello, molto affascinante e dunque molto persuasivo, della «libertà» del lavoratore. La sua libertà di accettare o meno un incarico, ricevuto via *app* dalla piattaforma o direttamente dal consumatore, renderebbe questa attività intrinsecamente e necessariamente autonoma. Torna a riproporsi come un mantra la libertà di accettare o meno l'incarico, di volta in volta, di spegnere il cellulare o di disattivare oggi la *app*, come ieri la radio per i *pony express*. Questa caratteristica del lavoro pare infatti incompatibile con il lavoro subordinato, e costituisce un primo elemento da considerare, e che considereremo nel prosieguo.

Rovesciando poi il teorema di Coase, gli *spot contract* (che poi spesso non sono neppure contratti, a dire il vero) risultano più convenienti, per la piattaforma (e indirettamente per gli utenti), rispetto alla stipulazione di un contratto di durata. Tale esigenza, per così dire, pare tuttavia accomunare questi rapporti, almeno dal punto di vista empirico, al lavoro a chiamata senza obbligo di risposta, puntualmente regolato dal legislatore italiano (artt. 13-18, d.lgs. n. 81/2015) come lavoro intermittente. Certo occorrerebbe la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato, seppure così «atipico», ma il legislatore nazionale potrebbe imporlo (sulla indisponibilità del tipo contrattuale tornerò). Ancora, potrebbe risultare utilizzabile il contratto per prestazioni occasionali (ex *voucher*), con i necessari adattamenti, come peraltro sembra suggerire Pietro Ichino almeno per l'uso della piattaforma informatica dell'Inps per i pagamenti (22). Questa forma contrattuale, pur nella sua così accentuata «atipicità» (23), consentirebbe (e imporrebbe) di riconoscere al lavoratore un compenso minimo di 9

(21) Pasquier 2016, 328.

(22) Ichino 2017a.

(23) Le alterne sorti dei *voucher*, in particolare a fronte di un referendum abrogativo (ritenuto ammissibile da C. cost. 27.1.2017, n. 28, in *NGL*, 2017, 373 ss.) che non si è svolto a causa dell'abrogazione della disciplina contenuta negli artt. 48-50, d.lgs. n. 81/2015, sono state oggetto di un ampio e vivace dibattito tra i giuslavoristi ma anche in ambito politico e soprattutto sindacale, a seguito della introduzione del lavoro occasionale, che molti punti in comune mostra rispetto al soppresso lavoro accessorio. Da ultimo, vd. l'intervento legislativo del nuovo Governo: decreto legge n. 97/2018, «Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese», convertito con modificazioni dalla legge n. 96/2018, in specie l'art. 2-*bis*.

euro/ora (36 come compenso giornaliero minimo), pur a fronte di ben poche tutele previdenziali (null'altro, sostanzialmente).

Ho citato queste possibili fattispecie astratte di riferimento al fine di mostrare come la strada imboccata dalle piattaforme (per dirla sinteticamente) *non* sia l'unica giuridicamente possibile, e anzi esistano strumenti giuridici che si potrebbero prestare a regolare anche questi moderni fenomeni (24).

Molto spesso, invece, si afferma apoditticamente, o selezionando ad arte le vicende storiche che hanno segnato la nascita e lo sviluppo del diritto del lavoro, che la nozione di subordinazione in Italia (art. 2094 c.c.) è stata creata attorno alla figura dell'operaio (25), e si continua affermando, con facile quanto ingannevole consequenzialità, che per questa ragione non potrebbe adattarsi ai nuovi lavori. Contestare questa posizione richiederebbe un'analisi, anche storica, qui fuori luogo. Mi limiterò a una breve riflessione.

In primo luogo, se anche così fosse, è facile rilevare che se il taylorismo assoggetta il lavoro, la digitalizzazione assoggetta (o rischia di assoggettare) la persona intera (26). L'esigenza di protezione, dunque, cresce, non diminuisce e men che mai scompare, solo muta nelle sue forme: e nozione e disciplina del lavoro subordinato sono nati proprio per proteggere i soggetti deboli che prestano la propria attività, nelle forme (prevalenti: non esistevano solo gli operai nel 1942!) che in un dato contesto storico ne caratterizzano la figura.

Risulta dunque necessario ricordare (27) il pensiero di un maestro del diritto del lavoro che vantava solide basi civilistiche, Mario Napoli: «la pretesa di costruire sulla prestazione tipica la fattispecie fondamentale del contratto di lavoro va sostituita con una lettura dell'art. 2094 che privilegi non la descrizione di un tipo legale conforme a un prototipo normativo bensì la sintesi descrittiva di un assetto di interessi tipico, così come avviene per tutti i contratti nominati» (28). Occorre dunque liberarsi dalla gabbia del prototipo normativo che rischia di storicizzare, e così «congelare», anche la

(24) Per una riflessione estesa alle fattispecie delle collaborazioni coordinate e continuative, così come delle collaborazioni etero-organizzate, vd. Tullini 2018a, 183; per una nuova valorizzazione della categoria (a nostro avviso troppo indefinita) della «dipendenza economica» vd. Perulli 2018, 141.

(25) Tra i tanti, Corazza 2017, 300: «la regolazione del lavoro è stata confezionata, come sappiamo, negli anni d'oro dell'economia fordista, avendo come modello (o meglio come prototipo) il lavoratore della grande impresa, tendenzialmente del settore industriale. In sintesi, l'operaio massa».

(26) Bavaro 2018, 58-59.

(27) Come opportunamente fa Auriemma 2017.

(28) Napoli 1995, 1102-1109.

fattispecie giuridica, aprendosi invece a una interpretazione evolutiva della disposizione (art. 2094 c.c.) che rappresenta il cuore della subordinazione. Come è stato opportunamente osservato (29), torna utile l'insegnamento dei migliori filosofi e teorici del diritto, secondo i quali l'interpretazione evolutiva «si fonda sull'assunto che, mutando le circostanze storiche (sociali, culturali ecc.), nelle quali una legge deve essere applicata, deve mutare ("evolversi") altresì il modo di interpretarla»; «se il significato della legge non fosse esteso a coprire nuove fattispecie, non incluse nel suo significato letterale (perché non previste dal legislatore storico), il diritto sarebbe lacunoso, e tali fattispecie resterebbero prive di ogni disciplina giuridica» (30). E questo è esattamente quanto oggi accade per il lavoro digitale.

Si potrebbe replicare che nel caso di lavoro tramite piattaforma non siamo di fronte a un lavoro subordinato perché le parti (e *in primis* la parte forte del rapporto, ossia il gestore della piattaforma) lo escludono espressamente. Ma si ha buon gioco a controbattere richiamando l'argomento della indisponibilità del tipo contrattuale. La nota coppia di pronunce della Corte costituzionale dei primi anni novanta (31) è sufficiente per fondare il dover essere della subordinazione, anche se le chiare indicazioni fornite non sempre sono state correttamente seguite dal legislatore e dai giudici chiamati a valutare la corrispondenza tra il *nomen iuris* scelto dalle parti e la fattispecie astratta «lavoro subordinato». «Non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che *oggettivamente* abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato» (sentenza n. 121/1993). «A maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti a escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato» (sentenza n. 113/1994). Come ha proseguito la Corte, affinché sia salvaguardato il carattere precettivo e fondamentale dei principi, delle garanzie e dei diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, «essi debbono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, *nei fatti*, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti».

(29) Così ancora Auriemma 2017.

(30) Guastini 1993, 383-385.

(31) C. cost. n. 121/1993, in *RCDL*, 1993, 773 ss., e n. 115/1994, in *GC*, 1994, 976 ss.

Da una parte, allora, pare quanto meno dubbio che il legislatore possa intervenire (32) per regolare il lavoro su piattaforma qualificandolo, *a priori*, come lavoro autonomo, sia pure al meritevole fine di garantire una copertura assicurativa e previdenziale e il pagamento di un compenso minimo. Dall'altra, le parti (la piattaforma, o meglio il suo gestore, e gli stessi lavoratori) non possono che scegliere, per così dire, il tipo contrattuale che corrisponda all'effettivo assetto di interessi che si viene configurando *nei fatti* tra le parti. Pur senza «abbracciare, in modo quasi ideologico, una visione del lavoro tramite piattaforma come necessariamente subordinato» (33), non si può (e non si deve) ignorare questa indicazione (assiologica, aggiungerebbe qualcuno).

3. — *Approfondendo* — Queste riflessioni metodologiche non possono tuttavia indurci a ignorare i problemi di fondo che pone il lavoro tramite piattaforma. È proprio l'analisi dei fatti – si dice – che impedisce di qualificare il prestatore di lavoro digitale come lavoratore subordinato; ma siamo sicuri che sia davvero così? Certo emerge «*la disparition progressive de la notion de “au temps et au lieu de travail” pour ces salariés*», e «*s'agissant des cas de travail à distance, le contrôle de l'exécution peut constituer une zone de tension et rapidement se réduire à un contrôle des livrables*», con il rischio allora di «*transformer progressivement l'obligation de moyens en une obligation de résultat*» (34). Proviamo però a individuare e distinguere le caratteristiche che impediscono, come si dice, la riconduzione del lavoro digitale tramite piattaforma alla fattispecie astratta «lavoro subordinato».

Non si può sottovalutare il problema del «tempo-lavoro», ma pare corretto ritenere che si tratta pur sempre di «un tempo produttivo che deriva da un'obbligazione contrattuale (tempo contrattuale)» (35), anche se non coincide con il tempo-orario di lavoro. Come è stato osservato, «non è una novità che la prestazione di lavoro possa essere misurata senza ricorrere alla misurazione tramite “orario”» (36): basti pensare ai dirigenti, così come alle altre forme di impiego nelle quali sia il lavoratore stesso a determinare, in concreto e di volta in volta, il suo «orario»: dai lavoratori a domicilio ai telelavoratori *off line*, allo *smart working*, tradotto nel diritto ita-

(32) Penso al disegno di legge S 2934, primo firmatario Pietro Ichino.

(33) Così criticamente Perulli (2018, 121), che analizza poi, ancora in modo critico, quella che definisce «l'opzione subordinazione “a ogni costo”» (124-126).

(34) Come evidenzia Mettling 2015, 19.

(35) Bavaro 2018, 55.

(36) *Ibidem*.

liano nella disciplina del lavoro agile (artt. 18-24, legge n. 81/2017). Proprio la definizione legale e la disciplina del lavoro agile dimostrano come, quando il legislatore lo voglia, sia possibile restare all'interno della fattispecie «lavoro subordinato» (la legge è inequivoca sul punto) anche quando il prestatore operi «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro». E come, del pari, «le modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa» siano «sempre meno significative ai fini della qualificazione giuridica e come fattore discreitivo tra l'area dell'autonomia e quella della subordinazione» (37).

Due *plus* di differenza rispetto ai lavori tradizionali, invero, riguardano la «porosità» dei tempi di lavoro e di non lavoro, da una parte, e il difficile controllo sul non superamento dei limiti massimi di lavoro compatibili con la tutela della salute e sicurezza del lavoratore, dall'altra. Non a caso, nella disciplina del lavoro agile si precisa che la prestazione di lavoro «viene eseguita entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva». Per quest'ultimo aspetto, sarebbe dunque sufficiente introdurre un'analogha previsione anche per il lavoro digitale.

La prima differenza segnalata, ben più significativa, deriva dalle modalità di svolgimento del lavoro, che non solo è «a distanza» e addirittura «nomade», ma si può svolgere, quando non occorra un rapporto «materiale» con il destinatario della prestazione (guidare un'auto, consegnare un pasto) (38), in qualsiasi momento della vita personale. Come è stato osservato, «mentre l'oggettivazione del tempo-lavoro determina la separazione cronologica del tempo-subordinazione dal tempo-libertà e affida all'orologio la loro reciproca misurazione, la deoggettivazione affida all'organizzazione produttiva la misura variabile del tempo-lavoro» (39). Anche qui, peraltro, nulla di così nuovo: la stessa potenziale porosità si rileva nel lavoro dei dirigenti e dei lavoratori a domicilio (nonché dei professori universitari!), come pure dei lavoratori agili. Proprio per questi ultimi – ed è esperienza ben nota e più ampia in Francia, per esempio – il legislatore ha previsto il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro: un diritto che sarebbe ragionevole, forse anche doveroso, riconoscere anche ai lavoratori «tradizionali» che tuttavia operino utilizzando tecnologie digitali (tornerò sulla questione).

La questione più difficile riguarda invece, oggi come ieri, l'asserita mancanza di un obbligo di adempiere la prestazione, ancora una volta spengen-

(37) Tullini 2018a, 190.

(38) Bronzini (2018, 14) parla in questi casi di «corporeità della prestazione».

(39) Bavaro 2018, 56.

do la radio, il cellulare o la *app*. Vero è che si potrebbe utilizzare come paradigma il lavoro intermittente, o gli *zero hours contracts*, ma sarebbe necessario (come personalmente ritengo) che fra il prestatore e la piattaforma si stipulasse un contratto di lavoro intermittente senza obbligo di risposta. La soluzione esiste, dunque, e il fatto che non sia adottata dalle parti, che rifuggono da questo schema contrattuale, non può essere acriticamente accettato (come fanno gli «integrati»). Certo i controlli pubblici (almeno nei paesi dove funzionano, non certo in Italia, dove la carenza di organico degli ispettori del lavoro è talmente grave da rendere ridicola la stessa concezione di un controllo) avrebbero difficoltà addirittura a «reperire» i lavoratori, in alcuni casi (non sempre: i fattorini di Deliveroo si vedono da lontano!), e a ispezionare aziende virtuali – piattaforme installate su *server* all'altro capo del mondo –, e dunque può sembrare molto ingenuo pensare di imboccare credibilmente questa strada.

Ma il punto teorico che risulta più critico riguarda l'individuazione del datore di lavoro, a partire dalla (per molti dubbia) qualificazione della piattaforma (*rectius*: del suo proprietario-gestore) come datore di lavoro. Il caso specifico induce a una nuova riflessione sulla identità, e ancor prima sulla nozione, di «datore di lavoro»: regge ancora l'idea che sia l'utilizzatore (economico) – e non il destinatario – della prestazione di lavoro? A me pare di sì; il datore di lavoro – l'imprenditore – è colui che organizza un'attività economicamente rilevante al fine di trarne un utile, quanto meno nei sistemi capitalistici (40). In termini quasi marxiani, «il lavoro digitale è lavoro capitalistico», e il lavoro capitalistico «è assoggettato al processo produttivo che è diretto, organizzato e disciplinato dal capitalista» (41). E allora è ragionevole tornare a valorizzare l'alienità del risultato (del guadagno generato per la piattaforma dall'attività del prestatore), come pure l'uso di un marchio (vd. in passato le riflessioni sull'uso di un marchio comune nei gruppi e nel *franchising*). L'obiezione che facilmente potrebbe essere mossa è che nelle attuali forme di lavoro «tipo Uber» la ripartizione del rischio (di non avere richieste/clienti, di malattia del lavoratore) grava sul prestatore, e non sull'organizzatore del servizio. Questa osservazione, sommandosi alla possibilità di rifiutare la chiamata, spinge a considerare sempre autonomi questi lavoratori. A mio modesto avviso è una petizione di principio, o meglio è un modo di confondere l'essere con il dover essere, sulla cui base si

(40) E «ciò che è certo è che la piattaforma tecnologica è comunque un'*impresa capitalistica*, un attore economico che crea valore grazie a economie di scala dal lato della domanda e dell'offerta» (Perulli 2018, 117).

(41) Bavaro 2018, 59.

costruiscono le ormai diffuse ipotesi di introdurre un «diritto speciale» per questi lavoratori: un nuovo *tertium genus* specifico (42) che garantisca loro un piccolo bagaglio assicurativo contro i principali rischi (sicurezza e previdenza). Ma lo si fa, mi permetto di ripeterlo, muovendo dal presupposto che la loro attività non sia *naturaliter* subordinata, con buona pace del principio della indisponibilità del tipo, e che non possa esserlo.

Proviamo invece a ripartire dalla nozione (giuridica) di subordinazione, rileggendo l'art. 2094 alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale. Recita la disposizione basilare del diritto del lavoro: «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». Se leggiamo un'altra sentenza della Corte, di poco successiva e non in contraddizione con quelle precedentemente richiamate, troviamo la sintesi della subordinazione, che, ove ricorra, impone di qualificare quel rapporto come subordinato. La differenza tra il lavoro subordinato e altre forme di lavoro (nel caso dell'intervento della Corte, il lavoro del socio di cooperativa) è determinata «dal concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce». Queste due condizioni si rinvergono senza dubbio nel lavoro su piattaforma, e tanto dovrebbe bastare. Così come si rinvergono evidenti forme, sia pure talora particolari, di sottoposizione dei prestatori al potere direttivo tipico del datore di lavoro: potere di conformazione della prestazione, di controllo, disciplinare. Se infatti guardiamo al «modo» in cui vengono oggi rese queste prestazioni, troviamo la conformazione (che va dalla livrea indossata e dall'uso del marchio al modo in cui deve essere fatta la consegna, per esempio), troviamo il controllo (via cellulare, geolocalizzazione, *app*), troviamo la sanzione (l'esclusione del prestatore che non abbia ricevuto sufficienti *like* dai clienti o che non abbia risposto alla chiamata o non si sia comunque reso disponibile creando un disservizio per l'organizzazione) (43). Ancora,

(42) Ichino 2017b. In questo senso si è orientato il legislatore francese, per esempio, con la *Loi Travail 2016*, che pure (vd. Cagnin 2018, 41) non ha imposto la qualificazione di lavoro autonomo per queste fattispecie, ma al massimo l'ha «suggerita» (così Tullini 2018a, 185) nel momento in cui ha individuato il campo di applicazione della disciplina (moderatamente) protettiva ai lavoratori autonomi che ricorrono per l'esercizio della loro attività professionale a una o più piattaforme digitali.

(43) Centamore, Ratti 2017.

e infine, l'autista Uber «*ne promet pas un ouvrage; il met sa force de travail à la disposition de la plateforme*» (44): nessuna autonomia, neppure nel prezzo del servizio, bensì una *subordination algorithmique*, che resta pur sempre subordinazione.

4. — *Il lavoro tradizionale e la digitalizzazione* — Il nesso tra esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro e algoritmo, che certo caratterizza il lavoro tramite piattaforma, lo ritroviamo peraltro anche nel lavoro tradizionale che utilizza tecnologie digitali o *Big Data*. Mi riferisco evidentemente a quella che, con un eccesso di retorica, viene definita «Industria 4.0» o «Quarta rivoluzione industriale» (45). Si tratta, al di là delle pur rilevanti differenze tra realtà diverse, di organizzazioni nelle quali il potere di conformazione della prestazione, così come quello di controllo, è affidato a un sistema intelligente, che arriva fino a obbligare il lavoratore a certi tempi di risposta al comando, con modalità che in alcuni casi sembrano asseverare la tesi secondo la quale in talune realtà, come gli stabilimenti di Amazon, si sia di fronte a forme di «neofordismo» (46).

Al di là della diversità di forme di organizzazione dell'attività e di attività prestata dai lavoratori, alcuni tratti comuni segnano il «palinsesto della vita» (47), lavorativa e privata, delle persone coinvolte. Pare opportuno soffermarsi brevemente su un tratto caratteristico dal quale discendono una serie di conseguenze rilevanti nel lavoro e nella vita privata che arrivano a toccare il cuore della persona.

È stato osservato che l'impiego delle nuove tecnologie rende possibile «al datore di lavoro di varcare la soglia della vita privata del lavoratore anche al di fuori dell'orario eventualmente concordato» (48): non solo per i lavoratori delle piattaforme, dunque, ma per molti altri lavoratori (apparentemente) «normali». Quella soglia può essere varcata, comunque, anche durante l'orario di lavoro, come dimostrano le garanzie che il legislatore italiano ha comunque riconosciuto ai lavoratori subordinati pur a fronte di una liberalizzazione pressoché assoluta (con la riscrittura dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori a opera del cd. decreto semplificazione: art. 23, d.lgs. n. 151/2015) dell'uso, a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, delle informazioni raccolte attraverso tutti gli strumenti di controllo a distanza dei

(44) Julien, Mazuyer 2018, 192.

(45) Vd., anche per l'ampia bibliografia, Garofalo 2017.

(46) Così Bavaro 2018, 38.

(47) Jasanoff 2011, citato da Rodotà 2012, 250.

(48) Garofalo 2017, 169.

lavoratori, sia quelli per i quali ancora occorre un accordo sindacale sia, per quanto più qui rileva, attraverso gli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa». Gli unici limiti sono rappresentati dal necessario rispetto dell'obbligo di informazione sulle modalità d'uso e sullo svolgimento dei controlli, da una parte, e delle regole della *privacy*, dall'altra: limite poco «lavoristico» e molto incentrato sulla tutela del lavoratore-cittadino.

Può far quasi sorridere parlare di rispetto della *privacy* oggi, quando tutti nei mesi scorsi siamo stati sommersi da decine di mail da parte di soggetti che detenevamo nostri dati (spesso a nostra insaputa, o almeno senza che fossimo realmente consapevoli dei dati che avevamo trasmesso o ai quali avevano dato accesso), per rispettare (almeno formalmente) il nuovo Regolamento Ue n. 2016/679. Ma se volessimo prendere sul serio il Regolamento (con i suoi 173 «Considerando»), vi troveremmo limiti stringenti alla pratica della profilazione. Secondo l'art. 4 del Regolamento, la profilazione è «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica». Come è stato osservato, «è evidente che, poiché quasi tutto (se non tutto) il lavoro digitale è basato su trattamenti automatizzati e la profilazione dei dati personali, esso rientra in questa ipotesi» (49).

Meno ovvio, forse, è pensare ai pericoli insiti nei sistemi di profilazione che riguardino lavoratori per così dire tradizionali. Certo il lavoratore, se adeguatamente informato, potrà mantenere comunque riservati alcuni suoi dati spegnendo la *app* o il cellulare, nel (vano?) tentativo di mantenere una sana separatezza tra vita personale e vita lavorativa, esercitando quel diritto alla disconnessione che dovrebbe essere effettivamente garantito a tutti (e non solo ai lavoratori agili, come formalmente avviene oggi in Italia). In parallelo, il lavoratore potrà (teoricamente) negare il necessario consenso al trattamento di dati che non siano indispensabili per lo svolgimento del lavoro e per la gestione del suo rapporto: e qui, nel diritto italiano, riemerge l'importanza dell'art. 8 dello Statuto – disposizione troppo spesso sottovalutata –, che sancisce il divieto per il datore di lavoro di indagare «sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore,

(49) Bellavista 2017b, 168.

nonché sui fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore».

Questo schermo a protezione dell'essere e dell'apparire della persona del lavoratore pare ormai labile e facilmente permeabile, nel momento in cui anche i fatti della vita privata sono utilizzati per valutare quella che l'art. 8 chiama «attitudine professionale». Può essere considerato rilevante il mio modo di partecipare ai *social network*, per esempio, per essere assunto o promosso (dato e non concesso che vi sia trasparenza nei criteri, il che raramente avviene nel settore privato) per un incarico che richiede, che so, empatia, socievolezza, capacità di interfacciarsi con estranei?

Ho utilizzato l'esempio dei *social network* (basti pensare a Facebook) perché rappresenta una fonte di informazioni direttamente inserite dalla persona o indirettamente ricavabili dai rapporti instaurati con amici, conoscenti, estranei (50). Faccio mie le riflessioni di Stefano Rodotà, il maggior esperto italiano di *privacy*, secondo il quale siamo ormai di fronte (per qualsiasi cittadino) a una identità «dispersa», perché le informazioni riguardanti la stessa persona sono contenute in banche dati diverse, ciascuna delle quali restituisce soltanto una parte o un frammento dell'identità complessiva (51). È legittimo che il datore di lavoro riunisca questi frammenti e li utilizzi per valutare il lavoratore (o l'aspirante tale)? Credo avesse ragione Rodotà quando, ormai alcuni anni fa, affermava che la *privacy* non può oggi essere concepita più solo come «diritto di essere lasciato da solo» ma anche e soprattutto come diritto di controllare l'uso che gli altri fanno delle informazioni che ci riguardano (52). Si tratta di un obiettivo che dovrebbe essere garantito, almeno teoricamente, proprio da una corretta applicazione del Regolamento.

Non mi avventuro oltre in un campo minato che lascio alla competenza degli specialisti del *droit numérique* (53). Il legame, la connessione, tra *droit numérique* e diritto del lavoro mi pare in questo frangente strettissimo, e molto problematico se si intende garantire l'effettività del diritto alla protezione dei dati personali (art. 8 della Carta dei diritti fondamentali) e il (distinto) (54) diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7 della

(50) In particolare per i *social network* che si potrebbero convenzionalmente qualificare come «identificativi», ossia quelli nei quali si presuppone che l'utente riveli la propria identità sia al gestore del *network* sia agli altri utenti: Ottolia 2011, 360.

(51) Rodotà 2012, 319.

(52) *Ivi*, 320.

(53) Per un'attenta lettura dei rapporti tra *privacy* e *social network* è utile il contributo di Ottolia (2011), seppure anteriore all'entrata in vigore del nuovo Regolamento.

(54) Così Rodotà 2012, 397.

stessa Carta) (55) ai lavoratori, digitali o meno. Non solo. La raccolta dei dati apre infatti la porta a un loro uso che può comportare rischi anche per il diritto a non essere discriminati (artt. 21 e 23 della Carta). Si tratta di un versante finora poco studiato, salvo lodevoli eccezioni (56).

Il campo di applicazione delle direttive antidiscriminatorie «di seconda generazione», pur notoriamente differenziato a seconda del fattore identitario considerato, consente, almeno teoricamente, di proteggere le persone rispetto a un ampio novero di discriminazioni (dirette e indirette, molestie incluse) che possono essere alimentate dalle informazioni acquisite, in modo lecito o illecito, dal datore di lavoro. L'oggettività della nozione di discriminazione, unita alla oggettività del divieto, che ha indotto la Corte di Giustizia, per esempio, a considerare vietate dalla Direttiva Ue n. 2000/78 le molestie correlate all'handicap del figlio di una dipendente (57), o a qualificare come discriminazione razziale (Direttiva Ue n. 2000/43) dichiarazioni razziste che pure non avevano direttamente leso alcun lavoratore o aspirante tale (58), dimostrerebbero la capacità del diritto vivente dell'Ue di garantire una protezione effettiva, almeno sinora (59), anche quando il soggetto discriminato non sia, formalmente, un dipendente (penso al caso *Dita Danosa*) (60).

Non ritengo tuttavia che davvero il diritto antidiscriminatorio, da solo, possa offrire «strumenti di reazione particolarmente efficaci» (61). Al di là delle difficoltà di accesso alla giustizia (con i relativi costi), e alla difficoltà di aggregare interessi così diffusi, anche da parte del sindacato (ma tornerò sul possibile ruolo del sindacato), ciò che spesso emerge è la mancanza del substrato materiale, la conoscenza o consapevolezza dei dati personali acquisiti dal datore di lavoro, così come degli algoritmi utilizzati dalle piattaforme: insomma l'opacità della e nella raccolta dei dati e del loro impiego. Ho sempre ritenuto – e anche scritto (62), in tempi non sospetti, per così dire – che i divieti di indagine sono importanti, oltre che per la garanzia

(55) Menzionato anche da Garofalo 2017, 169.

(56) Tra le quali tengo a segnalare le riflessioni di Centamore, Ratti 2017.

(57) Caso *Coleman*, C. Giust. 17.7.2008, C-303/06, in *NGL*, 2008, 681 ss.

(58) Caso *Firma Feryn*, C. Giust. 10.7.2008, C-54/07, in *RGL*, 2008, II, 788 ss., con nota di Izzi, Strazzari.

(59) Rinvio a Centamore, Ratti (2017), che riassumono con chiarezza gli ambiti di intervento delle direttive e richiamano opportunamente altri casi decisi dalla Corte.

(60) Caso *Lkb Lizings*, C. Giust. 11.11.2010, C-232/09, in *RIDL*, 2011, II, 969 ss., con nota di Mugneco.

(61) Così invece Centamore, Ratti, 2017.

(62) De Simone 1999, De Simone 2001, 80-81.

della dignità della persona, come strumenti di prevenzione delle discriminazioni, almeno per quelle che non si possono basare su una differenza fisicamente «evidente». Considerando la mole di dati oggi acquisibili, la mia convinzione risulta confermata e accresciuta.

5. — *Conclusioni (molto) provvisorie. Pensare positivo* — Di potenziale discriminazione, o quanto meno di differenze di genere indotte dalla digitalizzazione dell'economia e, per quanto qui rileva, del lavoro si può trattare anche da un altro punto di vista, in un diverso contesto. C'è chi è arrivato ad affermare che, poiché le donne hanno mediamente meno competenze digitali, il loro futuro lavorativo è a rischio più di quello degli uomini (63). Pur con tutti i *caveat* che devono circondare ogni previsione (64), è ragionevole ritenere che la sostituzione delle persone con le macchine (nulla di nuovo, a dire il vero) avrà un importante impatto sulla composizione quantitativa e qualificativa dei nuovi mercati del lavoro, con rischi maggiori di disoccupazione per tutti i gruppi svantaggiati, con particolare riferimento alle donne e alle minoranze razziali, che in larga parte svolgono lavori dequalificati e facilmente fungibili dai sistemi intelligenti di automazione. L'impatto sarà diverso sui diversi settori dell'economia, e a causa della segregazione occupazionale tuttora esistente aumenterà il *gap* di genere. Ma è altrettanto ragionevole ritenere, come queste previsioni confermerebbero, che la maggiore presenza delle donne nel settore dei servizi alla persona (istruzione, sanità, *care*) garantirà loro uno «zoccolo duro» di funzioni non fungibili, se non marginalmente (penso ai *robot* per l'assistenza personale alle persone disabili).

Volendo arrischiarsi a una lettura di genere della digitalizzazione, si può pervenire a risultati potenzialmente più ottimisti. La flessibilità imposta/indotta/scelta dalla digitalizzazione non deve essere infatti vista solo come un fattore dal quale difendere i lavoratori (e ancor più le lavoratrici): può essere anche una flessibilità che agevola la conciliazione vita professionale/vita privata-familiare. Non credo che i nuovi lavori, o almeno non tutti, possano garantire maggiore personalizzazione del lavoro o addirittura, come qualcuno anni fa prevedeva, maggiore libertà nel lavoro e addirittura dal lavoro. Ritengo tuttavia che la flessibilità del tempo di lavoro, con il superamento, in molti casi, di vincoli di orari di lavoro, se non addirittura della

(63) Così il direttore per l'occupazione, il lavoro e gli affari sociali all'Ocse Stefano Scarpetta al Festival dell'economia di Trento del giugno 2018.

(64) Vedi le osservazioni critiche di Carrieri, Pirro (2018, 133) sui metodi utilizzati per le previsioni, nonché le fonti ivi citate.

stessa nozione di orario, possa essere sfruttata per realizzare una migliore conciliazione fra tempo di vita e tempi di lavoro, per tutti. Ma non sono così ingenua da dimenticare i rischi indotti da quella «porosità» dei tempi di lavoro e di vita privata che ho già segnalato. In particolare, quando il lavoro (subordinato o autonomo che sia e che sarà) si concretizza nella messa a disposizione della propria professionalità, elevata o elementare, in tempi decisi dall'utente del servizio prestato, la prevedibilità dell'impegno diminuisce (come già avviene per il *part-time* con clausola di flessibilità e ancor più con il lavoro a chiamata) e crescono le difficoltà di conciliare tutto. Insomma: evitiamo almeno questa volta di presentare la digitalizzazione come una soluzione «pro conciliazione», come nel passato è stato fatto, ad esempio, per la meteora (almeno per l'Italia) del *job sharing*.

Ritornando infine, in un moto quasi circolare, alle riflessioni iniziali, fuggendo alla tentazione di inserirsi nelle file degli apocalittici o degli integralisti, i giuslavoristi dovrebbero abbandonare l'idea di un diritto del lavoro che insegue la realtà in divenire tentando di volta in volta di proteggere/tutelare «frammenti» di lavoro, riaffermando invece un ruolo centrale, e non marginale, del diritto del lavoro, cercando, come si suol dire, di trasformare le sfide in opportunità. In queste mie modeste riflessioni ho considerato, sinora, il ruolo del legislatore, della giurisprudenza, della dottrina, ma non del sindacato e della contrattazione collettiva.

La digitalizzazione, i *social network* ecc. aprono ampi spazi, tutti da occupare, sul piano dell'informazione, della comunicazione e della contrattazione delle nuove forme di lavoro, per il sindacato come per gli stessi lavoratori. Certo i lavoratori digitali si trovano spesso in uno stato di isolamento e di invisibilità (65); ma questa non è una novità assoluta: le difficoltà di rappresentanza si sono già acuite «con l'affermazione di imprese più fluide sul piano spaziale e organizzativo», ed è stato osservato che se i movimenti sindacali «non sapranno trovare strumenti di insediamento adeguati crescono le possibilità che vengano spiazzati in modo generalizzato» (66).

Le indicazioni che si leggono vanno nel senso di valorizzare il ruolo della legislazione, nazionale e Ue, in termini di incentivazione di percorsi di cambiamento organizzativo di imprese, gruppi, reti, anche di dimensione internazionale, che coinvolgano sia i singoli lavoratori sia i loro rappresentanti. Si propone altresì di valorizzare la contrattazione aziendale o

(65) Bellavista 2017b, 167. Vd. anche le specifiche osservazioni sulla difficoltà di individuare un interesse collettivo comune per i lavoratori del *web*, e di organizzarne la protezione, di Forlivesi (2017, spec. 179-181).

(66) Carrieri, Pirro 2018, 135.

comunque decentrata per garantire adeguate relazioni industriali nei luoghi più «prossimi» a dove le decisioni vengono prese (67): opzione utile a condizione che si abbia la consapevolezza che molte scelte organizzative sono giocate oggi, e non solo da ieri, a livello *macro* (gruppi internazionali, *holding*, reti) piuttosto che a livello *micro* (la piccola fabbrica di provincia). Un'altra via indicata da più parti è rappresentata da un mantra (almeno per l'Italia) che risuona da anni stancamente: dare spazio alla partecipazione. In ogni caso occorre un sindacato molto preparato, con dirigenti competenti, aperto all'innovazione, che non giochi in difesa ma in attacco e che sappia proporre nuove forme organizzative a tutti i lavoratori (quelli che svolgono mansioni «alte» e quelli che svolgeranno comunque mansioni molto *basic*) e nuovi modelli di organizzazione della gestione del personale ai datori di lavoro. Ma la riduzione dei redditi della *working class*, insieme alla crescente polarizzazione di professionalità e di redditi, accompagnata, direi quasi segnata, dalla crescente instabilità dei rapporti di lavoro, impone la riproposizione di strategie capaci di rispondere a queste esigenze (68) anche attraverso il classico strumento della contrattazione collettiva.

Come è chiaro, si tratta di temi cruciali ma di ampio respiro, che dovrebbero essere affrontati con ben altra attenzione. Volando più basso, per così dire, si possono invece indicare obiettivi concreti e fattibili a breve-medio termine proprio mettendo a frutto le tecnologie e la digitalizzazione, da una parte, e regolandole collettivamente, dall'altra.

E qui torna alla ribalta, non a caso, quel *droit à la déconnexion* che il legislatore francese (legge 8 agosto 2016, art. L. 2242-8) ha inserito tra le materie oggetto di negoziazione obbligatoria annuale, affidando alla contrattazione collettiva l'individuazione e l'adattamento *pro tempore* delle modalità che ne garantiscano l'effettività, insieme alla «*mise en place de dispositifs et régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le temps de repos et de congés ainsi que la vie personnelle et familiale*». Scelta legislativa ben diversa da quella operata dal legislatore italiano, che invece per i lavoratori agili ha affidato la definizione di quelle modalità all'accordo individuale (art. 19, legge n. 81/2017). Ciò non esclude che questa materia possa essere anche oggetto di contrattazione collettiva, considerandola quale misura organizzativa che incide certo su riposi, ferie, vita personale e familiare, ma anche, e in primo luogo, sulla qualità del lavoro stesso (69).

(67) *Ivi*, 136.

(68) *Ivi*, 141.

(69) Vd. le appropriate osservazioni di Gratton (2016, 1053-1054).

Ancora, la tecnologia digitale può essere un utile strumento di comunicazione e di partecipazione per i lavoratori e per il sindacato: basti pensare al possibile esercizio del diritto di affissione di cui all'art. 25 dello Statuto dei lavoratori, così come all'esercizio del diritto individuale di proselitismo di cui all'art. 26 dello stesso Statuto (70), come pure al voto elettronico (su piattaforme contrattuali, referendum, proposte di sciopero), particolarmente per rendere partecipi tutti i «lavoratori a distanza» o comunque decentrati, alla convocazione tramite messaggistica delle riunioni di contrattazione in azienda fino allo svolgimento di riunioni in teleconferenza (71); gli ambiti di utilizzazione potrebbero essere molti altri, con previsioni *ad hoc* del legislatore o della stessa contrattazione collettiva.

Non so dire se si possa davvero parlare di un Sindacato 2.0 (72), ma credo che sia un'occasione da non perdere per (ri)dare dignità al lavoro, «in tutte le sue forme e applicazioni», come sancisce l'art. 35 della Costituzione italiana.

Riferimenti bibliografici

- Auriemma S. (2017), *Subordinazione e codatorialità nell'impresa digitale complessa*, Paper per il convegno «Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale», Brescia, 12-13 ottobre 2017.
- Bavaro V. (2018), *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in RGL, n. 1, I, 35 ss.
- Bellavista A. (2017a), *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione collettiva*, Paper per il convegno «Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale», Brescia, 12-13 ottobre 2017.
- Bellavista A. (2017b), Intervento alla Tavola rotonda «Innovazioni tecnologiche e nuovi lavori: quali tutele per i lavoratori», in *Il lavoro nelle piattaforme digitali*, in *Quaderni di RGL*, n. 2, Ediesse, Roma, 165-169.
- Cagnin V. (2018), *Gig economy e la questione qualificatoria dei gig workers: uno sguardo oltreconfine*, in Perulli A. (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, Padova, 31 ss.

(70) Bellavista (2017a), che così continua: «qualora il datore di lavoro ostacolasse e/o sanzionasse lo svolgimento di tali attività concretebbe una condotta antisindacale, censurabile con l'azione di cui all'art. 28» della stessa legge.

(71) Gratton 2016, 1055.

(72) *Ivi*, 1059, a margine di una interessante riflessione sulla peculiare forma di riconoscimento di diritti sindacali ai lavoratori delle piattaforme (pur qualificati come lavoratori autonomi) da parte dell'art. L. 7342.6 del *Code du travail*.

- Carrieri M., Pirro F. (2018), *Digitalizzazione, relazioni industriali e sindacato. Non solo problemi, anche opportunità*, in Cipriani A. et al. (a cura di), *Il lavoro 4.0*, Firenze University Press, 131 ss.
- Centamore G., Ratti L. (2017), *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, Paper per il convegno «Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale», Brescia, 12-13 ottobre 2017.
- Corazza L. (2017), *L'organizzazione del lavoro alla prova di Industria 4.0*, in Aidlass, *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle Giornate di studio Cassino 18-19 maggio 2017, 300 ss.
- De Simone G. (1999), *Libertà di espressione e subordinazione*, in *Ragion pratica*, 83 ss.
- De Simone G. (2001), *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Eco U. (1964), *Apocalittici e integrati*, Bompiani, Milano.
- Forlivesi M. (2017), *Interessi collettivi e rappresentanza dei lavoratori del web*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 179 ss.
- Garofalo D. (2017), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in Aidlass, *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle Giornate di studio Cassino 18-19 maggio 2017, 17 ss.
- Gratton L. (2016), *Révolution numérique et négociation collective*, in *DS*, 1050 ss.
- Guastini R. (1993), *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (2017a), *Il diritto del lavoro nell'epoca di Internet*, in www.lavoce.it.
- Ichino P. (2017b), *Gig economy: un diritto per il lavoro nella terra di mezzo*, in www.lavoce.it.
- Jasanoff F. (2011), *Introduction: Rewriting Life, Reframing Rights*, in *Id.* (a cura di), *Reframing Rights. Biocostitutionalism in the Genetic Age*, Mit Press, Cambridge (Mass.)-London, 1.
- Julien M., Mazuyer E. (2018), *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, in *RDT*, 189 ss.
- Lyon-Caen A. (2016), *Plateforme*, in *RDT*, 301 ss.
- Mettling B. (2015), *Transformation numérique et vie au travail, Rapport à l'attention de M.me Myriam El Khomri, Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social*.
- Napoli M. (1995), *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. 2, Giuffrè, Milano, 1057 ss.
- Ottolia A. (2011), *Privacy e social networks: profili evolutivi della tutela dei dati personali*, in Aida, *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, diretti da Ubertazzi L.C., 360 ss.
- Ottolia A. (2017), *Big Data e innovazione computazionale*, *Quaderni di Aida*, n. 28, Giappichelli, Torino.
- Pasquier T. (2016), *Liaison(s)*, in *RDT*, 328 ss.
- Pedrazzoli M. (1999), *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in Aidlass, *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Atti delle Giornate di studio Salerno 22-23 maggio 1998, 95 ss.

- Perulli A. (2017), *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in *LD*, 251 ss.
- Perulli A. (2018), *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, in Perulli A. (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, Padova, 115 ss.
- Razzolini O. (2014), *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *DRI*, 974 ss.
- Rodotà S. (2012), *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari.
- Romagnoli U. (2018), *Dal diritto del lavoro al diritto delle persone*, in www.egualizzaelibertà.it.
- Supiot A. (1990), *Pourquoi un droit du travail?*, in *DS*, 485 ss.
- Tullini P. (2018a), *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in Perulli A. (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, Padova, 171 ss.
- Tullini P. (2018b), *La qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro dei gig workers: nuove pronunce e vecchi approcci metodologici*, in *Lavoro, Diritti, Europa*.

ABSTRACT

Nel saggio, l'Autrice, dopo aver ricostruito – sulla falsariga della dicotomia apocalittici vs integrati – le posizioni della dottrina riguardo al recente fenomeno della Gig economy, segnala la necessità di distinguere attentamente le diverse sfaccettature dei fenomeni evitando improprie assimilazioni e semplificazioni. Solo così ci si può rendere conto che alcune moderne forme di lavoro digitale possono essere ricondotte nell'area del lavoro subordinato, a patto di intendere la subordinazione come «doppia alienità» (del risultato e dell'organizzazione in cui la prestazione è inserita). L'Autrice successivamente propone alcune riflessioni sulle relazioni tra digitalizzazione e lavoro «tradizionale». Il saggio si conclude con alcuni spunti di riflessione relativi alla possibilità di tutela dei lavoratori digitali, moderni e tradizionali, attraverso il diritto antidiscriminatorio e la contrattazione collettiva.

DIGITAL WORK AND SUBORDINATION. FIRST REFLECTIONS

In the essay, the Author, after having reconstructed – along the lines of the dichotomy apocalyptic vs integrated – the positions of the doctrine about the recent Gig economy phenomenon, points out the need to carefully distinguish the differences of these phenomena avoiding improper assimilation and simplification. Only in this way we can realize that some modern forms of digital work can be brought back to the area of subordinate work, provided that we understand the subordination as «double alienity» (of the work's result and of the organization in which the employee is inserted). Then, the Author introduces some reflections about the relationship between digitalization and «traditional» work. The essay concludes about the possibility of protecting digital workers, modern as well as traditional, through anti-discrimination law and collective bargaining.

Alberto Levi (*)

IL LAVORO AGILE NEL CONTESTO DEL PROCESSO DI DESTRUTTURAZIONE DELLA SUBORDINAZIONE

SOMMARIO: 1. Il lavoro agile e le sue due coordinate definitorie. — 2. *Segue*: l'esatta specularità rispetto alla fattispecie della collaborazione organizzata dal committente. — 3. La particolare disciplina dei poteri datoriali, quale ulteriore cartina di tornasole di una nozione di subordinazione che va alla ricerca di una sua necessaria modernizzazione: la vicenda regolativa del potere direttivo. — 4. *Segue*: il potere di controllo e il potere disciplinare. — 5. La sfasatura tra la dimensione ontologica e la dimensione giusapplicativa della subordinazione.

1. — *Il lavoro agile e le sue due coordinate definitorie* — Nel solco di un diritto del lavoro in profonda evoluzione, che da tempo fatica a stare al passo con le trasformazioni del mondo produttivo e del mercato (1), la legge n. 81 del 2017 giuridifica la figura del lavoro agile. Si tratta, per espressa previsione del legislatore, non di una nuova tipologia contrattuale, bensì di una mera «modalità di esecuzione» della prestazione, nell'ambito «del rapporto di lavoro subordinato» (art. 18, c. 1).

L'elemento più caratteristico del lavoro agile è, forse, che la legge ne tratteggia la fisionomia in termini fondamentalmente negativi, preoccupandosi di specificare ciò che nel lavoro agile non c'è, rispetto invece a quello che normalmente si riscontra nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato standard. In particolare, la tipizzazione legale dell'istituto si snoda attraverso due coordinate definitorie, delle quali, peraltro, la dottrina non ha mancato di sottolineare la complessiva inefficacia qualificatoria (2): la prima, di ordine temporale, relativa al «quando» si lavora agilmente; la seconda, di ordine topografico, inerente al «dove» si lavora.

Quanto al primo aspetto, il lavoratore agile presta la propria attività

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

(1) In argomento, cfr.: Aa.Vv. 1986; Romagnoli 1986, 377; Vardaro 1986, 75.

(2) In questi termini, si vedano: De Marinis 2017, 8; Tiraboschi 2017, 45.

«senza precisi vincoli di orario», per cui egli può, in certa misura, determinare liberamente «quando» rendere la prestazione. L'unico vincolo che il legislatore fissa a questo riguardo è l'impossibilità di oltrepassare i limiti relativi alla durata massima dell'orario giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva (art. 18, c. 1, secondo periodo), ma, al di là di questo, lo spazio di autonomia del lavoratore agile, così come tratteggiato dal legislatore, potrebbe essere senz'altro più ampio, rispetto a quello tipico di cui gode il lavoratore subordinato. È vero, peraltro, che la legge dice che non ci sono «precisi vincoli di orario» locuzione da cui traspare che non c'è una completa libertà del lavoratore. Ma su questo punto si ritornerà *infra*.

Quanto alla seconda coordinata, invece, il legislatore fissa – ancora una volta in negativo – il tratto della fattispecie relativo al «dove» si lavora. Il lavoratore agile presta la propria attività «senza precisi vincoli [...] di luogo di lavoro», pur specificandosi, qualche riga dopo, che l'attività lavorativa viene resa «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno», ma comunque «senza una postazione fissa» (art. 18, c. 1, secondo periodo).

Il fatto che il lavoro agile debba essere prestato in parte all'interno dell'azienda e in parte all'esterno, benché senza una postazione fissa, è stato indicato dalla dottrina proprio come l'elemento tipico della figura in esame. È questo, tra l'altro, il profilo che più di ogni altro consente di afferrare la differenza rispetto al telelavoro, il quale, invece, ben potrebbe essere prestato soltanto all'esterno dei locali aziendali (3).

L'alternanza topografica tra lavoro all'interno e lavoro all'esterno dell'azienda è ineliminabile. Tuttavia, la determinazione del *quantum* di attività all'esterno e di attività all'interno è rimessa all'autonomia delle parti, nell'ambito dell'accordo di cui all'art. 19, della legge n. 81 del 2017. Quindi, salvo appositi limiti fissati in sede contrattual-collettiva, potrebbe accadere che il lavoro esterno occupi la minima parte del tutto (ad esem-

(3) In questo senso, si vedano: Allamprese, Pascucci 2017, 315; Pinto 2016, 366; Santoro Passarelli 2017, 16, il quale individua altri due elementi di distinzione tra lavoro agile e telelavoro: innanzi tutto, nel telelavoro il collegamento telematico con la sede dell'impresa è necessario e non solo possibile; inoltre, «la disciplina del patto di lavoro agile riserva all'autonomia individuale ambiti di intervento (ad es.: potere direttivo, potere disciplinare e potere di controllo) sconosciuti alla fattispecie del telelavoro»; Tiraboschi 2017, 22, secondo cui, appunto, le due circostanze che consentono di qualificare il telelavoro, rispetto al lavoro agile, sono il fatto che l'alternanza tra lavoro all'interno e lavoro all'esterno possa essere soltanto occasionale, non stabile e programmata, e il fatto che la prestazione esterna sia resa con l'ausilio di strumentazioni telematiche e informatiche.

pio, una giornata, o addirittura mezza giornata), con assoluta prevalenza del lavoro interno. Così come potrebbe essere pattuito il contrario.

Il luogo esterno rispetto ai locali aziendali può coincidere con il domicilio del lavoratore agile, ma non necessariamente. Tra l'altro, tra le finalità dell'istituto, vi è, per espressa previsione del legislatore, il fatto di «agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» (e questo fa pensare alla comodità per il lavoratore agile di prestare la propria attività da casa). Ma ciò non significa che il datore di lavoro non possa pattuire con il prestatore agile un luogo di lavoro esterno che non coincida con il domicilio del lavoratore medesimo. La sede esterna potrebbe essere, per esempio, presso un cliente dell'impresa, o comunque un qualsiasi luogo nel quale l'imprenditore potrebbe avere interesse a far lavorare il proprio dipendente (4). Non a caso, del resto, l'art. 18 della legge n. 81 richiama, tra le finalità del lavoro agile, anche lo scopo di «incrementare la competitività» aziendale, per cui il fatto che al luogo di lavoro sia conferita una dimensione liquida può rispondere a una convenienza a volte del solo lavoratore (come, appunto, la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro), altre volte dell'impresa (come l'incremento della competitività), altre volte ancora di entrambe le parti.

Merita una riflessione a sé stante il riferimento alla necessaria mancanza di una postazione fissa. In dottrina, tra l'altro, si discute se tale elemento sia utile o no a distinguere il lavoro agile rispetto al telelavoro (5). Premesso che l'assenza di una postazione fissa si riferisce soltanto al lavoro prestato all'esterno dell'impresa, il legislatore ha inteso evidentemente ammettere una potenziale variabilità continua del luogo esterno di lavoro, al punto che il lavoratore agile può essere spostato da un luogo esterno a un altro, senza difficoltà. Gli spostamenti esterni, in particolare, non comportano l'applicazione delle tutele lavoristiche in tema di trasferta o di trasferimento. Mentre lo spostamento definitivo della sede interna di riferimento costituisce senz'altro un trasferimento in senso stretto, cioè subordinato alla disciplina dell'art. 2103 del codice civile.

Non concorrono a definire il lavoro agile due ulteriori elementi indicati dal legislatore nell'art. 18, c. 1, della legge n. 81: l'eventualità di prevedere «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi»; e la possibilità per il prestatore di utilizzare strumenti tecnologici per lo svolgimento della propria

(4) In argomento, cfr. Frediani 2017, 632.

(5) In particolare, secondo Tiraboschi (2017, 17), la presenza di una postazione fissa non è tratto distintivo del telelavoro, ma piuttosto lo è la continuità della prestazione resa al di fuori dei locali aziendali, per il tramite di un collegamento telematico o informatico. In proposito, si veda anche Timellini 2018, 232.

attività. Si tratta, infatti, di due elementi non essenziali, come invece accade per l'assenza di precisi vincoli di orario/luogo di lavoro e per il fatto che la prestazione debba essere eseguita in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno, sebbene senza una postazione fissa.

Sulle forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi si ritornerà nel par. 3. Invece, per quanto riguarda il riferimento all'utilizzo di strumenti tecnologici, è fin troppo ovvio osservare che all'esterno dell'azienda l'attività viene normalmente prestata attraverso l'ausilio degli strumenti informatici e telematici. Ed è questo, del resto, il profilo che avvicina il lavoro agile al telelavoro, accomunati dal fatto di interpretare entrambi l'esigenza della società attuale, «il cui emblema è il contatto a distanza» (6).

L'utilizzo all'esterno delle strumentazioni tecnologiche implica una riflessione sui tempi di lavoro. In particolare, a questo proposito, l'art. 19, c. 1, secondo periodo, prevede che l'accordo individuale tra le parti debba individuare le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la «disconnessione» del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche, al fine di garantire la fruizione di ragionevoli tempi di riposo (7). Il rischio, infatti, è stato sottolineato in dottrina, potrebbe essere quello di una «estensione (piuttosto che di una migliore conciliazione) dell'assoggettamento [a] un tempo di lavoro deoggettivizzato, senza più chiari confini coi tempi di vita e in funzione della utilità finale attesa dal creditore della prestazione» (8).

2. — *Segue: l'esatta specularità rispetto alla fattispecie della collaborazione organizzata dal committente* — La scelta del legislatore di qualificare il lavoro agile secondo le due coordinate spazio-temporali di cui si è detto nel paragrafo che precede rende possibile istituire una relazione di perfetta specularità tra la figura in esame e quella delle collaborazioni organizzate dal committente, di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015.

(6) Si veda Vallebona 2017, 823.

(7) In proposito, si veda: Allamprese, Pascucci (2017, 317 ss.), i quali sottolineano come la legge n. 81 del 2017 non sancisca espressamente e direttamente un «diritto alla disconnessione», contenendo soltanto un riferimento molto generico e indiretto alla «tecnica protettiva» attraverso cui conseguire l'obiettivo di una tutela adeguata del lavoratore agile. Secondo Casillo (2017, 123), invece, il diritto alla disconnessione è «un dovere/diritto per il datore/lavoratore, i quali possono disporne (concordare) solo in quanto alla misura del godimento (tempo di disconnessione), non in quanto alla garanzia». Cfr. anche Rausei (2017, 1933), che evidenzia come il legislatore abbia voluto definire un limite all'assunzione da parte del lavoratore di un obbligo di reperibilità completamente svincolato dall'orario di lavoro.

(8) Così Tiraboschi 2017, 45.

I tempi i e luoghi di lavoro, pur operando in modo esattamente inverso, sono elevati, da parte del legislatore, a parametri definitivi di entrambe le fattispecie.

L'art. 18 della legge n. 81 del 2017 delinea la fisionomia di un lavoratore subordinato, senza precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro; mentre, in senso esattamente speculare, l'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 tratteggia la figura di un lavoratore parasubordinato (o, se si preferisce, para-autonomo) (9), che peraltro presta la propria attività secondo modalità di

(9) A parere di chi scrive, il lavoratore etero-organizzato di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 deve essere considerato, appunto, un prestatore parasubordinato. In dottrina, invero, nell'ambito della quale si è sviluppato un ampio dibattito in ordine alla qualificazione della figura in esame (Vallebona 2015, 5 ss.), sembra risultare prevalente la tesi della subordinazione [in proposito, si vedano: Ferraro 2016, 62, secondo il quale l'art. 2 è «una disposizione criptointerpretativa volta a privilegiare una concezione estensiva della subordinazione», peraltro non «meccanicamente sovrapponibile a quella di cui all'art. 2094 c.c.», non solo «per fattori storico-evolutivi [...] ma perché la nozione codificata è concepita all'interno dei meccanismi di funzionamento dell'impresa, [...] mentre la figura del collaboratore/dipendente di cui all'art. 2, c. 1, [...] ha un'intrinseca dimensione generalista e risulta quindi depurata da elementi estrinseci di tipo funzionale o gerarchico consustanziali a un determinato modello di attività imprenditoriale»; Mazzotta 2016, 9-10; Pallini (2016, 76), secondo il quale l'etero-organizzazione costituisce il nuovo atteggiarsi della subordinazione; Pinto (2018, 77-78), il quale sottolinea che per poter considerare le collaborazioni etero-organizzate non subordinate bisognerebbe motivare come l'attribuzione di trattamenti normativi uguali a soggetti in situazioni diverse non si risolva in una violazione del principio di uguaglianza; Razzolini 2015, 4-5; Tiraboschi (2015, 980-981), secondo cui il legislatore ha introdotto «una sorta di presunzione (di carattere relativo, più che assoluto) di subordinazione»; nel senso invece che si tratti di una presunzione assoluta, si veda Nogler 2015, 16 ss.]. Nell'art. 2 del decreto n. 81, peraltro, pare possibile identificare tre elementi testuali che consentono di concludere nel senso della parasubordinazione. Innanzi tutto, il legislatore non dice che le collaborazioni organizzate dal committente sono da considerarsi rapporti di lavoro subordinato, ma si limita a stabilire che la disciplina del rapporto di lavoro subordinato «si applica [...] anche ai rapporti di collaborazione» organizzata dal committente. Si amplia, cioè, il raggio applicativo delle regole della subordinazione a un ambito che non vi rientrerebbe (in questo senso, si vedano: Carabelli 2016, 5-6; Magnani 2016, 12; Santoni 2017, 722). Questa considerazione, tra l'altro, potrebbe servire a sdrammatizzare il problema qualificatorio, privilegiando il profilo applicativo (Quadri 2017, 525). In secondo luogo, l'art. 2 fonda la propria specificità regolativa sul concetto di etero-organizzazione «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro», che è nozione ben diversa da quella di «eterodirezione», che caratterizza la subordinazione di cui all'art. 2094 del codice civile. L'etero-organizzazione, infatti, da un punto di vista quantitativo, implica l'esistenza, in capo al committente, di prerogative determinative delle modalità di esecuzione della prestazione più attenuate rispetto a quanto non avvenga con riguardo all'eterodirezione del datore di lavoro [in dot-

esecuzione «organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro» (10).

Un lavoratore agile, dunque, che si scosta rispetto al prototipo del lavoratore subordinato standard, collocandosi in una zona intermedia, tra subordinazione piena e autonomia piena. Un collaboratore etero-organizzato, invece, che si scosta rispetto al prototipo del lavoratore autonomo, collocandosi anch'esso in una zona intermedia, tra subordinazione piena e autonomia piena.

Ciò di cui, insomma, il legislatore sembra prendere atto è che la subordinazione e l'autonomia non sono più due categorie antitetiche, ma, tutt'al contrario, i due possibili ingredienti di una pluralità di *cocktail*, diversi tra loro, accomunati dal fatto di riguardare un soggetto che presta il proprio lavoro a favore di un altro.

Fuori di metafora, la componente della subordinazione può essere presente in misura massima ed esclusiva nel rapporto di lavoro subordinato classico, il che dà luogo alla fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.; oppure può combinarsi con una piccola dose di autonomia, dando luogo al lavoro agile; oppure, ancora, può combinarsi con una dose maggiore di autonomia, il che è quanto avviene nel caso delle collaborazioni organizzate dal committente; o combinarsi con dosi prevalenti di autonomia, come avviene per le prestazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 c.p.c., modificato

trina, in generale, con riguardo al rapporto tra eterodirezione ed etero-organizzazione, si vedano: Marazza 2016; Pessi 2015, 16; Tosi (2015, 1127), secondo il quale, peraltro, «nel diritto vivente non è configurabile eterodirezione senza eteroorganizzazione e neppure eteroorganizzazione senza eterodirezione»; Zoppoli 2016, 8 ss.]. Ma, poi, l'etero-organizzazione può essere considerata come una categoria (non solo quantitativamente, ma addirittura) qualitativamente differente rispetto alla nozione di eterodirezione. Il lavoratore subordinato, infatti, potrebbe essere tale anche in assenza di vincoli di orario, come nel caso dei dirigenti; mentre, al contrario, i vincoli relativi al tempo e quelli relativi al luogo di lavoro assurgono espressamente al ruolo di elementi costitutivi della fattispecie giuridificata dall'art. 2 del d.lgs. n. 81 (in proposito, si veda Santoro Passarelli 2016, 93).

Infine, l'art. 2 del decreto n. 81 del 2015 usa, nella rubrica, il termine «collaborazioni», che è inequivocabilmente evocativo dell'art. 409 c.p.c. A ciò il legislatore aggiunge l'elemento della continuità, che accomuna le due specie di collaborazioni parasubordinate; mentre, quasi per poter giustificare la distinzione tra l'una fattispecie e l'altra, utilizza l'elemento della natura esclusivamente personale dell'attività del collaboratore etero-organizzato.

(10) In argomento, si veda Pinto (2016, 368), secondo cui la disciplina del lavoro agile introduce una situazione di contraddittorietà sistematica rispetto alla regolamentazione delle collaborazioni etero-organizzate, causata dall'applicazione anche a queste ultime del diritto del lavoro.

dall'art. 15 della legge n. 81 del 2017; fino a scomparire del tutto nel caso dell'autonomia pura di cui all'art. 2222 c.c.

In una dimensione descrittiva di tipo orizzontale, dunque, ci si trova innanzi a una sorta di sequenza graduata, a partire dalla subordinazione, fino ad arrivare all'autonomia, così rappresentabile: lavoro subordinato standard (cioè eterodirezione piena, sul come, sul dove e sul quando si lavora), lavoro agile (cioè eterodirezione piena, ma con esclusione di precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro), lavoro parasubordinato implicante etero-organizzazione sui tempi e sul luogo di lavoro, lavoro parasubordinato implicante coordinamento (così come definito, da ultimo, dall'art. 15, c. 1, della legge n. 81) (11), e, infine, autonomia piena.

Come è dato vedere, allora, lavoro agile e lavoro organizzato dal committente, oltre che figure esattamente speculari, sono contigue, in quel mix di subordinazione e di autonomia di cui si è detto. Ed è proprio questa circostanza che, in fondo, può rappresentare il riscontro giuridico concreto del fatto che a entrambe le fattispecie, pur nella loro profonda diversità, si applichino le medesime regole, vale a dire la disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Ma al tempo stesso, è pienamente percepibile lo sforzo del legislatore del *Jobs Act* nel voler tentare di rifondare giuridicamente i canoni interpretativi di una realtà, quella del lavoro, che sta subendo un'evoluzione così profonda da rendere del tutto obsoleto e insufficiente l'assetto regolativo classico della subordinazione, della parasubordinazione e dell'autonomia, in quanto non più adeguato alla situazione attuale (12). A questo riguardo,

(11) Come noto, la norma richiamata nel testo ha fornito un'interpretazione autentica della nozione di coordinamento, stabilendo che essa consiste nel fatto che il collaboratore possa organizzare autonomamente l'attività lavorativa, pur nel rispetto delle modalità di coordinamento della prestazione fissate di comune accordo con il committente. A questo riguardo, la dottrina ha sottolineato che l'art. 15, c. 1, della legge n. 81 ha il merito di chiarire che nelle collaborazioni coordinate è il collaboratore a organizzare le modalità di esecuzione della prestazione, mentre nelle collaborazioni organizzate dal committente le modalità di esecuzione, quanto ai tempi e al luogo di lavoro, sono definite unilateralmente dal committente (così Santoro Passarelli 2017, 7). In argomento, si veda Perulli (2017a, 197 ss.), il quale evidenzia come il coordinamento non comporti un potere organizzativo in capo al committente; il coordinamento, infatti, costituisce soltanto «il veicolo per internalizzare nella struttura del contratto (*rectius*, nel suo contenuto) le condizioni programmatiche secondo le quali la prestazione soddisfa l'interesse complessivo e globale del committente» (spec. 198).

(12) Con riguardo all'intenso dibattito europeo ed extraeuropeo sulle tensioni alle quali la nozione tradizionale di subordinazione viene sottoposta, a fronte dell'introduzione delle nuove tipologie contrattuali di lavoro flessibile, si vedano: Davidov

è stato sottolineato che il *Jobs Act* ha generato un cambiamento di paradigma del diritto del lavoro che «non attiene unicamente al grado/intensità delle tutele [o] alla qualità della regolazione, [...] ma riguarda soprattutto [...] il campo di applicazione di un sistema normativo che, per rispondere alla complessità dell'ambiente, dovrebbe farsi sempre più modulare, articolato e plurale, interessandosi non solo della stretta cerchia del lavoro dipendente ma, più in generale, di tutte le forme di prestazione aventi a oggetto un *facere* per altri» (13).

Senza poi considerare che il problema non può più essere soltanto quello attinente alla qualificazione del rapporto, attraverso l'impiego delle categorie della subordinazione e dell'autonomia, interpretate in una logica di secca alternatività tra loro. Da un angolo visuale maturo, infatti, non si può trascurare di analizzare se «l'impiego di quelle categorie, inserite in una logica sistemica di *aut aut*, producano una qualificazione razionale ed equa sul piano dei valori», considerato che il sistema «deve preoccuparsi di fornire risposte regolative che evitino [...] l'attribuzione di ipertutele da un lato, e di tutele scarse o nulle dall'altro» (14).

3. — *La particolare disciplina dei poteri datoriali, quale ulteriore cartina di tornasole di una nozione di subordinazione che va alla ricerca di una sua necessaria modernizzazione: la vicenda regolativa del potere direttivo* — Il lavoro agile è caratterizzato da un singolare profilo regolativo, consistente nell'atteggiarsi del tutto particolare, almeno in potenza, del paradigma secondo il quale si declinano i poteri datoriali, tradizionalmente scanditi secondo il modello triadico della eterodirezione, del controllo e delle prerogative disciplinari.

Questa singolarità si radica, innanzi tutto, nell'art. 19, c. 1: il legislatore stabilisce che l'accordo individuale relativo alla modalità di lavoro agile «disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del

2017, 1 ss.; Freedland, Prassl 2017, 1 ss.; Moreira Dias 2017, 46 ss.; Supiot 2000, 134; Supiot 2016, 668-669; Weiss 2016, 655; Willborn *et al.* 2018, 382 ss.

(13) Così Perulli 2017b, 2-3. In senso critico, peraltro, si veda De Marinis (2017, 6-7), secondo il quale, invece, il cambiamento di paradigma consiste in una «voluta sovrapposizione tra lavoro e povertà», concretizzatasi in un generale livellamento dei lavoratori e in un arretramento delle condizioni di vita, con la conseguenza che «l'autentica assonanza e continuità tra lavoro dipendente e lavoro autonomo [consiste] nell'identità di un destino di esposizione al rischio sociale, piuttosto che nell'identità della loro posizione all'interno della relazione di lavoro».

(14) Ancora Perulli 2017b, 6.

datore di lavoro». L'art. 21, c. 1, poi, precisa che l'accordo individuale «disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'art. 4» dello Statuto. Infine, l'art. 21, c. 2, chiude il cerchio con riguardo al potere disciplinare, prevedendo che l'accordo individua «le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari».

Va sottolineato ancora una volta che questa disciplina particolare dei poteri datoriali è limitata all'attività svolta all'esterno dell'azienda, mentre per l'attività svolta all'interno continuano ad applicarsi le normali regole.

Anche al netto di quest'ultima precisazione, comunque, quanto sancito dal legislatore è di portata potenzialmente eversiva rispetto ai principi che stanno alla base del diritto del lavoro e della stessa nozione di subordinazione.

Ciò che viene sovvertito è – se non proprio la natura unilaterale dei tre poteri tipici del datore di lavoro, sui quali si fonda, appunto, il concetto di subordinazione (15) – quantomeno il loro modello di declinazione: il *quomodo* della loro traduzione nella concreta dinamica del rapporto.

In particolare, sebbene la posizione civilistica di *potere* implichi come contraltare la posizione giuridica di *soggezione*, nel lavoro agile, il prestatore è legittimato a codeterminare con la controparte le modalità di esercizio dei tre poteri, tanto che una parte della dottrina ha parlato di «subordinazione parzialmente “condivisa” attraverso il *medium* del contratto individuale» (16).

Non è una novità, invero, che il diritto del lavoro applichi questo schema codeterminativo ai tre poteri, in funzione limitativa degli stessi. Nulla lo esclude, né lo escludeva anche prima di questo intervento innovativo; un simile schema, tuttavia, ha sempre visto come interlocutore il sindacato, oppure un soggetto pubblico, in funzione di «garante dell'equidistanza». Così, per esempio, con riguardo al potere direttivo, potrebbe richiamarsi il caso dell'adibizione a mansioni inferiori al fine di evitare un licenziamento collettivo (art. 4, c. 11, della legge n. 223 del 1991); oppure, relativamente al potere di controllo, la regolamentazione dei controlli a distanza preterintenzionali, di cui all'art. 4 dello Statuto; oppure, ancora, in riferimento al potere disciplinare, il recepimento da parte del codice disciplinare di quanto previsto in sede collettiva (art. 7 dello Statuto). L'unica eccezione può essere, forse, il caso della tipizzazione nel contratto individuale di ipotesi di

(15) In argomento, si veda recentemente Baylos Grau 2017, 7.

(16) Così Perulli 2017b, 15.

giustificato motivo soggettivo oppure di giusta causa (art. 30 della legge n. 183 del 2010), benché in questo caso vada sottolineato come la legge richieda comunque il coinvolgimento di un terzo, attraverso la certificazione del contratto individuale medesimo.

Nel lavoro agile, invece, l'interlocutore diventa, in prima persona, lo stesso lavoratore (17), il quale nell'accordo individuale si vede riconosciuti spazi di «negoziabilità concordata» con l'imprenditore (direttamente e al di fuori di qualsiasi regolazione in sede protetta), allo scopo di definire le modalità di esercizio dei poteri datoriali, ivi compresa l'individuazione delle infrazioni disciplinari.

Come è dato vedere, si tratta di un elemento regolativo estremamente rilevante, che ha indotto una parte della dottrina ad avanzare l'idea che il lavoro agile sia inquadrabile come rapporto di lavoro speciale, comportante una deviazione causale rispetto allo schema tipico di cui all'art. 2094 c.c. (18).

Pensando al potere direttivo nell'ambito del lavoro agile, torna alla memoria la disciplina del lavoro a domicilio di cui alla legge del 1977. In quel contesto, il fatto di prestare l'attività al di fuori dell'azienda aveva generato la necessità di creare una nozione di subordinazione in senso tecnico (19), più limitata rispetto a quella tipica di cui all'art. 2094, ma comunque una subordinazione a tutti gli effetti, che fungeva, appunto, da filtro selettivo dell'applicazione della normativa giuslavoristica. La giurisprudenza aveva osservato che il datore di lavoro a domicilio conserva un potere direttivo assolutamente unilaterale, che si concreta «in un momento precedente, con disposizioni tecniche sulle modalità di esecuzione; in un momento successivo, con il controllo della rispondenza del lavoro finito alle disposizioni impartite» (20).

Per certi versi, questa esigenza di adeguamento della nozione di subordinazione emersa con riguardo al lavoro a domicilio è la medesima che ricorre oggi, in un contesto in cui le nuove forme di organizzazione del lavoro giustificano un'attenuazione del potere direttivo dell'imprenditore, classicamente inteso.

(17) Sul tema, più in generale, si veda Treu 2017, 392-393, il quale sottolinea, appunto, come la legge n. 81 del 2017 rimetta agli accordi individuali (e non alla contrattazione collettiva) la definizione di modalità essenziali di svolgimento del rapporto di lavoro. Nello stesso senso, Donini 2017, 89.

(18) Ancora Perulli 2017b, 15.

(19) Per un'analisi ricostruttiva delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali relative al tema della subordinazione nell'ambito del lavoro a domicilio, si veda, recentemente, Sciotti 2014, 80 ss.

(20) Cfr., tra le varie decisioni, Cass. 17.12.1981, n. 6712, in *DeJure*.

D'altra parte, è ciò che indirettamente emerge nella previsione secondo la quale il lavoro agile può essere organizzato per fasi, cicli e obiettivi (21): locuzione che rimanda alla definizione di lavoro a progetto, così come era stata fissata dall'art. 61, c. 1, del decreto n. 276 del 2003 (22). Il lavoro agile consiste, del resto, in una modalità di esecuzione del lavoro che – per la parte svolta all'esterno dell'impresa – implica un significativo grado di autonomia valutativa del lavoratore, con la conseguenza che l'esigenza di un potere direttivo e di un potere di controllo, così come enucleati nella loro fisionomia classica, viene ad attenuarsi (23).

Nella disciplina giuridica del lavoro agile, peraltro, il potere direttivo non viene soltanto attenuato, ma addirittura ne viene messa in discussione la tradizionale natura unilaterale, seppure *ab externo*. Esso, cioè, subisce un ridimensionamento del tratto dell'unilateralità, se non in ordine all'esercizio in sé delle relative prerogative, almeno quanto ai *pattern* di manifestazione.

D'altra parte, la disposizione legale, nella sua formulazione letterale, è inequivocabile nell'affermare che «l'accordo [...] disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro».

È vero che in dottrina si è sostenuto che la norma si riferirebbe alle sole modalità di comunicazione al lavoratore delle direttive datoriali (24). A parere di chi scrive, peraltro, una simile lettura appare riduttiva. E se è ben vero che la norma si riferisce alle «forme» di esercizio di detto potere – presupponendolo e, quindi, validandolo –, è altrettanto vero che essa apre scenari e prospettive prima inesplorati e di sicura rilevanza: la definizione convenzionale e negoziata delle «forme» suona come viatico per la destrutturazione delle prerogative datoriali «come le conoscevamo», ossia come sono state consegnate alla secolare tradizione giuslavoristica. In altri termini, se

(21) Il riferimento è all'art. 18, c. 1, della legge n. 81 del 2017.

(22) In argomento, si veda Tiraboschi 2017, 10.

(23) È ovvio, peraltro, che l'attenuazione del potere direttivo non potrà essere tale da determinare la totale assenza di direttive, pena l'impossibilità di inquadrare la fattispecie nell'ambito del lavoro subordinato.

(24) Così Andreoni (2018, 108), secondo il quale, appunto, «il senso della norma appare essere solo quello di attribuire all'autonomia delle parti la definizione delle "forme", ossia le modalità con le quali le direttive del datore di lavoro sono impartite al lavoratore durante la parte della prestazione resa in forma agile, in cui possono risultare non funzionali i normali strumenti di comunicazione utilizzati quando la prestazione avviene all'interno dei locali aziendali (come le istruzioni verbali o gli ordini di servizio cartacei)».

è indubbio che il potere direttivo non viene negato – ché altrimenti verrebbe negata la stessa *ousia* della subordinazione –, è però indubbio che il tentativo di limitare il significato della locuzione «forme di esercizio del potere direttivo» alle pure e semplici modalità comunicative delle direttive non sembra trovare alcun ancoraggio testuale nella previsione di legge.

A ciò va aggiunto che la disposizione in questione, contenuta nell'art. 19, c. 1, non può essere valutata in modo disgiunto rispetto a quanto previsto dal legislatore con riguardo al potere di controllo e al potere disciplinare (art. 21), a proposito dei quali il legislatore replica il medesimo schema, derogatorio rispetto al rapporto standard, disponendo appunto che l'accordo di lavoro agile disciplina l'esercizio del potere di controllo e individua le condotte disciplinarmente rilevanti (sul punto, peraltro, si rinvia al successivo par. 4).

È fuori di ogni dubbio che al lavoratore agile sia richiesta una particolare autonomia valutativa, che si coniuga con quell'anima collaborativa di cui è permeato l'istituto, tanto che una parte della dottrina è giunta a chiedersi se nel lavoro agile non vi sia un'alterazione di quel corollario della subordinazione secondo il quale il rischio deve necessariamente far capo all'impresa (25).

È, allora, in qualche modo scontato il fatto che il potere direttivo subisca un'alterazione rispetto a quanto avviene nel rapporto standard, consentendosi modalità esplicative flessibili della prestazione di lavoro, con una subordinazione rimodulata, così come oggi, in generale, richiede, appunto, la *collaborative economy* (26).

Il potere direttivo si attenua con riguardo al «quando» si lavora all'esterno dell'impresa, in quanto – per definizione – sono assenti «precisi vincoli di orario» e pertanto il datore potrà limitarsi a concordare direttive temporali di massima. Si attenua con riguardo al «dove» si lavora sempre all'esterno dell'impresa, nel senso che – anche qui, dovendo mancare «precisi vincoli [...] di luogo di lavoro» – il datore potrà limitarsi a definire indicazioni di massima. Si attenua con riguardo al «come» si la-

(25) Cfr., ancora, Tiraboschi (2017, 11-12), il quale, con specifico riguardo al lavoro agile, richiama la particolare disciplina della sicurezza sul lavoro, che l'art. 22 della l. n. 81 del 2017 «intenderebbe gestire mediante un rafforzato onere di cooperazione in capo al prestatore di lavoro e per il tramite di una semplice informativa scritta sui rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro», quasi come se il decreto n. 81 del 2007 «non dovesse trovare applicazione» (spec. nota 41).

(26) In argomento si vedano: Romeo 2017, 826; Perulli 2017c, 259. Dal punto di vista dell'organizzazione del lavoro, si vedano le considerazioni di Corso 2017, 982.

vora, in ragione di quell'autonomia valutativa che, come si è detto, deve possedere lo *smart worker*.

Ma, giova ribadirlo, non ci si limita a prevedere la rimodulazione potenziale del potere direttivo nel senso della sua attenuazione nel *quantum*; al contrario, si incide sulla natura unilaterale delle forme attraverso le quali questo si esplica, introducendo nei fatti il principio per cui queste debbono essere il frutto dell'accordo di entrambe le parti. E «forma», in questo contesto, significa più che mai «sostanza».

4. — Segue: *il potere di controllo e il potere disciplinare* — Considerazioni analoghe possono essere svolte anche in ordine all'esercizio del potere di controllo, la cui disciplina viene rimessa dalla legge all'autonomia delle parti. E anche in questo caso può ripetersi quanto già detto a proposito della negoziabilità delle forme di estrinsecazione del potere medesimo.

Merita, peraltro, una riflessione il richiamo alla vincolatività dell'art. 4 dello Statuto (art. 21, c. 1, della legge n. 81). Si tratta di un riferimento pleonastico (27), nel senso che l'accordo individuale – anche a prescindere dall'espressa menzione legislativa – non potrebbe comunque essere peggiorativo della disciplina legale. Tra l'altro, può aggiungersi che non solo l'art. 4, ma tutte le norme limitative del potere di controllo previste dallo Statuto, benché non espressamente richiamate, devono ritenersi vincolanti.

Sul tema dell'art. 4 dello Statuto è opportuno soffermarsi ulteriormente. A una primissima lettura, sembra che la legge si limiti a ribadire il divieto di controllare a distanza il lavoratore agile, mentre svolge l'attività all'esterno dei locali aziendali.

In realtà, alla luce della nuova formulazione della norma statutaria, ci si deve chiedere se gli strumenti tecnologici eventualmente utilizzati «per lo svolgimento dell'attività lavorativa», dei quali la legge n. 81 parla a più riprese (28), possano rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 4, c. 2. Tale

(27) Cfr. Nuzzo (2018, 128 ss.), la quale evidenzia come invece si sarebbe potuto auspicare un coordinamento della norma statutaria con le specificità della prestazione di lavoro agile.

(28) Un primo riferimento a tali strumenti è rinvenibile nell'art. 18, c. 1, primo periodo, dove si prevede, appunto, che l'imprenditore possa prevedere l'utilizzo di tali strumenti tecnologici. Un'ulteriore precisazione è fatta nell'art. 18, c. 2, dove si specifica che l'imprenditore è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici medesimi. Infine, l'art. 19, c. 1, secondo periodo, rimette all'accordo tra le parti la definizione della disciplina dell'esecuzione della prestazione lavorativa, anche con riguardo «agli strumenti utilizzati dal lavoratore».

norma, infatti, sancisce – come noto – che il divieto di effettuare controlli a distanza dell'attività del lavoratore, così come definito nel c. 1, non si applica «agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa».

L'art. 4, c. 2, nell'interpretazione complessiva della materia dei controlli a distanza, si rivela cruciale (29). A questo proposito, deve ritenersi che nell'alveo degli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa» rientrino esclusivamente quegli strumenti tecnologici che sono indispensabili per poter lavorare a distanza. L'indispensabilità, tra l'altro, va valutata in termini rigorosi (30). Così, per esemplificare e per contestualizzare la questione rispetto alla fattispecie in esame, se il lavoratore agile presta la propria attività all'esterno utilizzando un automezzo aziendale, lo strumento di geolocalizzazione satellitare installato sull'automezzo rientra nel c. 2 solo se la localizzazione sul territorio è indispensabile per prestare in modo proficuo l'attività lavorativa (31). Oppure, per esemplificare ulteriormente, se il lavoratore agile presta la propria attività da casa, tramite il computer, l'eventuale *software* che possa consentire al datore un controllo a distanza rientra nel c. 2 solo se esso è indispensabilmente funzionale all'espletamento della prestazione lavorativa (32).

(29) Per una ricostruzione delle possibili opzioni interpretative del concetto di «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione», si veda Dessì (2017, 93-94), la quale evidenzia, appunto, come potrebbe considerarsi incluso: qualsiasi strumento impiegato dal lavoratore; oppure solo lo strumento che sia impiegato necessariamente e in via esclusiva in vista dell'adempimento della prestazione; oppure, ancora, sia lo strumento indispensabile all'adempimento, sia quello eventualmente accessorio. In argomento, si vedano inoltre: Dagnino 2016, 109; Del Punta 2016, 99 ss.; Ficari 2016, 94 ss.; Marazza 2017, 9 ss.; Salimbeni 2015, 607 ss.; Trojsi 2017, 317 ss.; Tullini 2017, 13 ss.; Vidiri 2017, 738.

(30) In questo senso, si veda Pinto 2016, 350.

(31) Si veda Maresca 2017, 16-17. Invece, secondo Pinto (2017, 147), la geolocalizzazione, più che rappresentare uno strumento per prestare l'attività lavorativa, deve essere considerata un sistema utilizzato dal datore di lavoro per organizzare l'attività e pertanto deve essere fatta rientrare nell'art. 4, c. 1.

(32) In proposito, è intervenuto il Garante della *privacy* con provvedimento n. 303 del 13 luglio 2016, affermando che possono ritenersi inclusi «solo servizi, *software* o applicativi strettamente funzionali alla prestazione lavorativa, anche sotto il profilo della sicurezza». Così, a titolo esemplificativo, secondo il Garante possono essere considerati «strumenti di lavoro» il servizio di posta elettronica offerto ai dipendenti (mediante attribuzione di un *account* personale) e gli altri servizi della rete aziendale, fra cui anche il collegamento a siti internet. Con l'intesa che costituiscono parte integrante di questi strumenti anche i sistemi e le misure che ne consentono il sicuro funzionamento al fine di garantire un elevato livello di sicurezza della rete aziendale messa a disposizione del lavoratore (ad esempio: sistemi di *logging* per il

Pertanto, limitatamente all'attività prestata all'esterno, se davvero esistono le suddette condizioni di indispensabilità, il datore di lavoro agile potrà effettuare controlli a distanza attraverso gli strumenti tecnologici senza dovere raggiungere alcun accordo sindacale e senza dover richiedere alcuna autorizzazione all'Ispettorato.

Inoltre, se ricorrono le medesime condizioni, le informazioni raccolte attraverso tali strumenti saranno utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, cioè anche ai fini punitivi. È scontato osservare che ciò potrà avvenire soltanto nel pieno rispetto dell'art. 4, c. 3, dello Statuto e, in particolare, dell'obbligo di adeguata informazione sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, oltre che nel rispetto di quanto disposto dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

È fuori di ogni dubbio che la nuova norma statutaria ha straordinariamente flessibilizzato la disciplina del controllo a distanza. Tuttavia, l'ultima riga della norma, cioè il vincolo al rispetto del Codice della *privacy*, è un altro nodo ermeneutico cruciale, perché a seconda delle diverse interpretazioni giudiziali, diversamente sarà destinata a essere declinata la concreta portata applicativa della norma nel suo complesso (33).

Veniamo ora all'esercizio del potere disciplinare. Il fatto di prevedere che le condotte rilevanti siano concordate con il lavoratore costituisce, forse, la novità meno «spiazzante». Infatti, l'idea che la predeterminazione dei comportamenti esterni che possano costituire infrazione disciplinare sia definita di comune accordo con il lavoratore agile ha senz'altro una sua logica giuridica (34). Anche se, a dire il vero, l'eventuale mancanza del filtro sindacale potrebbe far sorgere problemi di compatibilità con l'art. 7, c. 1, nella parte in cui prevede che le norme disciplinari debbano applicare quanto previsto dai contratti collettivi, ove esistano. In questo senso, il dubbio che si fa ragionevolmente avanti è che le parti individuali possano

corretto esercizio del servizio di posta elettronica, con conservazione dei soli dati esteriori, contenuti nella cosiddetta «*envelope*» del messaggio, per una breve durata non superiore comunque ai sette giorni). Mentre «altri strumenti, pure utili al conseguimento di una elevata sicurezza della rete aziendale, invece, non possono normalmente consentire controlli sull'attività lavorativa» e, se troppo invasivi, non possono essere ritenuti ammissibili.

(33) In argomento, si veda la ricostruzione operata da Dessì 2017, 120 ss., con riguardo alla vincolatività dei provvedimenti del Garante e al necessario rispetto dei principi di necessità, di correttezza, di trasparenza, di pertinenza e di non eccedenza, previsti dal Codice della *privacy*.

(34) Tra l'altro, l'operazione individuativa di cui si è detto nel testo non riguarda soltanto le infrazioni che possono dar luogo a sanzione conservativa, ma anche quelle che eventualmente comportino una sanzione estintiva.

intervenire soltanto in senso migliorativo rispetto al codice disciplinare di fonte contrattual-collettiva, o quanto meno in senso specificativo.

Si è ben lungi, insomma, dal meccanismo previsto dall'art. 30 della legge n. 183 del 2010 (35). Ciò significa, in particolare, che laddove le parti abbiano intenzione di procedere a nuove tipizzazioni di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, in senso peggiorativo rispetto al contratto collettivo, le parti medesime dovranno richiedere preventivamente la certificazione dell'accordo di cui all'art. 19 della legge n. 81 del 2017.

Un'ultima considerazione riguarda l'art. 7 dello Statuto e, in particolare, il principio della necessaria pubblicità del codice disciplinare. L'accordo con il quale l'imprenditore e il lavoratore agile definiscono le condotte esterne che possono dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari diventa tecnicamente un vero e proprio codice disciplinare, integrativo rispetto all'altro, che si riferisce alle condotte interne all'impresa. In generale, come noto, la giurisprudenza è talora molto restrittiva nell'interpretazione del principio di pubblicità, non essendo disposta a riconoscere che il possesso documentato da parte del lavoratore di una copia del codice disciplinare possa essere considerato equipollente all'affissione del codice medesimo (36). Di conseguenza, l'imprenditore sarà probabilmente indotto a valutare l'opportunità di affiggere la parte dell'accordo di cui all'art. 19 che riguarda l'esercizio del potere disciplinare in un luogo accessibile dell'azienda da parte dei lavoratori agili (37), per evitare il rischio di incorrere in una eventuale dichiarazione di illegittimità della sanzione disciplinare.

5. — *La sfasatura tra la dimensione ontologica e la dimensione giusapplicativa della subordinazione* — È evidente che le modifiche legislative di cui si è detto generino una sorta di disorientamento.

Del resto, con il lavoro agile e con la sua figura speculare e contigua rappresentata dalle collaborazioni organizzate dal committente vengono ridisegnati i confini e le caratteristiche delle categorie della subordinazione e dell'autonomia.

Da un lato, cioè da quello della subordinazione, si assiste alla creazione di una figura di lavoratore subordinato (quello agile, appunto) il quale, per il fatto di prestare attività anche all'esterno dell'azienda, non è più passiva-

(35) In argomento, si veda Santoro Passarelli 2017, 13.

(36) Cfr., in proposito: T. Torino 2.4.2013, n. 796, in *DeJure*; T. Milano 2.9.2005, in *DeJure*.

(37) In argomento, peraltro, si veda Arbore 2017, 831, che sembra escludere la necessità dell'affissione.

mente esposto ai tre poteri che da sempre costituiscono l'essenza della subordinazione, ma può in qualche modo concordarne proattivamente le modalità di esercizio con l'imprenditore.

Dall'altro lato, cioè da quello dell'autonomia, sembra di poter assistere alla creazione di una figura di lavoratore non subordinato, ma al quale si applica – pur a seguito, si ribadisce, di una scelta legislativa di tipo applicativo e non qualificatorio – il regime protettivo del diritto del lavoro.

Le carte vengono sparigliate.

Le due dimensioni tradizionalmente coincidenti della subordinazione, cioè la dimensione che si potrebbe definire ontologica (secondo la quale per potere qualificare come subordinato un determinato rapporto è necessario che vi sia assoggettamento ai poteri datoriali) e la dimensione giusapplicativa (per cui quando sussistono i poteri datoriali si applica il diritto del lavoro), oggi subiscono una rilevante sfasatura.

Dal punto di vista qualificatorio, la legge n. 81 ammette la subordinazione, pur a fronte di poteri datoriali che, per il fatto di essere potenzialmente concordati con il lavoratore – almeno rispetto ai loro modelli di estrinsecazione –, forse non sono nemmeno più tali.

Dal punto di vista applicativo, l'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 stabilisce che l'intera disciplina del lavoro subordinato si applichi anche alle collaborazioni organizzate dal committente, cioè al di fuori dei confini della subordinazione.

La sensazione che si prova è quella di una curvatura delle linee maestre consolidate nel corso dell'intera parabola evolutiva del diritto del lavoro.

È vero che la dottrina lavoristica, fin dai tempi delle teorizzazioni legate all'elaborazione di uno Statuto dei lavoratori, aveva invocato la necessità di prevedere un sistema graduale di tutele che – sebbene, appunto, a geometria variabile – includessero anche il lavoro non subordinato. E sono fin troppo note le suggestive indagini di chi ha affrontato la enucleazione del «lavoro economicamente debole» come categoria giuridica meritevole di un proprio statuto dedicato. È proprio per questo che non stupisce assolutamente il fatto di vedere disciplinato il lavoro agile, cioè una modalità di lavoro estremamente flessibile ma pur subordinato, all'interno di un provvedimento che riguarda il lavoro autonomo e il lavoro parasubordinato.

Ma, a ben vedere, il *Jobs Act* fa qualcosa di diverso. Nel 2015 non sembra limitarsi a una modulazione delle tutele, ma pare voler applicare l'intero diritto del lavoro alle collaborazioni organizzate dal committente. E nel 2017, a completare il quadro, non si limita a intervenire sulla dimensione «applicativa» della subordinazione, ma incide, come si è detto, anche su quella ontologica, per cui, all'esito della giuridificazione del lavoro

agile, può aversi subordinazione pur a fronte di poteri datoriali che non sono più il frutto di un processo di determinazione puramente unilaterale. E così, in una sorta di rivisitazione in termini di razionalità degli effetti giuridici, potrebbe spiegarsi perché le due figure speculari e contigue, nonostante la loro diversità, siano state fatte destinatarie esattamente delle medesime regole.

Riguardo all'atteggiarsi dei poteri datoriali nel lavoro agile, diventa, peraltro, essenziale ragionare sul grado di autonomia regolativa di cui le parti dispongono nel definire le forme di esercizio del potere direttivo e del potere di controllo (38). Pertanto, alle parti sarà senz'altro consentito attenuare il potere direttivo e il potere di controllo pieni, tipici del rapporto di lavoro subordinato standard, contenendo però ogni contropartita entro coordinate compatibili con la loro conservazione; un esito diverso – che si traducesse nella erosione o nella evaporazione completa di queste prerogative datoriali essenziali – implicherebbe la esorbitanza della figura dall'ambito descrittivo del lavoro subordinato.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (1986), *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro. Atti dell'VIII Congresso nazionale di Diritto del lavoro tenutosi a Napoli, nei giorni 12-14 aprile 1985*, Giuffrè, Milano.
- Allamprese A., Pascucci F. (2017), *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *RGL*, n. 2, I, 307 ss.
- Andreoni A. (2018), *Il lavoro agile nel collegamento negoziale*, in *RGL*, n. 1, I, 105 ss.
- Arbore A. (2017), *Lavoro agile e poteri di controllo e disciplinare: prime riflessioni*, in *MGL*, 10, 829 ss.
- Baylos Grau A. (2017), *Poteri privati e diritti fondamentali dei lavoratori*, in *LD*, n. 1, 7 ss.
- Carabelli U. (2016), *Introduzione*, in *RGL*, n. 1, I, 3 ss.
- Casillo R. (2018), *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *RGL*, n. 1, I, 115 ss.
- Corso M. (2017), *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale: lo smart working*, in *DRI*, 978 ss.

(38) Né pare rilevante evocare il tema classico della indisponibilità del tipo contrattuale costituzionalmente validato, da C. cost. 29.3.1993, n. 121, in *RCDL*, 1993, 773 ss., e C. cost. 31.3.1994, in n. 115, in *GC*, 1994, 976 ss. La questione non sembra venire in rilievo in quanto la legge pare consentire una rimodulazione delle forme di esercizio dei poteri datoriali senza escluderne la sussistenza, giocando quindi sul piano adattativo in ragione delle particolari caratteristiche del rapporto, in coerenza con la intima elasticità ontologica della subordinazione.

- Dagnino E. (2016), *Tecnologie e controlli a distanza*, in Tiraboschi M. (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, Milano, 107 ss.
- Davidov G. (2017), *The Status of Uber Drivers; a purposive approach*, in <http://www.lawresearch.net/sites/default/files/papers/The%20status%20of%20Uber%20drivers%20A%20purposive%20approach%20copy.pdf>.
- De Marinis N. (2017), *Luogo e tempo di lavoro e redistribuzione delle garanzie giuslavoristiche (Diritto del lavoro della miseria e miseria del diritto del lavoro)*, in W.P. Csdle Paper «Massimo D'Antona».IT, n. 344.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in RIDL, I, 77 ss.
- Dessi O. (2017), *Il controllo a distanza dei lavoratori*, Esi, Napoli.
- Donini A. (2017), *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro*, Giappichelli, Torino, 77 ss.
- Ferraro G. (2016), *Collaborazioni organizzate dal committente*, in RIDL, n. 1, I, 53 ss.
- Ficari L. (2016), *I controlli effettuati attraverso gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*, in Levi A. (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, Milano, 89 ss.
- Frediani M. (2004), *Telelavoro ed accordo interconfederale*, in LG, n. 9, 824 ss.
- Frediani M. (2017), *Il lavoro agile tra prestazione a domicilio e telelavoro*, in LG, n. 7, 630 ss.
- Freedland M., Prassl J. (2017), *Employees, Workers and the «Sharing Economy». Changing practices and changing concepts in United Kingdom*, University of Oxford, Legal Research Paper Series, Paper n. 19.
- Lanotte M. (a cura di) (2018), *Il lavoro autonomo e occasionale, Il nuovo diritto del lavoro*, collana diretta da G. Pellacani, Giuffrè, Milano.
- Magnani M. (2016), *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 294.
- Marazza M. (2016), *Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 315.
- Marazza M. (2017), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 327.
- Maresca A. (2017), *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, in Fiorillo L., Perulli A. (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1 ss.
- Mazzotta O. (2016), *Lo strano caso delle «collaborazioni organizzate dal committente»*, in *Labor*, fascicolo n. 1-2, 7 ss.
- Moreira Dias J. (2017), *Smart Working. Dialogues between Italy and Portugal*, in *Labour & Law Issues*, vol. 3, n. 2, 41 ss.
- Nogler L. (2015), *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 267.
- Nuzzo V. (2018), *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale scientifica, Napoli.

- Pallini M. (2016), *Dalla eterodirezione alla etero-organizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in RGL, n. 1, I, 65 ss.
- Perulli A. (2017a), *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in RIDL, n. 2, 173 ss.
- Perulli A. (2017b), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 341.
- Perulli A. (2017c), *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in LD, n. 2, 251 ss.
- Pessi R. (2015), *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 282.
- Pinto V. (2016), *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in RGL, n. 2, I, 345 ss.
- Pinto V. (2017), *I controlli «difensivi» del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, in Fiorillo L., Perulli A. (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 139 ss.
- Pinto V. (2018), *L'integrazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c. e la riconfigurazione delle collaborazioni coordinate e continuative*, in Lanotte M. (a cura di), *Il lavoro autonomo e occasionale, Il nuovo diritto del lavoro*, collana diretta da G. Pellacani, Giuffrè, Milano, 63 ss.
- Putaturo Donati F.M. (2011), *Il telelavoro nel privato*, in Bonilini G., Confortini M., *Codice commentato del lavoro*, a cura di Pessi R., Utet, Torino, 492 ss.
- Quadri G. (2017), *Il lavoro ai confini della subordinazione nelle recenti riforme: una rottura con il passato nelle tecniche di tutela*, in DML, 489 ss.
- Rausei P. (2017), *Smart work: contenuti del contratto e caratteristiche del rapporto*, in DPL, n. 31, 1931 ss.
- Razzolini O. (2015), *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 266.
- Romagnoli U. (1986), *«Noi e loro»: diritto del lavoro e nuove tecnologie*, in RTDPC, 377 ss.
- Romeo C. (2017), *Il lavoro agile in ambito privato e pubblico*, in MGL, n. 12, 824 ss.
- Salimbeni M.T. (2015), *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in RIDL, I, 589 ss.
- Santoni F. (2017), *Il lavoro parasubordinato tra vecchi e nuovi modelli contrattuali*, in MGL, n. 10, 718 ss.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in RGL, I, 91 ss.
- Santoro Passarelli G. (2017), *Lavoro eteroorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 327.
- Sciotti R. (2014), *La subordinazione come fattispecie unitaria complessa*, Giappichelli, Torino.
- Supiot A. (2000), *Les nouveaux visages de la subordination*, in *Droit Social*, 131 ss.

- Supiot A. (2016), *Quale giustizia sociale internazionale nel XXI secolo?*, in RGL, I, 659 ss.
- Timellini C. (2018), *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in LG, n. 3, 229 ss.
- Tiraboschi M. (2015), *Il lavoro etero-organizzato*, in DRI, n. 4, 978 ss.
- Tiraboschi M. (2017), *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 335.
- Tosi P. (2015), *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in ADL, fasc. 6, I, 1117 ss.
- Treu T. (2017), *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in LD, n. 3/4, 367 ss.
- Trojsi A. (2017), *Al cuore del nuovo art. 4, c. 2, St. lav.: la delimitazione della fattispecie degli «strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa»*, in RIDL, n. 2, II, 317 ss.
- Tullini P. (2017), *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico dell'impresa*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Tullini P. (a cura di) (2017a), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, in Fiorillo L., Perulli A. (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Tullini P. (a cura di) (2017b), *Web e lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Vallebona A. (2017), *Il lavoro agile*, in MGL, n. 12, 822 ss.
- Vallebona A. (a cura di) (2015), *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 5 ss.
- Vardaro G. (1986), *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in PD, 75 ss.
- Vidiri G. (2017), *I controlli difensivi: ovvero il bilanciamento degli interessi nel «nuovo» art. 4 Statuto dei lavoratori*, in MGL, n. 11, 731 ss.
- Weiss M. (2016), *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in DRI, I, 651 ss.
- Willborn S.L. et al. (2018), *Labour law beyond national borders: major debates in 2016*, in LD, 369 ss.
- Zoppoli A. (2016), *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 296.

ABSTRACT

Lo studio analizza come, nell'ambito del «lavoro agile», disciplinato dalla legge n. 81 del 2017, il potere direttivo, di controllo e disciplinare del datore di lavoro assumano una singolare fisionomia regolativa; il che può essere ricondotto al più generale processo di destrutturazione del concetto di subordinazione cui oggi si sta assistendo. In particolare, nel lavoro agile viene sovvertito, se non proprio la natura unilaterale dei tre poteri tipici del datore di lavoro, quantomeno il loro modello di declinazione: il loro modo di tradursi nella concreta

dinamica del rapporto. Il lavoro agile, poi, viene esaminato in rapporto alla fattispecie esattamente speculare a esso, vale a dire le collaborazioni etero-organizzate di cui all'art. 2 della legge n. 81 del 2015, valutando come le due figure ridisegnano i classici confini della subordinazione e dell'autonomia.

THE AGILE WORK IN RELATION TO THE PROCESS
OF DECONSTRUCTION OF SUBORDINATION

The study analyzes how, within the agile work, governed by the Italian Law n. 81/2017, the executive, disciplinary and supervisory powers of the employer assume a singular regulatory physiognomy which can be traced back to the present and general process of deconstruction of the concept of subordination. In particular, in the field of agile work, the unilateral nature of the typical powers of the employer seems to be undermined or, at least, to be on decline. The «lavoro agile» is then examined in relation to the case of the hetero-organized collaborations regulated by the Art. 2 of the Law n. 81/2015. In particular, it is assessed how the two figures redraw the classic boundaries of subordination and autonomy.

Mariagrazia Militello ()*

**IL WORK-LIFE BLENDING NELL'ERA
DELLA ON DEMAND ECONOMY (**)**

SOMMARIO: 1. Premessa. Il lavoro nell'era della *on demand economy*. — 1.1. L'approccio europeo. Tra tutela del mercato e tutela del lavoro. — 2. Il *work life blending*: trappola o risorsa? — 2.1. Il *work life blending* come modalità di svolgimento della prestazione lavorativa subordinata e il diritto alla disconnessione... — 2.1.1. Segue: ... e come indice di soggezione nel lavoro *on demand*. — 3. Conclusioni. La mancata conciliazione come chiave di lettura del lavoro *on demand*. Tra tempi di lavoro e discriminazione.

1. — *Premessa. Il lavoro nell'era della on demand economy* — «*This on-demand, or so-called gig economy, is creating exciting economies and unleashing innovation. But it is also raising hard questions about work-place protections and what a good job will look like in the future*». Con queste parole nel luglio del 2015, Hillary Clinton descriveva il nuovo fenomeno della *on demand economy* presentando il suo programma economico.

Esistono diversi termini per definire la nuova economia (*crowdwork*, *gig economy*, *sharing economy*) e il lavoro (i lavoratori) a essa connesso (1). C'è chi ritiene fuorviante parlare di *sharing economy*, poiché non c'è nulla di altruistico nella nuova organizzazione produttiva, e che l'uso di termini quali *gig* o *tasks* distoglierebbe l'attenzione dalla situazione reale per cui le condizioni di lavoro non sono tanto diverse da quelle dei settori tradizionali a basso salario (2). Quale che sia il modo corretto di qualificarla, l'economia *on demand* costituisce semplicemente un diverso mo-

(*) Ricercatrice di Diritto del lavoro presso l'Università di Catania.

(**) Il contributo è realizzato con fondi per la ricerca di Ateneo-Piano per la Ricerca 2016/18.

Il presente lavoro costituisce la rielaborazione del *paper* presentato nel corso del Convegno internazionale su «Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale», tenutosi a Brescia il 12 e il 13 ottobre 2017, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

(1) Per un'ampia panoramica del fenomeno, cfr. Prassl 2018.

(2) Freedland, Prassl 2017.

dello produttivo, al servizio del quale il lavoro resta lavoro, pur se svolto in forme (apparentemente) (3) diverse dal passato.

Per tale ragione, al di là della retorica del lavoro indipendente, libero da vincoli e subordinazione, flessibile e adattabile alle esigenze personali (4), la questione più importante – che ha già ottenuto le prime risposte giurisprudenziali (5) – resta quella della qualificazione del lavoro tramite piattaforma e, ancor di più, delle regole applicabili alle nuove figure di lavoratori/collaboratori della rete (6).

È evidente, infatti, quanto siano ampie le implicazioni giuridiche dei servizi *on demand* collocati nel segmento digitale dell'economia (7), e lo è altrettanto il fatto che, per parafrasare il famoso articolo del *New York*

(3) Non è mancato chi ha messo in evidenza l'analogia tra i *riders* di Foodora e i *pony express*. Cfr.: Ichino 2016; Voza 2017; Dagnino 2016.

(4) È stato affermato, infatti, che esiste anche una narrativa positiva per raccontare il lavoro creato dalla *on demand economy* grazie alla quale «le innovative tecniche di produzione inaspettatamente riabilitano un lavoro liberato dai vincoli della gerarchia subordinante» (Perulli 2017, 197); cfr. Ciccarelli, 2015, 142 ss. Nell'«ampio ventre del neocapitalismo digitale», però, le *app* rappresentano anche uno «strumento di neosfruttamento di un lavoro intensivo, abbondante e a basso costo» (ancora Perulli 2017, 198), fatto di salari bassi e lavoro incerto (Degryse 2016).

(5) Con riferimento al caso Uber, cfr. la sentenza della Corte di Giustizia che ha qualificato Uber non come servizio di intermediazione digitale, ma come «servizio di trasporto»; cfr. C. Giust. 20.12.2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain Sl*, e, nel medesimo senso, C. Giust. 10.4.2018, C-320/16, *Uber France Sas*. Sul fronte nazionale, T. Milano 9.7.2015, S. spec. impresa, ord., con nota di Donini. È recente la sentenza del Tribunale di Torino (11.4.2018) con la quale i giudici hanno escluso la natura subordinata dei *riders* di Foodora, con un'argomentazione assai discutibile, invero, che si fonda anche su una interpretazione restrittiva dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015; cfr.: Papa 2018; Biasi 2018. Tale pronuncia è però stata parzialmente riformata in secondo grado. La Corte d'Appello di Torino, infatti, ha riconosciuto il diritto per i *riders* di vedersi corrisposta la retribuzione prevista dal Ccnl del settore della logistica. Traendo spunto dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, la Corte ha accertato «il diritto degli appellanti a vedersi corrispondere quanto maturato in relazione alla attività lavorativa da loro effettivamente prestata in favore dell'appellata (Foodora) sulla base della retribuzione diretta, indiretta e differita stabilita per i dipendenti del V livello Ccnl logistica trasporto merci, dedotto quanto percepito» (sentenza n. 26/2019). Nel senso di escludere la natura subordinata del rapporto di lavoro dei *riders* di Glovo si è espresso anche il Tribunale di Milano con la sentenza del 10.9.2018, su cui cfr. la nota di Girgenti 2018. Con riferimento agli Stati Uniti, le cause più note sono *O'Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.*, n. 13-03826-Emc (N.D. Cal. 2015), e *Cotter et al. v. Lyft Inc.*, Order Denying Cross-Motion for Summary Judgement, n. 13-cv-04065-Vc (N.D. Cal. 2015).

(6) Tullini 2016.

(7) Aloisi 2016.

Times del 1959, la qualificazione giuridica dei *crowdworkers* è diventata un problema più o meno uguale ad avere un elefante in salotto.

Sul tema c'è ormai un'ampissima letteratura (8) che, in gran parte, converge sulla necessità di fornire specifica protezione al lavoro *on demand* (9), secondo una linea di azione che sembra essere anche quella intrapresa dall'Ue (10) (par. 1.1).

1.1. — *L'approccio europeo. Tra tutela del mercato e tutela del lavoro* — A livello regolativo sovranazionale (11), l'approccio adottato dall'Ue sul lavoro *on demand* è stato sinora abbastanza blando sul fronte della tutela del lavoro, concentrato a non ostacolare lo sviluppo della nuova economia pur dovendo rispondere alle preoccupazioni legate alle questioni connesse ai nuovi lavori.

Nella sua comunicazione riguardante l'agenda europea per l'economia collaborativa (12), adottata con il duplice obiettivo di agevolare la piena fruizione dei vantaggi da essa offerti, e di rispondere, al tempo stesso, alle preoccupazioni circa l'incertezza sui diritti e sugli obblighi di coloro che vi partecipano (13), la Commissione ha individuato una stretta connessione tra gli strumenti giuslavoristici e il diritto della concorrenza, ponendo a base della qualificazione del fornitore del servizio l'intensità del controllo

(8) Cfr. la proposta di creazione della figura dell'*independent worker* di Harris, Krueger (2015), ampiamente criticata soprattutto nel suo tentativo di elaborare un *tertium genus* al fine di far fronte alle esigenze della nuova economia e colmare il divario esistente tra dinamiche aziendali e quadro normativo esistente. Diversi rilievi critici in: Cherry, Aloisi 2017; Rogers 2016, Davidov 2017. Critico sulla riconduzione del lavoro *on demand* al lavoro subordinato Voza (2017).

(9) Voza 2017, 15; «*additional measures to address the risks related to platform-mediated work*»: Drahokoupil, Fabo 2016, 5; Weiss 2016, 656; Perulli 2017, 202.

(10) Sul versante nazionale, come noto, la bozza del cd. decreto Dignità prevedeva: la classificazione come subordinati dei lavoratori tramite piattaforme digitali, applicazioni e algoritmi; il divieto di pagare a cottimo; l'istituzione della indennità di disponibilità e del diritto alla disconnessione e l'abrogazione dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015.

(11) A livello giurisprudenziale, come si è accennato, la Corte Ue è già stata investita di diverse questioni riguardanti, per lo più, la qualificazione del servizio prestato dalle piattaforme digitali.

(12) *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European agenda for the collaborative economy*, Com(2016)356.

(13) Aloisi 2016. La Commissione si era già occupata nella *digital agenda* dei nuovi lavori, non prestando alcuna attenzione però al fenomeno del *crowdwork*; cfr. Ratti 2016.

esercitato sul prestatore di lavoro. Di converso, sul fronte della qualificazione del lavoro, la Commissione ha riconosciuto che il vincolo di subordinazione si riscontra soltanto qualora il fornitore del servizio operi «*under the direction of the collaborative platform, the latter determining the choice of the activity, remuneration and working conditions*»; a ciò aggiunge altri due criteri: «*the nature of work*» (intesa come attività non puramente «*marginal and accessory*») e «*the presence of a remuneration*».

Con maggiore determinazione, su un piano differente, legato più alle questioni attinenti non già la qualificazione quanto la regolazione dei rapporti di lavoro, alla fine di aprile, l'Unione europea ha intrapreso un dibattito sulla necessità di garantire gli elementi di protezione sociale basilari per i lavoratori della *gig economy* che operano nell'eurozona, nell'ambito di una più ampia e complessa strategia di cui fanno parte anche gli *European Pillars of Social Right*. L'obiettivo, secondo quanto annunciato dall'esecutivo Ue il 26 aprile in occasione del lancio del pilastro sociale dell'Unione europea, è quello di fissare standard minimi di diritti dei lavoratori, estendendo la protezione sociale anche agli autonomi, piattaforme digitali comprese.

La Commissione ha avviato, a tal fine, due consultazioni con le parti sociali destinate all'ammodernamento delle norme sui contratti di lavoro e, in particolare, della direttiva sulle dichiarazioni scritte (Direttiva n. 91/533/Cee), che riconosce ai lavoratori, all'inizio di un nuovo rapporto di lavoro, il diritto di ricevere comunicazione scritta in merito ai suoi aspetti essenziali (14).

Si tratta del tentativo di adeguare un diritto, che rimane centrale, alla luce delle nuove realtà e delle nuove pratiche nei mercati del lavoro per garantire condizioni di lavoro eque anche in un mondo del lavoro che cambia, attraverso la previsione di un livello minimo di diritti per tutti i lavoratori, partendo dall'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo della direttiva anche ai rapporti di lavoro atipici, pur nella consapevolezza dell'insufficienza di tale misura.

Al di là della specifica direttiva oggetto di revisione, è interessante sottolineare la direzione intrapresa dall'Ue, che sembra a favore della necessità di garantire adeguate condizioni di lavoro ai molti lavoratori impegnati in nuove forme di rapporti di lavoro non standard, pur cercando al contempo

(14) La proposta di direttiva elaborata dalla Commissione prevede: «Piuttosto che concentrarsi su un particolare tipo di lavoro subordinato, [...], la direttiva proposta garantirà un livello di protezione universale di base per tutte le forme contrattuali esistenti e future...»: Com(2017)797 final, del 21.12.2017.

di non ostacolare l'innovazione e la creazione di nuove opportunità di lavoro. Una scelta – in parte scontata in risposta alle nuove necessità emergenti – di riconoscere protezione ai nuovi lavoratori che passa attraverso l'estensione del campo di applicazione soggettivo di tali diritti, a prescindere dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, e il conseguente superamento del – finora necessario – riferimento alla nozione di lavoratore subordinato (15); il che depone a favore di un'applicazione universalistica di alcune delle tutele primarie connesse al lavoro (16). Nel medesimo solco si pone la Commissione con il documento di consultazione delle parti sociali sulla possibile azione europea riguardante le sfide dell'accesso alla protezione sociale per le persone in tutte le forme di occupazione nel quadro del pilastro europeo dei diritti sociali (17).

Perché se non è fattibile – e probabilmente nemmeno utile (18) – delineare, ad esempio, una tassonomia completa delle piattaforme di *crowd-sourcing* che contemplano un'ampia gamma di servizi (19), né del lavoro fluido che cambia sembianze nel tempo e nello spazio che opera al loro interno (20), esistono di certo dei tratti distintivi comuni che riguardano tutte le relazioni di lavoro che nascono in tale segmento produttivo: una eccessiva dilatazione dell'orario di lavoro e la violazione dei dati personali che mette a rischio i modelli lavoristici sinora conosciuti e che impone un ripensamento della tradizionale regolamentazione dei tempi di lavoro, dei concetti di salute e sicurezza e dei livelli minimi da garantire, oltretutto delle modalità di protezione dei dati personali, insieme alla vita privata dei lavoratori *on demand*.

La combinazione di tali elementi ha dato vita a un nuovo modo di «vivere» il lavoro (21): il cd. *work-life blending*, che costituisce, in qualche modo, un ulteriore sviluppo dell'inevitabile riflesso sul rapporto di lavoro del biocapitalismo (22), che mette a valore il *bios* appunto – mente e corpo, vita

(15) La stessa Unione europea, nel tentativo di creare nuove forme di protezione dei lavoratori, ammette che la relativa legislazione non dovrebbe essere legata a particolari forme di impiego, ma dovrebbe potersi applicare a ciascun contratto di lavoro senza comprimere altresì indebitamente la libertà di innovazione dei datori di lavoro.

(16) Voza 2017.

(17) Com(2017)2610.

(18) Prassl, Risak 2016.

(19) Cfr. le 5 tipologie individuate da Srnicek 2017.

(20) Perulli 2017, 200; Ratti 2016.

(21) La porosità del tempo di lavoro è in verità un concetto già noto, ma, nel nuovo scenario, esso presenta dei tratti di connotazione diversi. Genin 2016.

(22) Chicchi, Roggero 2009; Fumagalli, Morini 2009.

e saperi personali –, assottigliando, tra le altre cose, la distanza tra lavoro e vita privata (23), fino a determinare *la perdita del tempo*: il venire meno, cioè, della chiara definizione dei confini tra tempi di lavoro e tempi di vita. Ed è su questo aspetto, sul rapporto tra lavoro digitale e conciliazione vita/lavoro, che si è inteso concentrare l'attenzione, assumendo come premessa fondamentale che «il lavoro digitale è lavoro capitalistico e il lavoro capitalistico non è un'attività libera, ma è lavoro astratto, assoggettato al processo produttivo che è diretto, organizzato e disciplinato dal capitalista» (24).

Appare condivisibile per chi scrive, infatti, la prospettiva di chi ritiene che le nuove questioni poste dall'economia digitale siano riconducibili a vecchi schemi, essendo l'economia della condivisione niente altro che «una condizione di possibilità del capitalismo contemporaneo, piuttosto che di autodeterminazione del lavoro» (25), che porta con sé diversi problemi legati allo sfruttamento del lavoro (digitale), tra cui la mancata separazione tra vita professionale e vita privata (26).

2. — *Il work life blending: trappola o risorsa?* — La questione è senz'altro spinosa e merita di essere oggetto di un'attenta analisi. Se i rischi sociali cui sono esposti i nuovi lavoratori (disoccupazione, reddito, sicurezza, formazione) «sono, nella maggior parte dei casi, i vecchi rischi dei lavoratori della prima rivoluzione industriale» (27), ce ne sono di nuovi che caratterizzano il lavoro subordinato tradizionale nell'era dell'avvento pervasivo della tecnologia, da una parte, e i nuovi lavori digitali, dall'altra.

Non a caso, la Commissione, nel suo documento di riflessione sulla dimensione sociale europea (28), nel mettere in evidenza i cambiamenti del mercato, ha indicato nel passaggio dal *work-life balance* al *work-life blending* (29) una delle sfide della vita lavorativa del futuro.

Si tratta forse di una tra le conseguenze più dirompenti delle trasfor-

(23) Il biocapitalismo indica l'attuale fase di manipolazione e sfruttamento totale a opera del capitale, ed è caratterizzato, a prescindere dalla forma che assume in prevalenza, da alcuni tratti comuni, tra cui il superamento della separazione tra tempo di vita e tempo di lavoro; il superamento della separazione tra luogo di lavoro e luogo di vita (si parla di «lavoro nomade»); cfr. Fumagalli, Morini 2009; vd. anche Foucault 2015; Roggero (2009) parla del «farsi sempre più stretto e prossimo del rapporto tra vita e lavoro»; Codeluppi 2008.

(24) Bavaro 2018.

(25) Greco 2017, 65.

(26) Huws 2015.

(27) Loi 2017.

(28) Com(2017)206, 26 aprile 2017.

(29) Weiss 2016, 659.

mazioni in atto, poiché ha a che fare non soltanto con le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, ma anche con la vita stessa (30), e mette in discussione una delle grandi conquiste dei lavoratori dell'inizio del secolo scorso (31): la definizione del tempo di lavoro, prima ancora che la delimitazione dell'orario di lavoro a favore del tempo libero. Se finora il lavoro si è svolto in un luogo preciso, tranne qualche eccezione, e la regolamentazione legislativa ha teso al mantenimento di una separazione tra il lavoro e la vita privata, le tendenze future vanno sempre più nel senso di un lavoro che potrà essere svolto in qualsiasi momento della giornata e in qualsiasi luogo, con relativa commistione tra lavoro e vita privata. Quest'ultimo concetto – il *work-life blending* – si fonda, infatti, sulla necessità imposta dal progresso e dalle pressioni economiche di mischiare vita e lavoro, e si contrappone a quello del *work-life balance*, che si fonda, invece, sull'assunto per il quale lavoro e vita devono essere mantenuti distinti.

Il tutto, ovviamente, accompagnato dalla retorica che mette in risalto le opportunità che deriverebbero dallo svolgimento di un lavoro flessibile, gestibile, in grado di concedere ampi spazi di libertà, facilitando così la conciliazione tra vita privata e lavoro, come esito di una strategia *win-win*.

Ovviamente, la questione non è così semplice; è vero che i temi coinvolti sono quelli del tempo di lavoro e non lavoro, della libertà, ma la loro declinazione non è (sempre) quella prospettata (vd. *infra*).

Come noto, il rapporto tra vita e lavoro è stato ed è al centro dell'agenda sociale europea; l'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea attribuisce alla conciliazione tra tempi di vita e di lavoro una peculiare posizione nel modello sociale europeo (32). E mentre l'Unione europea propone una revisione della direttiva intesa appunto a garantire una maggiore conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita (33), ciò che emerge dalle modalità di organizzazione dei nuovi lavori nell'economia *on demand* è l'affermazione del suo esatto opposto: l'orario di lavoro che si dilata fino ad assorbire la vita privata determinando il progressivo venir meno

(30) I cambiamenti in atto rischiano di generare importanti conseguenze sia in termini di qualità del lavoro, sia in termini di creazione di nuovi problemi sociali, quali stress e depressione, obesità, malattie legate all'ambiente e dipendenza dalle tecnologie, che si aggiungono ai problemi tradizionali dell'isolamento sociale, delle malattie mentali, della tossicodipendenza, dell'alcolismo, della criminalità e dell'insicurezza: Com(2017)206, 26 aprile 2017.

(31) Calafà 2004; Bavaro 2008.

(32) Calafà 2015, 163; Gottardi 2016; sull'art. 33, cfr. Fenoglio 2017.

(33) Com(2017)252, final.

del rispetto degli spazi di vita e della privacy dei *clit-workers*. I nuovi lavoratori lavorano da casa oppure in luoghi non previamente definiti (34), e non hanno né un orario di lavoro né un orario di non lavoro (35), poiché la trasformazione digitale dell'economia ha ridefinito le modalità di svolgimento dell'attività lavorativa e dell'organizzazione produttiva.

Ciò potrebbe dar vita a nuove opportunità di maggiore autonomia e flessibilità che possono essere utilizzate per meglio conciliare il lavoro e le attività familiari: Com(2017)0252. Lavorare dovunque si voglia con la massima libertà, riposando quando se ne sente il bisogno, potendo ritagliare del tempo in vari momenti della giornata per sé è di certo un obiettivo desiderabile (36).

D'altra parte, essere raggiunti dal lavoro in ogni momento e in ogni luogo ci si trovi, magari mentre si cerca di dedicare del tempo a sé stessi o alla famiglia, o, peggio, essere costretti a cedere a una tale condizione «lavorativa» perché è l'unica praticabile, di certo non lo è (37). Negare che questa commistione esista, grazie o a causa (a seconda del punto di vista) della nuova tecnologia (38), sarebbe irrealistico e non consentirebbe di governare il fenomeno.

Fermo restando che i due concetti non dovrebbero sovrapporsi ma essere il frutto di una opzione volontaristica, e al netto della commistione «gestibile» che deriva dall'avvento della tecnologia (ciò che capita, ad esempio, quando si leggono le mail di lavoro anche al di fuori dell'orario di lavoro), la questione ruota intorno alla dimensione temporale della prestazione lavorativa, agli obiettivi di conciliazione, alle modalità di svolgimento della prestazione stessa e al modo in cui questi fattori si connettono.

L'evidenza è quella di un pericoloso *trade-off* tra *work-life blending* e subordinazione, come le recenti evoluzioni di cui qui si discute stanno

(34) Parla di un lavoro «dove viene sempre più richiesta una mobilità che porta alla definizione di *non-luoghi di lavoro*», con riferimento al lavoro nel biocapitalismo, Fumagalli 2009.

(35) Sulla «deogettivazione del tempo lavoro» come forma contemporanea del contratto di lavoro posttaylorista, cfr. Bavaro 2008.

(36) Cfr. Pasquarella 2017, 63.

(37) «... *the high degree of flexibility might be valued by some workers, who benefit from an improved work-life balance, but may be too much for the majority of the casual workers, who would prefer more continuity*»: Eurofound 2015, 138. Nel medesimo senso European Commission 2015.

(38) Ma la possibilità di lavorare «sempre e ovunque», che le tecnologie offrono, non può tradursi nella richiesta di lavoro «sempre e ovunque»; così Coelho Moreira 2017.

dimostrando. Si tratta di un'affermazione banale, se la si sviluppa nella ovvia osservazione per la quale la commistione tra tempi di vita e tempi di lavoro è connaturata al lavoro autonomo. Diversamente, detta relazione presenta indubbi profili di interesse se si ragiona nell'ambito dello spazio del lavoro subordinato (con riferimento ad alcune modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, par. 2.1) o del lavoro digitale (par. 2.1.1.); se si ragiona, in altri termini, di quella che potrebbe definirsi «autonomia subordinata». Con tale locuzione – usata in un senso volutamente a-tecnico – si intende porre l'accento su quegli elementi di «autonomia» riconducibili alla libertà di autodeterminazione del lavoratore – con riferimento al tempo e al luogo della prestazione – esercitata pur nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato (39); e, d'altro canto – nel caso del lavoro digitale –, su quegli aspetti che, invece, evocano la soggezione di fatto cui sono sottoposti i lavoratori digitali, nonostante la loro prestazione sia, per lo più, qualificata come autonoma (40), e che si concretizza in una condizione di disponibilità ininterrotta, la cui inevitabile conseguenza – quantomeno una delle più rilevanti – è proprio la commistione tra tempi di lavoro e tempi di vita.

2.1. — *Il work-life blending come modalità di svolgimento della prestazione lavorativa subordinata e il diritto alla disconnessione...* — Il *work-life blending* ha diverse sfumature (si parla anche di *time porosity* o *spill over*) che dipendono dal modo in cui la digitalizzazione e l'uso di strumenti tecnologici incide sullo svolgimento della prestazione lavorativa (41). Da una parte, esso rappresenta il risultato della diffusione della tecnologia della comunicazione che si riverbera con più o meno forza sul rapporto di lavoro subordinato. Si parla di «rintracciabilità costante del lavoratore, esposto molto più del passato a uno stato di permanente allerta reattiva rispetto al soddisfacimento delle richieste datoriali» (42). Questa condizione, in alcuni casi, è indotta semplicemente dall'uso di strumenti tecnologici e dalla mancanza di un divieto per il datore di lavoro di rispettare il riposo del di-

(39) Cfr. Corso (2017, 980), che parla dello *smart working* come di «un modo di restituire al lavoratore autonomia e flessibilità». Sulla riconducibilità dello *smart work* nell'ambito della «subordinazione attenuata», cfr. Ricci 2018.

(40) Alaimo 2018.

(41) Per un'analisi delle diverse forme di interferenza tra tempi di lavoro e tempi di vita, cfr.: Genin 2016; Ricci 2005, 421 ss.

(42) Uno studio recente negli Stati Uniti ha rivelato che il tempo quotidianamente destinato alla lettura della posta elettronica fuori dell'orario di lavoro supera di gran lunga il tempo riservato alle ferie. Cfr. Poletti 2017, 8-26.

pendente (43); e già le norme in materia di orario di lavoro offrirebbero gli strumenti per arginare questo tipo di porosità del tempo di lavoro (44). In altre parole, si tratta di ciò che avviene quando gli strumenti tecnologici e la connessione continua – il cd. *always on* – incidono sul tempo libero del lavoratore, in mancanza di un obbligo contrattuale che gli imponga di garantire la propria disponibilità, operando così un'intrusione nella vita privata che ha a che fare con il lavoro ma proviene dall'esterno del rapporto di lavoro (45). In questa ipotesi, si pone proprio un problema di effettività del diritto al tempo libero che deriva anche dal comportamento del lavoratore, per «educare» il quale è stata presa in considerazione la possibilità di configurare, accanto al diritto alla disconnessione, un vero e proprio dovere di disconnessione in capo allo stesso lavoratore (46).

Diverso il caso in cui, invece, il confine tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro diventa poroso in ragione delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa subordinata, ormai codificate in diverse forme quali il telelavoro o lo *smart work*. Ed è proprio la regolazione di quest'ultimo che ha fornito, più di recente, al legislatore l'occasione per l'introduzione anche nell'ordinamento interno del diritto alla disconnessione, di cui si discute ormai con sempre maggiore frequenza e attenzione (47). Come noto, il dibattito esiste da tempo in Europa (48), e il fatto che la legge debba oc-

(43) A riguardo, alla luce di consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (fra le tante, vd. caso *Simap*, C-303/98, EU:C:2000:528, e caso *Pfeiffer*, da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), si deve riconoscere che, ove non sussista un obbligo di risposta in capo al lavoratore, non si possa considerare come orario di lavoro il tenersi «connesso».

(44) Ancora Genin 2016, ma anche Ricci 2004. Il diritto alle ferie e al riposo sono diritti irrinunciabili e inalienabili posti a tutela del lavoratore stesso; pertanto la loro irrinunciabilità può farsi valere anche nei confronti del lavoratore; cfr. Perrone 2017.

(45) In Italia, ancora prima che venisse approvata la legge sul lavoro agile, sono stati stipulati degli accordi destinati a regolamentare il diritto alla disconnessione. L'Università dell'Insubria ha introdotto il *diritto alla disconnessione* per tutelare i suoi dipendenti, «per ricaricarsi e migliorare la qualità del loro tempo». In argomento, cfr. Perrone 2017.

(46) Cfr. il rapporto Mettling del 2015, elaborato da un gruppo di esperti guidato da Bruno Mettling, Deputy Ceo in ambito Risorse umane di Orange. In argomento, cfr. Poletti 2017, 24. Sul dovere alla disconnessione come attuazione dell'aspetto deontico del diritto alla disconnessione, cfr. Perrone 2017, 7.

(47) Dagnino, Moscaritolo 2016. Si parla, in alcuni casi, di «nuovo diritto digitale»; così Poletti 2017. *Contra*, Perrone 2017, per il quale tale definizione avrebbe un carattere meramente descrittivo ma non normativo. Sui «nuovi diritti», cfr. Bin 2014.

(48) Tre anni fa, gli ingegneri in consulenza informatica aderenti alla federazione Syntec avevano raggiunto un accordo per evitare messaggi dopo le 18 e durante i wee-

cuparsi di stabilire ciò che i lavoratori non devono fare nello spazio del loro tempo libero costituisce tutt'altro che un paradosso, come invece è stato sostenuto (49). Il paradosso è, invero, solo apparente, poiché tecnicamente, in questo caso, il difetto di «precisi vincoli di orario» entra nel contratto, costituendo una modalità di svolgimento della prestazione lavorativa. Di tal che il tempo di lavoro e di non lavoro costituiscono, entrambi, categorie rilevanti ai fini della definizione della corretta prestazione lavorativa.

Come noto, è stato il legislatore francese – sulla scia del rapporto Mettling citato – ad aver codificato per primo, nell'art. 55 della *Loi du Travail* entrato in vigore il 1° gennaio 2017 (50), il «diritto alla disconnessione» che impone alle aziende con più di 50 dipendenti di fissare e rispettare con accordi interni e sindacali tempi e modi per essere «*off line*». Sul versante interno, il legislatore, nel regolamentare il lavoro agile – che ha, come finalità espressamente indicata, la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (51) –, ha stabilito che l'accordo con cui si attiva «individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro» (art. 19) (52).

Qualcuno ha sottolineato la superfluità di tale previsione, atteso che la definizione stessa delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa prevede che non ci siano vincoli di orario né di luoghi di lavoro (53). Al contrario, come si è tentato di argomentare, è proprio questo il punto: è, infatti, la mancanza di vincoli di orario predeterminabili che rende «poroso» il tempo di lavoro e, di conseguenza, necessaria la previsione di un ar-

kend. In Germania, Volkswagen ha già deciso di sospendere le comunicazioni sugli *smartphone* professionali tra le 18.15 e le 7 del mattino, mentre in Gran Bretagna Price Minister ha instaurato una mezza giornata al mese senza e-mail, per favorire gli scambi verbali tra i dipendenti. Cfr. Criscuolo 2016, 284.

(49) Caroline Sauvajol-Rialland (professoressa presso l'Istituto di Studi politici a Parigi) su *Libération* del 5 settembre 2016.

(50) La norma, contenuta nella *Loi Travail* n. 1088 dell'agosto 2016, ha modificato l'art. L. 2242-8 del Codice del lavoro. La legge muove da uno studio del 2015, commissionato dallo stesso ministero del Lavoro, che aveva evidenziato che solo un quarto dei *manager* coinvolti nella ricerca smette davvero di consultare mail e comunicazioni di lavoro durante il tempo libero.

(51) L. 22 maggio 2017, n. 81. Sulla disciplina del lavoro agile, tra gli altri, cfr.: Proia 2017; Perulli 2017; Cuttone 2017; Ricci 2018.

(52) È stato messo in evidenza come non si parli di diritto con riferimento alla disconnessione nel testo legislativo italiano, al contrario di quanto avviene in quello francese; in questo senso, Di Meo 2017.

(53) Rotondi 2016.

gine (54). Più ci si allontana dai tratti caratteristici tipici del lavoro subordinato attraverso la flessibilizzazione delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa con riferimento al tempo e al luogo di lavoro, più aumenta il rischio di commistione tra tempi di vita e tempi di lavoro, e la relativa necessità di proteggere il lavoratore e la sua vita privata (55). In questo senso, già la giurisprudenza nazionale (in particolare quella francese) ha identificato il «diritto alla disconnessione» come «il» diritto alla vita privata del XXI secolo, affermandone così un intrinseco valore primario: «a fronte del crescente rischio che le “tradizionali” barriere tra vita lavorativa e vita privata siano abbattute, come conseguenza del mutamento in atto nel lavoro digitalizzato che confonde e mischia i tempi dell’una e dell’altra, la sua introduzione equivale a ribadire la necessità di uno spazio della persona che, come tale, vada garantito anche e soprattutto laddove l’innovatività delle situazioni richieda risposte inedite».

La regolamentazione del diritto alla disconnessione rende tangibile la necessità di porre degli argini al tempo di lavoro, quando quest’ultimo, in ragione del peculiare statuto regolativo della prestazione lavorativa, non ha precisi vincoli di orario né di luogo di lavoro. Tuttavia, è ormai evidente che la necessità di disconnessione dal lavoro sorge anche al di là delle ipotesi in cui la porosità del tempo di lavoro è connaturata alla prestazione lavorativa, come dimostrano gli accordi conclusi in alcune delle più grandi aziende europee (56), funzionali, da una parte, a incoraggiare lo scambio verbale tra i dipendenti e, dall’altra, a obbligarli, in ultima analisi, a godere del «tempo libero», che, come è stato affermato, «va ben al di là del mero dato dell’astensione dal lavoro, per riempirsi di contenuti costituzionalmente pregnanti e funzionali al pieno sviluppo della persona nelle molteplici dimensioni del suo essere e del suo interagire con i consociati» e risponde, altresì, alla necessità di tutelare la salute sia fisica che psichica, comprensiva di tutte le implicazioni sociali e relazionali (57).

2.1.1. — Segue: ... *e come indice di soggezione nel lavoro on demand* —
Se il problema del *work-life blending* emerge, con sempre maggiore insi-

(54) «Il confine preciso tra lavoro e vita privata sta venendo meno con conseguenze significative sulla vita familiare, la salute e la sicurezza dei lavoratori e dei membri della famiglia, nonché sul benessere della società in generale»; Weiss 2016.

(55) Sull’importanza del diritto alla disconnessione, alla stregua di diritto alla vita privata del XXI secolo, cfr. già nel 2002 J. Ray, 939 ss.

(56) Cfr. *supra*, nota 48.

(57) Perrone 2017, 15 ss.; cfr. anche Occhino (2010), la quale collega la fruizione del tempo libero anche con la libertà religiosa di cui agli artt. 19 e 20 Cost.

stenza, nell'ambito del lavoro subordinato, è sicuramente con un maggiore grado di gravità che esso si manifesta con riferimento al lavoro *on demand*, dove l'uso e l'abuso di tutto il tempo a disposizione da parte del lavoratore è la chiave della partecipazione alle piattaforme digitali, soprattutto di *crowdwork*, dove si guadagna solo se si arriva primi, nel minor tempo possibile, e meglio degli altri.

Nella sua forma estrema, infatti, il *work-life blending* è il risultato della assoluta mancanza di una linea chiara di demarcazione che divida il tempo di lavoro dal tempo di non lavoro: del venir meno di quella «delimitazione giuridica della nozione di tempo lavorato [che] induce, indirettamente, la perimetrazione dei confini della prestazione di lavoro, definendo ambiti di intangibilità del tempo libero, quale bene giuridico autonomamente rilevante» (58), e che si concretizza in maniera sempre più tangibile mano a mano che ci si allontani dalle forme tipiche – o tipizzate – di svolgimento della prestazione lavorativa. L'estrema sintesi della compressione del tempo libero e di non lavoro a favore del tempo di lavoro che si coagula nella disponibilità continua sostanzialmente richiesta al lavoratore è plasticamente espressa nel motto di Uber «*il tempo è nelle tue mani*» (59), che rinvia a una forma estrema di «soggettivazione regolativa» del rapporto di lavoro (60). Prospettiva, questa, volta a superare la eccessiva rigidità regolativa del lavoro subordinato, ma che rischia, nel caso del lavoro digitale, di mistificare la realtà, collocandolo aprioristicamente al di fuori dell'ambito di protezione di uno statuto giuridico qualificato (subordinato, parasubordinato), attraverso la promessa di maggiore libertà nella scelta dei propri tempi.

Nel nuovo contesto digitale, la commistione vita/lavoro diventa uno degli indicatori più importanti tra quelli che caratterizzano il lavoro *on demand*, come indice dell'esercizio dei pervasivi poteri di controllo propri delle piattaforme, se è vero che, come è stato scritto, «la sostanza oggettiva del contratto di lavoro subordinato è proprio la disponibilità continuativa nel tempo al potere del datore di lavoro» (61). Si potrebbe obiettare che il prestatore di lavoro digitale normalmente non è costretto a rimanere disponibile e, dunque, a rispondere a eventuali richieste, e, inverosimilmente, è proprio

(58) Ricci 2005, 422.

(59) Sul sito di Uber si legge: «Stabilisci gli orari che vuoi. Puoi guidare con Uber in qualsiasi momento, di giorno o di notte, 365 giorni all'anno. Sei tu a stabilire la tua disponibilità, così potrai conciliare l'attività di autista con gli impegni personali».

(60) Cfr., da ultimo, Perulli 2018.

(61) Bavaro 2009. Sul tema dei poteri di controllo della piattaforma si rinvia alle analisi riguardanti l'individuazione della figura del datore; cfr., ad esempio, sulla nozione di datore di lavoro, la ormai nota classificazione di Prassl, Risak (2016).

questo il maggiore ostacolo che si pone dinnanzi ai giudici in sede di qualificazione del rapporto di lavoro (62). Ma, come diverse analisi dimostrano ormai in maniera sempre più chiara, la piattaforma registra le «mancate risposte» che incidono sul *rating* del lavoratore e hanno come conseguenza estrema la disconnessione dell'*account* nel caso in cui il *rating* diventasse negativo (63). A ben vedere, dunque, si tratta di una disponibilità del tempo richiesta sostanzialmente, anche se non formalmente. Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito sull'uso del tempo come parametro per la qualificazione della prestazione lavorativa (64); basti, però, appena accennare alla necessità, ormai da più parti evidenziata, di rileggere la dogmatica sulla prestazione di lavoro subordinato, imposta dal nuovo lavoro digitale (65), attraverso l'attualizzazione degli indici della subordinazione (66), ivi compreso – probabilmente, soprattutto – quello riguardante le diverse categorie del tempo di lavoro, a partire dalla reinterpretazione dell'indice qualificatorio della disponibilità del lavoratore come elemento che caratterizza il tipo contrattuale del lavoro subordinato (67).

3. — *Conclusioni. La mancata conciliazione come chiave di lettura del lavoro on demand. Tra tempi di lavoro e discriminazione* — A ben guardare, la retorica che accompagna l'economia *on demand* – con riferimento alla libertà di gestione del proprio tempo e alla conseguente possibile conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita, da una parte, o alla possibilità di svolgere due o più lavori, dall'altra – non differisce molto da quello che, a suo tempo, fu lo slogan della «flessibilità buona» in entrata (68). Ora come

(62) Papa 2018.

(63) De Stefano 2017, 249; Loi 2017.

(64) In argomento e sulla classificazione delle categorie concettuali del tempo di lavoro, si registra, come noto, amplissima dottrina. Tra gli altri: Accornero 1994; De Luca Tamajo 1987; Ichino 1996; Bano 2003; Bavaro 2008; *Id.* 2009, Ricci 2005. Sul tempo scelto, cfr. Bano 2009. Per un'analisi storica delle posizioni dottrinali sul significato del tempo nella teoria della subordinazione, cfr. Gaeta 1998.

(65) Bavaro 2018.

(66) Auriemma 2017.

(67) In argomento, per ampi riferimenti giurisprudenziali, cfr. Razzolini 2014. Sulla interpretazione teleologica dell'indice della disponibilità cfr. Papa 2018.

(68) Cfr., *ex multis*, Zappalà 2012. Anche nel caso del lavoro *on demand*, infatti, le direttrici restano le stesse: la possibilità di incrementare il proprio guadagno svolgendo più di un lavoro e quella di conciliare lavoro e vita privata. Ancora sulla pagina di Uber, si leggono testimonianze di donne che dichiarano, ad esempio, «La mia vita è migliorata perché ho avuto a disposizione più tempo per stare con mia figlia e mio marito». Quanto agli effetti sul mercato del lavoro, vale ancora quanto

allora, quindi, una valida chiave di lettura del fenomeno potrebbe essere offerta dall'analisi del rapporto «tra la flessibilità scelta (quella progettata, anche se timidamente) e quella subita dal lavoratore e dalla lavoratrice» (69), cui sottende, in fondo, il tema della conciliazione vita/lavoro.

Sottovalutare il fondamentale nodo della conciliazione derubricandolo, ad esempio – come sovente accade –, a una questione che riguarda le donne rischierebbe di produrre il risultato di sottostimare un elemento che, invece, è cruciale nell'assegnazione di un corredo minimo di diritti ai lavoratori digitali la cui enucleazione potrebbe passare (anche) attraverso la corretta misurazione del tempo produttivo, delimitata dalla previsione di un diritto/dovere alla disconnessione (70), declinato come diritto dei lavoratori «*sans phrase*» (71) a una «“blindatura” dei tempi di riposo (e più complessivamente di vita)» (72).

L'ulteriore rischio di una mancata adeguata considerazione dell'elemento della conciliazione potrebbe essere anche quello di amplificare la segregazione in questo segmento di mercato sempre più ampio. Non è ancora chiaro quale sia la esatta composizione del variegato mondo del *crowd*: se ci sia una maggioranza di donne ovvero di persone fuoriuscite dal mercato del lavoro o che nel mercato del lavoro non riescono a entrare; ovvero quanto e in che termini «la riorganizzazione del potere e della subordinazione apre davvero la via a nuove libertà» (73) o quanto, al contrario, non sia uno strumento di riduzione ulteriore degli spazi di autodeterminazione.

Decodificare il fenomeno con riguardo agli aspetti della libertà, dell'autodeterminazione, della volontarietà nella gestione dei tempi, è un'operazione complessa che richiede un'accurata valutazione di dati, solo in parte

affermato da D'Antona riguardo al fatto che sostenere che l'allentamento dei vincoli all'impiego flessibile della manodopera avrebbe effetti positivi apprezzabili sullo sviluppo dell'occupazione non faccia altro che alimentare «equivoci interessati»; così, D'Antona 1988.

(69) Calafà 2004, 237. L'Autrice riferisce questo rapporto al legame tra la dimensione interna ed esterna della l. n. 53/2000.

(70) Cfr. Rota (2017), che parla della portata trasversale del diritto alla disconnessione che incide sul tema dell'orario di lavoro, della conciliazione tra tempi di vita e di lavoro, e della salute e sicurezza.

(71) Il riferimento è alla nota teoria di Supiot (1999), cui, come noto, si deve l'idea della ricostruzione delle tutele per «cerchi concentrici».

(72) Così con riferimento al lavoro agile, Ricci 2018.

(73) Cfr. Perulli (2016), che si pone il dubbio proprio con riferimento al rapporto di lavoro dell'economia digitale; parla di colonizzazione della libertà con la subordinazione Bavaro (2018).

disponibili, ma che, quantomeno in parte, restituirebbe, con ogni probabilità, l'immagine di un mercato segregato, potenzialmente capace di amplificare discriminazioni già esistenti (donne, giovani, anziani, poco qualificati) (74).

Non v'è dubbio che, alla luce del nuovo contesto produttivo, la cd. flessibilità subita e anche – o forse soprattutto – quella scelta appaiano demistificate e assai difficili da classificare, poiché ci si muove in un contesto nuovo caratterizzato, a tacer d'altro, dalla ormai totale smaterializzazione del luogo in cui si lavora – cosa finora inedita –; il che determina l'inevitabile (con)fusione tra il lavoro e la vita, perché il luogo in cui si svolgono l'uno (il posto di lavoro) e l'altra (la propria casa) coincidono non solo in alcuni momenti della giornata, ma, per alcuni lavori, sempre (75).

Il fenomeno è assai diffuso e non si tratta più soltanto di una questione, più o meno marginale, che attiene alle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa in virtù di una formula concordata tra datore di lavoro e lavoratore, peraltro nell'ambito del lavoro subordinato (come nel caso del telelavoro o dello *smart work*), quanto di un mutamento radicale nella concezione stessa del lavoro. Le conseguenze si riflettono su un piano culturale e sociale, e riguardano anche la prestazione lavorativa, per ciò che attiene sia la qualità del lavoro (in termini di salute e sicurezza, dignità e tutela della vita privata), sia la stessa capacità produttiva, se è vero che «coloro che rispettano l'equilibrio tra lavoro e vita privata sono molto più produttivi degli altri» (76).

Bisogna, quindi, assumere che il *work-life blending*, presentato come una risorsa, in realtà nasconde molte trappole, costituendo niente altro che l'esito della cancellazione dei confini tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro; che i rischi a esso connessi superano di gran lunga i possibili benefici, e che, di conseguenza, rappresenta un problema concreto da affrontare al pari della retribuzione, della salute e della sicurezza, della formazione ecc.; diritti, questi, che presentano, peraltro, ampi profili di connessione con il tema della commistione vita/lavoro per gli evidenti riflessi che su di essi ha la mancata separazione tra tempi di lavoro e tempi di vita (77). Inoltre, per altro verso, se è ormai una evidenza acquisita che i diritti della

(74) Centamore, Ratti (2018), per i quali nel nuovo contesto dell'economia digitale «i rischi di discriminazione potrebbero essere persino più accentuati, o comunque presentarsi sotto forme nuove e più insidiose».

(75) Una magistrale vignetta del *New Yorker* mostra un uomo che, davanti al PC, si chiede: «*I can't remember – Do I work at home or do I live at work?*».

(76) In questi termini il rapporto Mettling, citato.

(77) Loi 2017; Malzani 2018.

rete fanno parte dei diritti della persona (78), a maggior ragione essi dovrebbero entrare nel corredo di quei diritti minimi da garantire a coloro che operano all'interno delle piattaforme, a prescindere dalla qualificazione del rapporto, poiché dalla pericolosa commistione tra i tempi di lavoro e i tempi di vita discende anche il rischio della lesione del bene della dignità, della vita privata, rilevante quale quello alla salute e alla sicurezza.

Quali possano essere le giuste scelte regolative da adottare non è facile immaginarlo e non è nemmeno questa la sede per farlo. Con il diritto alla disconnessione, ad esempio, come si è visto, il legislatore italiano ha individuato una cornice – l'accordo – il cui contenuto dovrà essere definito dalle parti; non prevedendo, però, alcuna conseguenza in caso di mancato accordo. Inoltre, anche laddove le parti definissero i modi e i tempi del riposo e della disconnessione, sicuramente questa misura non risolverebbe il problema ben più ampio del *work-life blending* che si colloca al di fuori del lavoro agile e delle conseguenze – note e ancora da indagare – che esso ha sulla vita e sul lavoro di un individuo.

Le chiavi di lettura sono molteplici: il *work-life blending* può essere un indice qualificatorio in quanto sia considerato modalità di svolgimento della prestazione, nei termini che si sono detti, come soggezione al potere di controllo datoriale; al contempo, esso rappresenta un elemento di valutazione del rispetto dei livelli minimi di salute e sicurezza e di misurazione della qualità del lavoro, essendo il risultato del rapporto tra questi elementi.

Per tali ragioni, quello della conciliazione vita/lavoro rappresenta non soltanto una conseguenza del lavoro *on demand*, ma anche un inedito ma valido punto di osservazione, dal quale si potrebbe prendere le mosse per ripensare i presupposti della distinzione tra lavoro e vita privata, sotto il duplice aspetto della qualificazione della prestazione lavorativa e della tutela del lavoro, tentando di garantire la primazia dell'elemento volontaristico nella scelta dei «programmi negoziali» flessibili, e imponendo, al contempo, il rispetto della vita privata; in altre parole, garantendo una libertà di scelta «vincolata» che consenta di mantenere livelli minimi di sicurezza nel lavoro e tutela dei tempi di vita, attraverso la rifondazione di un chiaro confine tra vita e lavoro che valga per chiunque, a qualunque titolo, svolga una prestazione lavorativa.

Non può negarsi la fascinazione che è in grado di esercitare la retorica di chi, sviluppando i postulati propri del lavoro digitale del nuovo millennio, arriva a teorizzare con reale convinzione la obsolescenza del con-

(78) Rodotà 2014.

petto di *work-life balance* e la necessità che sia soppiantato dal *work-life blending* (79). I presupposti del successo di questo nuovo modo di lavorare sarebbero la consapevolezza della scelta, l'autodeterminazione e la libertà («*discover your perfect mix, stop focusing on time and focus on achievement instead, do the things you do well, change the blend*»).

Se questo può essere vero per alcuni, è quantomeno revocabile in dubbio che una donna fuoriuscita dal mercato per ragioni connesse alle difficoltà di conciliare vita e lavoro o un *crowdworker* con bassa qualificazione e nessun diritto (quando le due figure non coincidono) possano – o percepiscano di – avere dei reali spazi di autodeterminazione e/o di libertà. Il rischio è, piuttosto, che una tale impostazione si collochi su di un crinale pericoloso di negazione aprioristica delle garanzie attraverso una qualificazione forzata del rapporto che mira a espungere del tutto lo Statuto protettivo del diritto del lavoro dall'orizzonte digitale.

E dinnanzi a questa pericolosa deriva, non bisogna dimenticare l'insegnamento di D'Antona, che, già trent'anni fa, avvertiva della necessità di «... impegnarsi nella ricostruzione, simultanea e complementare, dei mutamenti subiti dal lavoro sul terreno sociale e di quelli che investono la struttura normativa del diritto del lavoro» (80), al fine di non sottovalutare la gravità del disagio che stiamo vivendo e, men che meno, travisarne il senso: presentando, ad esempio, come risorsa ciò che, in realtà, è solo una trappola.

Riferimenti bibliografici

- Accornero A. (1994), *Il mondo della produzione*, il Mulino, Bologna.
- Alaimo A. (2018), *Lo «Statuto dei lavoratori autonomi»: dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso una ulteriore diversificazione delle tutele?*, in *NLCC*, n. 3, 589 ss.
- Aloisi A. (2016), *Il lavoro «a chiamata» e le piattaforme on line della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *LLI*, n. 2, 16 ss.
- Auriemma S. (2017), *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in *RGL*, I, 286 ss.
- Bano F. (2003), *La durata della prestazione*, in Carinci F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, t. II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, coordinato da Perulli A., Giappichelli, Torino, 321 ss.

(79) Sulla rivista *Forbes* si legge: «*work-life balance is dead*» e «*work-life integration: the new norm*».

(80) D'Antona 1988, 1217.

- Bano F. (2009), «Tempo scelto» e diritto del lavoro: definizioni e problemi, in Veneziani B., Bavaro V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 246 ss.
- Bavaro V. (2008), *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, Bari.
- Bavaro V. (2009), *Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato*, in Veneziani B., Bavaro V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 11 ss.
- Bavaro V. (2018), *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *RGL*, n. 1, I, 35 ss.
- Biasi M. (2018), *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*, in *ADL*, n. 4-5, 1220 ss.
- Calafà L. (2004), *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Bari.
- Calafà L. (2015), *La famiglia omogenitoriale in Europa tra sicurezza sociale e tutela del lavoro*, in Schuster A., Toniollo M.G. (a cura di), *La famiglia omogenitoriale in Europa. Diritti di cittadinanza e libera circolazione*, il Mulino, Bologna, 157 ss.
- Centamore G., Ratti L. (2018), *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on demand*, Paper presentato nel corso del Convegno internazionale su «Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale», tenutosi a Brescia il 12 e il 13 ottobre 2017.
- Chicci F., Roggero G. (2009), *Introduzione. Le ambivalenze del lavoro nell'orizzonte del capitalismo cognitivo*, in *Sociologia del lavoro*, 7 ss.
- Ciccarelli R. (2015), *La rivoluzione dei lavori*, in Allegri G. Bronzini G. (a cura di), *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act. Per un garantismo sociale oltre la subordinazione*, DeriveApprodi, Roma, 142 ss.
- Codeluppi V. (2008), *Il biocapitalismo. Verso lo sfruttamento integrale di corpi, cervelli ed emozioni*, Bollati Boringheri.
- Coelho Moreira T. (2017), *L'impatto delle nuove tecnologie nella conciliazione tra vita e lavoro*, in *LLI*, n. 1, 1 ss.
- Corso M. (2017), *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale: lo smart working*, in *DRI*, n. 4, 978 ss.
- Criscuolo C. (2016), *Il controllo sugli account di posta elettronica e di messaging aziendale*, in *RIDL*, II, 284 ss.
- D'Antona M. (1988), *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, in Aa.Vv., *Occupazione flessibile e nuove tipologie di lavoro*, Napoli, Esi, ora in Caruso B., Sciarra S. (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, vol. 3, t. III, Giuffrè, Milano, 2000, 1147 ss..
- Dagnino E. (2016), *Nuovi e vecchi paradigmi nella vicenda Foodora*, in *Boll. Adapt*, 17 ottobre, 2 ss.
- Dagnino E., Moscaritolo I. (2016), *Diritto alla disconnessione: un diritto di nuova generazione?*, in *Boll. Adapt*, n. 30.
- Daubler W., Klebe T. (2016), *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?*, in *DLRI*, n. 3, 471 ss.
- Davidov G. (2017), *The status of uber drivers: a purposive approach*, in *The spanish labour law and employment relations journal*, n. 1-2, 6 ss.

- De Luca Tamajo R. (1987), *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in Aa.Vv., *Il tempo di lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass, Genova, 4-5 aprile 1986, Giuffrè, Milano, 9 ss.
- De Stefano V. (2017), *Lavoro «su piattaforma» e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in RGL, n. 2, I, 241 ss.
- Degryse C. (2016), *Impacts sociaux de la digitalisation de l'économie*, in W.P. Etui, n. 2, 9 ss.
- Di Meo R. (2017), *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in LLI, n. 2, vol. 3, 17 ss.
- Donini A. (2016), *Il lavoro su piattaforma digitale tra autonomia e subordinazione*, in DRI, I, 64 ss.
- Drahokoupil J., Fabo B. (2016), *Platform economy and the disruption of the employment relationship*, Etui research paper – Policy brief, n. 5.
- Fenoglio A. (2017), Art. 33, in Mastroianni R. et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 632 ss.
- Foucault M. (2015), *Nascita della biopolitica*; Feltrinelli, Milano.
- Freedland M., Prassl J. (2017), *Employees, Workers, and the «Sharing Economy»: Changing Practices and Changing Concepts in the United Kingdom*, Oxford Legal Studies Research Paper, n. 19.
- Fumagalli A., Morini C. (2009), *La vita messa a lavoro: verso una teoria del valore-vita. Il caso del valore affetto*, in *Sociologia del lavoro*, n. 115, 94 ss.
- Gaeta L. (1998), *Tempo e subordinazione: guida alla lettura dei classici*, in LD, n. 1, 35 ss.
- Genin É. (2016), *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n. 3, 280-300.
- Gottardi D. (2016), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Greco L. (2017), *Lavorare condividendo: natura e organizzazione del lavoro nella sharing economy*, in QRS, n. 2, 65 ss.
- Harris S.D., Krueger A.B. (2015), *A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The «Independent Worker»*, in *The Hamilton Project, Discussion Paper*, n. 10, dicembre.
- Huws U. (2015), *Capitalism and the cybertariat. Contradictions of the digital economy*, in *Montly Review*, vol. 66, n. 8, disponibile online.
- Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano.
- Ichino P. (1998), *Il tempo di lavoro nell'Unione europea*, in RIDL, n. 2, I, 153 ss.
- Ichino P. (2016), *Sulla questione dei fattorini di Foodora*, in www.pietroichino.it.
- Loi P. (2017), *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in RGL, n. 2, I, 259 ss.
- Malzani F. (2018), *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in DLM, n. 1, 17 ss.
- Occhino A. (2010), *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.

- Papa V. (2018), *Post-industriale o pre-moderno? Economia digitale e lavoratori on demand: nuovi paradigmi organizzativi e vecchie esigenze di tutela*, in *DRI*, n. 3, 729 ss.
- Pasquarella V. (2017), *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il Jobs Act?*, in *RIDL*, n. 1, I, 41 ss.
- Perrone R. (2017), *Il «diritto alla disconnessione» quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, in *Federalismi.it*, 20 dicembre 2017.
- Perulli A. (2016), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in *LD*, n. 1, 17 ss.
- Perulli A. (2017), *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *RGL*, n. 2, I, 195 ss.
- Perulli A. (2018), *La «soggettivazione regolativa» nel diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 365.
- Poletti D. (2017), *Il cd. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, vol. 82, n. 1, 8-26.
- Prassl J. (2018), *Humans as a service. The promise and perils of work in the gig economy*, Oxford University Press.
- Prassl J., Risak M. (2016), *Uber, Taskrabbit and Co.: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork*, in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n. 3, 619 ss.
- Prassl J., Risak M. (2017), *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori di lavoro*, in *RGL*, n. 2, I, 219 ss.
- Rapporto Mettling (2015), *Transformation numérique et vie au travail. Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*.
- Ratti L. (2017), *Online Platforms and crowdwork in Europe: a two-step approach to expanding agency work provisions?*, in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n. 3, 477 ss.
- Ray J. (2002), *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion: le droit à la vie privée du XXI siècle*, in *Droit Social*, n. 11, 939 ss.
- Razzolini O. (2014), *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *DRI*, n. 4, 974 ss.
- Ricci G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Ue*, Giuffré, Milano.
- Ricci G. (2018), *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del «lavoro agile»*, in *NLCC*, n. 3, 632 ss.
- Rodotà S. (2014), *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma.
- Rota A. (2017), *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro*, Giappichelli, Torino, 172 ss.
- Srnicek N. (2017), *Capitalismo digitale. Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Luiss University Press.
- Supiot A. (1999), *Au delà de l'emploi*, Paris, 1999, trad. it., *Il futuro del lavoro*, Roma, 2003.
- Treu T. (2017), *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD*, n. 3-4, 367 ss.
- Tullini P. (2016), *Economia digitale e lavoro non standard*, in *LLI*, n. 2, 1 ss.

- Voza R. (2017), *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 336.
- Zappalà L. (2012), *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della flexicurity*, Giappichelli, Torino.
- Weiss M. (2016), *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, n. 3, 651 ss.

ABSTRACT

Il saggio è dedicato all'analisi del lavoro on demand a partire dall'inedita prospettiva del work-life blending. Dopo avere messo in luce le diverse sfumature in cui si sostanzia il work-life blending, l'Autrice indaga il modo in cui esso possa rappresentare, da una parte, una modalità di svolgimento della prestazione di lavoro e, dall'altra, un indice di soggezione del lavoro on demand, oltre che un'utile chiave di lettura di quest'ultimo. Il tutto senza perdere di vista la tesi di fondo per la quale il work-life blending rappresenta una modalità di conciliazione cui guardare con molta attenzione per evitare che, presentata come una risorsa, si trasformi in una trappola.

WORK-LIFE BLENDING IN THE ERA OF THE ON DEMAND ECONOMY

The paper is dedicated to the analysis of on demand work starting from the work-life blending point of view. After highlighting different forms of manifestation of work-life blending, the Author investigates the way work-life blending can represent, from one side, a way of work performance and, from the other, both an index of subordination of on demand work and a helpful tool of interpretation of the latter. The analysis is grounded on the overall thesis according to which work-life blending is a dangerous way of balancing life and work that, introduced like a resource, can become a trap.

Enrico Raimondi (*)

POTERE DI CONTROLLO, TUTELA DELLA RISERVATEZZA E «LAVORO AGILE»

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il potere di controllo a distanza del datore di lavoro dopo il *Jobs Act*. — 3. I controlli difensivi e quelli sottratti dall'ambito di applicazione dell'art. 4. — 4. L'interazione della disciplina statutaria con i principi in materia di *privacy*. — 5. Gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa e i sistemi di rilevazione degli accessi e delle presenze. — 6. La compatibilità della normativa italiana con le fonti sovranazionali e i principi costituzionali. — 7. L'informativa adeguata e il consenso del lavoratore. — 8. Potere di controllo e lavoro agile.

1. — *Premessa* — «Non siamo in carcere!» Questa è stata la reazione dei dipendenti di Amazon quando, nei primi giorni di febbraio 2018, gli organi di stampa hanno riportato la notizia del brevetto di un braccialetto che consentirà alla nota azienda di segnalare ai propri dipendenti se commetteranno errori nel selezionare l'articolo da imballare (1). La notizia ha destato molto clamore, sebbene, in verità, siano molto diffusi, in tutti i settori produttivi, dispositivi che consentono di misurare la produttività dei dipendenti e, quindi, di controllare la loro attività lavorativa. L'annuncio di Amazon, tuttavia, ha paventato il rischio concreto che, oggi, possa ritenersi lecito dotare i dipendenti di dispositivi che consentono di controllare la loro attività e, addirittura, di conformare la stessa prestazione lavorativa (2).

Le preoccupazioni si fondano sull'attuale formulazione dell'art. 4 dello Statuto. Questa disposizione, a differenza che nel passato, riconosce, sebbene a determinate condizioni, la legittimità di controlli a distanza effet-

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio».

(1) *Corriere della sera*, 6 febbraio 2018. Si veda anche il caso degli operatori ecologici del Comune di Livorno, a cui è stato assegnato un braccialetto che segnala lo svoltamento del cestino (*la Repubblica*, 14 aprile 2018).

(2) Tanto è vero che, in occasione dell'intervista al Garante realizzata il 2 febbraio 2018, l'avv. Soro, oltre che ritenere la possibile scelta di Amazon in contrasto con l'ordinamento in materia di protezione dei dati personali e in violazione della dignità umana, ha parlato di una tendenza alla robotizzazione dell'uomo.

tuati dagli imprenditori. Non vi è dubbio, in proposito, che il legislatore abbia introdotto forti elementi di discontinuità rispetto, che devono essere necessariamente tenuti presenti nell'interpretazione del nuovo quadro regolativo. Ecco perché non possono essere completamente condivise alcune letture riduttive che tentano di ricondurre l'attuale disciplina a una sorta di interpretazione autentica della vecchia (3) ovvero che considerano la riforma «una semplice manutenzione della precedente disciplina» (4). Di certo, il primo elemento di novità è la mancata riproposizione del divieto generale di installazione di «impianti audiovisivi e altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori», che, come è noto, caratterizzava la disciplina previgente. La mancata riproposizione del divieto non è priva di conseguenze (5), dal momento che, in coerenza con il terzo comma della nuova formulazione dell'art. 4 dello Statuto, si pone quale premessa normativa del riconoscimento del potere del datore di lavoro di utilizzare, mediante il ricorso a impianti audiovisivi ovvero ad altre apparecchiature di controllo a distanza, informazioni sull'attività svolta dai lavoratori. Questo potere, tuttavia, non è incondizionato. Il potere di controllo tecnologico, infatti, è riconosciuto a condizione che gli apparati installati siano finalizzati a soddisfare una delle ragioni obiettive previste espressamente dal primo comma della disposizione (organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale) e che il datore di lavoro concluda un accordo sindacale od ottenga una specifica autorizzazione amministrativa (6).

Ma ciò che preoccupa maggiormente è la seconda novità introdotta dalla riforma del 2015: l'esclusione degli strumenti di lavoro e dei sistemi di rilevazione degli accessi e delle presenze dalla necessità di essere oggetto di procedura codeterminativa sindacale o di autorizzazione amministrativa, anche se dal loro utilizzo è possibile controllare a distanza l'attività lavorativa. Si pone, quindi, il problema di comprendere se, ed eventualmente in che misura, il datore di lavoro può controllare l'attività lavorativa mediante la dotazione ai propri dipendenti di strumentazioni, che possono essere le più varie, che servono per lavorare: un *tablet*, uno *smartphone*, un pc, una casella di posta elettronica e, nel caso di Amazon, un bracciale elettronico.

(3) Cfr. la nota del ministero del Lavoro pubblicata il 18 luglio 2015, criticata subito da Bellavista (2016, 723-724). In dottrina, cfr. Salimbeni 2015.

(4) Pinto 2017, 143.

(5) Si condivide, in proposito, quanto affermato da Tullini (2017, 106 ss.).

(6) Sotto questo profilo, la disposizione non si discosta di molto dalla sua versione originaria.

co. Il nuovo articolo 4, infine, condiziona oggi espressamente l'utilizzabilità delle informazioni acquisite al rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali. Ed è proprio per tale motivo che, come si vedrà, si conviene con chi ha affermato che non è stata ancora realizzata una «liberalizzazione della sorveglianza» (7).

Le ragioni della scelta del legislatore sono molteplici. Esse risiedono sia in precise ragioni di politica del diritto (8) sia nella necessità di adeguare la disposizione statutaria a modelli organizzativi in cui le tecnologie informatiche assumono un ruolo fondamentale (9) e che mettono in discussione, nei fatti, la stessa logica che aveva ispirato il legislatore statutario. Il modello delineato nel 1970, infatti, recepiva la tesi, del tutto condivisibile, secondo cui un controllo meccanico continuativo sulla prestazione lavorativa era da considerare lesivo della dignità umana e che, pertanto, un'attività di vigilanza sul corretto adempimento della prestazione lavorativa fosse possibile esclusivamente mediante personale, conosciuto dai lavoratori, a ciò addetto. Nell'attuale contesto produttivo, invece, il contemperamento tra il diritto alla riservatezza e le esigenze organizzative delle imprese non può che presupporre che determinati tipi di strumenti e di sistemi di organizzazione del lavoro consentono, inevitabilmente e a prescindere dalla volontà del datore di lavoro, di poter verificare, simultaneamente o a posteriori, la corretta esecuzione delle obbligazioni contrattuali da parte del datore di lavoro (10).

La revisione dei limiti al potere di controllo del datore di lavoro, del resto, è imposta dalla diffusione di un sistema di organizzazione del lavoro caratterizzato dall'interconnessione telematica delle prestazioni lavorative. Si parla, in proposito, di «quarta rivoluzione industriale», che dovrebbe essere sostenuta da progetti come Industria 4.0. La digitalizzazione delle modalità di lavoro, poi, aumenta le possibilità di *sharing economy*, che, tuttavia, sul versante delle relazioni individuali di lavoro, rischia di identificarsi nella sua variante *gig* (11) o, addirittura, in forme odiose di lavoro gratuito.

(7) Bellavista 2016, 718; Barraco 2016, 6; Barbieri 2017, 183 ss.

(8) Ricci (2016, 741), che ascrive l'intervento di modifica dell'art. 4 alle misure, contenute nel *Jobs Act*, finalizzate a garantire maggiore flessibilità nel rapporto di lavoro. Cfr. anche: Santoro Passarelli 2016; Speciale 2014; Troisi 2014.

(9) È proprio con riferimento alle tecnologie informatiche che la dottrina si è, a un certo punto, interrogata, anche per valutare l'opportunità di una revisione dell'art. 4. Il dibattito, che non può essere analizzato in questa sede, è richiamato da Tufo (2016, 404-406).

(10) In tal senso, cfr. Proia 2016, 549.

(11) Maggioni 2017. Sul tema, in generale, cfr. Salento 2017, 29 ss., e Birgillito 2016. Con riferimento ai riflessi sul rapporto individuale di lavoro, vd. Voza 2017, 71 ss.

Di fronte alla progressiva «integrazione dei processi che viene abilitata dalle nuove tecnologie» (12), in particolare, è estremamente difficoltoso separare la possibilità di controllo sulla prestazione dall'utilizzazione di dispositivi elettronici mediante i quali viene determinata l'organizzazione del lavoro. In tal modo, sono messe in discussione molte delle categorie tradizionali del diritto del lavoro (13) e, tra queste, il divieto di controllo a distanza a tutela della riservatezza dei dipendenti.

Il ricorso a tecnologie informatiche che consentono di realizzare l'integrazione delle attività lavorative in una determinata modalità organizzativa riduce, sino ad annullarla, la possibilità stessa, che rappresentava il presupposto su cui si fondava la norma statutaria, di tenere distinte le apparecchiature di controllo dalle tecnologie che consentono di svolgere le mansioni affidate dal datore di lavoro. Una delle espressioni di tale tendenza, del resto, è rappresentata dall'istituto del lavoro agile, introdotto con l'art. 18 della legge n. 81 del 22 maggio 2017, che rappresenta una «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» (14). È possibile sostenere, allora, che la nuova prospettiva della tutela della riservatezza è rappresentata, più che da un divieto immanente di controllo indiretto della prestazione lavorativa, dalle tecniche di tutela della *privacy* (15), previste dal Regolamento sulla protezione dei dati personali (16).

Come si vedrà, inoltre, la nuova formulazione dell'art. 4 St. lav. risolve molte delle questioni interpretative che hanno impegnato la dottrina e la giurisprudenza in passato (17), sebbene possano essere avanzati molti dubbi sulla capacità della nuova normativa di «ovviare all'obsolescenza

(12) Salento 2017.

(13) Come osservato da Perulli 2017. Tullini (2016, 7) sottolinea come «l'incalzante innovazione tecnologica favorisce un'ampia e rapida decostruzione del quadro giuridico relativo ai rapporti di produzione e, in generale, del contenuto sociale e identitario delle relazioni di lavoro». Sulle «conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro» cfr. Ichino 2017, 525 ss.

(14) Sottolineano, tra le altre cose, i rischi per la salute che possano derivare da tale modalità di esecuzione della prestazione Allamprese, Pascucci (2017, 307 ss.).

(15) Proia 2016, 552; Santoro Passarelli 2016, 26-27; Monterossi 2017, 199 ss. *Contra*, Nuzzo 2018.

(16) Regolamento Ue n. 2016/679 del 27 aprile 2016. Per i primi commenti sul contenuto del Regolamento, si rinvia a: Ogriseg 2016; Piraino 2017, 384 ss.

(17) Sia sufficiente rinviare a: Lambertucci 2015; Carinci 2016. Sulla necessità di una revisione della regolamentazione cfr. Zoli 2009.

tecnologica provocata dallo sviluppo tecnologico e dal fenomeno crescente della digitalizzazione» (18). In particolare, la normativa non sembra in grado di proteggere la personalità del lavoratore quando la sua prestazione viene svolta al di fuori dei locali aziendali, come può avvenire con lo *smart working*.

2. — *Il potere di controllo a distanza del datore di lavoro dopo il Jobs Act* — L'utilizzabilità delle informazioni acquisite dal datore di lavoro presuppone che sia venuto meno il divieto generale di controllo tecnologico a distanza. La dottrina, in via prevalente, ha tuttavia negato questo esito interpretativo, con una serie di argomenti (19), sia di carattere letterale sia di tipo sistematico (20). Il fatto che il legislatore abbia previsto che l'installazione di impianti da cui può derivare un controllo sull'attività lavorativa è consentita «esclusivamente» per soddisfare determinate esigenze, differenti dalla verifica dell'adempimento delle obbligazioni lavorative, dovrebbe indurre a ritenere che il divieto di controllo a distanza sia stato implicitamente riaffermato.

È, tuttavia, possibile una lettura diversa, coerente con la formulazione della disposizione e l'intenzione del legislatore. Il ricorso all'avverbio «esclusivamente» vuol dire che non è possibile installare apparecchiature di controllo in assenza delle causali oggettive previste dalla norma ovvero, per dirla altrimenti, per l'unica finalità di controllare le prestazioni lavorative. Ma ciò non vuol dire che il controllo della prestazione non è oggi consentito se esso è conseguenza di un'attività di videosorveglianza, o di altra natura, effettuata per soddisfare le ragioni oggettive che hanno autorizzato l'installazione di quegli strumenti dai quali possa derivare anche il controllo sull'attività lavorativa. In questo caso, l'eventuale acquisizione di dati sull'attività lavorativa non comporta, come in passato, la loro inutilizzabilità, se non nel caso in cui il loro trattamento avvenga in violazione delle norme in materia di protezione dei dati personali. Se così non fosse, non avrebbe alcun senso quanto previsto dal terzo comma, secondo cui «le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro». La riforma del 2015, quindi, incrina la logica statutaria, perché consente, per la prima volta, un controllo tecnologico sulla prestazione lavorativa, seppur soltanto eventuale e giustificato dalle ragioni oggettive previste dal primo comma.

(18) Tullini 2017, 97.

(19) Come sostenuto, invece, da Maresca 2016, 512 ss.

(20) Nuzzo 2018.

È certamente un approdo lontano dall'originario impianto legislativo, da cui era desumibile un generale divieto di controllo impersonale sulla prestazione che non ammetteva eccezioni (21). In effetti, l'art. 2 consente l'impiego di guardie giurate esclusivamente ai fini della tutela del patrimonio aziendale, ed esse «non possono contestare azioni o fatti diversi» da quelli che possano pregiudicare il patrimonio stesso. L'art. 3, inoltre, ammette espressamente la possibilità che il datore di lavoro controlli l'attività lavorativa mediante personale di vigilanza, a condizione che chi è adibito a svolgere tale funzione sia riconoscibile dai dipendenti. L'art. 8, poi, nel vietare espressamente al datore di lavoro di effettuare indagini «su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore», ritiene, quindi, legittime quelle che possano avere a oggetto la verifica del possesso, da parte del dipendente, di determinati requisiti professionali. Queste disposizioni, unitamente al divieto, ormai abrogato, contenuto nel primo comma dell'art. 4, erano espressione del principio dell'illiceità di un controllo tecnologico o impersonale della prestazione, che, tuttavia, oggi non può essere ragionevolmente sostenuto. La prescrizione che il controllo sia esercitato da personale a ciò adibito e conosciuto dai dipendenti, infatti, risponde alla finalità di disvelare le modalità di esercizio del potere per non renderle degradanti la persona del lavoratore. La finalità dello Stato, in sostanza, era quella di impedire la realizzazione del *Panopticon* di benthamiana memoria, rendendo verificabile il potere di controllo del datore di lavoro, e vietare sistemi di videosorveglianza che rendessero al lavoratore impossibile sapere quando venisse controllato, eliminando qualsiasi spazio di resistenza al potere datoriale (22). Questo obiettivo, invero, è oggi perseguito con tecniche differenti e, in particolare, dall'informativa che il datore di lavoro deve fornire ai propri dipendenti circa le modalità di effettuazione degli eventuali controlli indiretti resi necessari dalla sussistenza delle causali previste dal primo comma (23).

(21) *Ivi.*

(22) Ricorda Foucault (1973, 219-220) che l'effetto principale del *Panopticon* è quello di «indurre nel detenuto uno stato cosciente di visibilità che assicura il funzionamento automatico del potere. Far sì che la sorveglianza sia permanente nei suoi effetti, anche se è discontinua nella sua azione; che la perfezione del potere tenda a rendere inutile la continuità del suo esercizio»; in sostanza: determinare «un assoggettamento reale» che deriva dal fatto che «colui che è sottoposto a un campo di visibilità, e che lo sa, prende in proprio le costrizioni del potere».

(23) Tale conclusione, peraltro, sembra essere condivisa dall'Autorità garante, come si vedrà *infra*. Anche la giurisprudenza di merito che si è formata dopo la riforma ammette la possibilità di controllo indiretto della prestazione, nei limiti delle causali

La riforma del 2015, di conseguenza, è destinata a incidere sull'orientamento che dovrà assumere la giurisprudenza in caso di contestazione, da parte del lavoratore, di una eventuale sanzione irrogata nei suoi confronti sulla base di informazioni acquisite a seguito di un controllo indiretto. La prima verifica da compiere, infatti, è se il controllo della prestazione è stato esercitato in presenza delle ragioni oggettive richieste dal primo comma dell'art. 4. In caso contrario, esattamente come accadeva nel passato, il problema della liceità del trattamento non si pone, perché i dati sono comunque acquisiti in violazione di legge. La seconda valutazione riguarda le modalità del controllo, che, in base ai principi in materia di protezione dei dati personali, devono essere proporzionali, non eccedenti lo scopo, pertinenti e necessarie a soddisfare l'esigenza che ha consentito l'installazione. Ad esempio, oggi non è più dubitabile che il datore di lavoro possa, attraverso l'installazione di un *software* che consente di memorizzare il contenuto delle mail aziendali per rispondere a una esigenza di tutela del patrimonio aziendale, venire a conoscenza di fatti attinenti all'attività lavorativa, suscettibili di valutazione disciplinare. Tuttavia, una eventuale sanzione non potrà essere ritenuta legittima se il controllo della corrispondenza con strumenti lecitamente installati è stato continuo nel tempo ovvero se la registrazione delle conversazioni è stata realizzata per un tempo superiore a quello necessario alle verifiche da effettuare. Un trattamento di questo tipo si tramuterebbe in un controllo sulla prestazione lavorativa illecito non in ragione di un divieto implicito, ma perché eccedente e non pertinente allo scopo per cui l'imprenditore ha motivato la necessità di installazione dello strumento di controllo (24).

3. — *I controlli difensivi e quelli sottratti dall'ambito di applicazione dell'art. 4* — Tra le causali che consentono di installare apparecchiature dalle quali poter controllare anche l'attività lavorativa dei dipendenti è stata inserita l'esigenza di tutela del patrimonio aziendale. Come è noto, in passato, la giurisprudenza, sebbene con diverse oscillazioni, ha ritenuto che questo tipo di controllo, definito difensivo, fosse sottratto dall'ambito di applicazione della disposizione originaria. A seguito della riforma, l'orientamento è destinato a mutare. Questo tipo di controlli, infatti, è lecito esclusivamente in presenza di un accordo sindacale o di un'autorizzazione am-

previste dalla legge e nel rispetto della normativa in materia di *privacy*. Cfr., in particolare: T. Roma 24.3.2017; T. Roma 22.3.2018; T. Roma 13.6.2018, inedite a quanto consta.

(24) Sul tema si tornerà *infra*.

ministrativa che legittima il ricorso a dispositivi di controllo (25). Rimane da comprendere, tuttavia, quali possono essere valide esigenze di tutela. È evidente, infatti, che un'accezione eccessivamente dilatata di «patrimonio aziendale» legittimerebbe qualsiasi controllo anche sulla prestazione, dal momento che «anche il puntuale adempimento dell'obbligazione lavorativa concorre alla valorizzazione del patrimonio aziendale, se preso in considerazione dal punto di vista del diritto di credito dell'imprenditore a una prestazione di lavoro che ha, indubbiamente, un contenuto patrimoniale» (26). Non v'è dubbio che, così ragionando, il datore di lavoro potrebbe richiedere di essere autorizzato a installare apparecchiature esclusivamente per finalità di controllo sulla prestazione lavorativa, adducendo proprio esigenze di tutela del suo patrimonio. L'inadempimento contrattuale, infatti, incide sul patrimonio aziendale, perché potrebbe qualificarsi in una indebita percezione del salario da parte del lavoratore. La «tutela del patrimonio aziendale», tuttavia, non può riguardare l'intera sfera dell'interesse creditorio del datore di lavoro. Se così fosse, infatti, il datore di lavoro non incontrerebbe alcun limite causale all'effettuazione dei controlli, con il conseguente venir meno di ogni spazio di riservatezza dei dipendenti, in violazione del criterio direttivo della legge di delegazione. L'interesse tutelato, allora, deve essere identificato in quello alla integrità dei beni, materiali e immateriali, di cui l'imprenditore si avvale per l'esercizio della sua attività e che potrebbe essere pregiudicata da comportamenti di uno o di più dipendenti. Si pensi, ad esempio, a un'area aziendale in cui si trovano materiali infiammabili. In questo caso, il datore di lavoro ha interesse a controllare che in quell'area non sostino fumatori, perché, evidentemente, il bruciare della sigaretta potrebbe determinare un incendio o un'esplosione. Ma, ancora, si può pensare a un controllo effettuato sul sistema informatico aziendale per evitare il propagarsi di virus che possano manometterne il funzionamento o esporre il datore di lavoro a eventuali responsabilità nei confronti dei terzi.

Eventuali controlli finalizzati alla prevenzione dalla commissione di illeciti di rilevanza penale, o effettuati per accertare il fatto di reato, sono da ritenere esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 4. In proposito, è stato sostenuto che i cd. controlli difensivi dovrebbero essere circoscritti

(25) Di differente opinione sono Maresca (2016, 517) e Marazza (2016, 18).

(26) *Ivi*, 16. Maresca (2016, 517) ha affermato che «anche il nuovo art. 4 non si applica ai controlli difensivi – nel senso, torno a precisare, dei controlli aventi a oggetto condotte illecite – che, conseguentemente, potranno essere attivati anche senza accordo sindacale o autorizzazione amministrativa».

a quelli orientati «a scongiurare il rischio concreto di comportamenti del lavoratore di rilevanza penale posti in essere in occasione dello svolgimento della prestazione lavorativa» (27). Questa conclusione, tuttavia, va precisata. Il controllo finalizzato alla prevenzione di reati si traduce, inevitabilmente, in un controllo sulla prestazione e dovrebbe essere giustificato dalla necessità di tutela del patrimonio aziendale. Non è ravvisabile, infatti, alcun tipo di interesse datoriale a verificare la commissione di fatti di reato da parte dei propri dipendenti, se non quelli che possano arrecare pregiudizio all'azienda e alla sua immagine. Di conseguenza, il controllo deve essere previamente autorizzato da un accordo collettivo o da un'autorizzazione amministrativa e il lavoratore deve essere informato della modalità in cui esso viene realizzato. Diverso deve essere il ragionamento quando il datore di lavoro abbia il fondato sospetto che il lavoratore tenga un comportamento delittuoso durante l'orario di lavoro o nei periodi di sospensione del rapporto subordinati al ricorrere di determinate condizioni della cui effettiva sussistenza dubiti l'imprenditore (28). In questo caso, il controllo, per essere efficace, non può che essere occulto e finalizzato all'acquisizione di eventuali notizie di reato occasionate dal rapporto di lavoro (29). Tuttavia, questo tipo di controlli è da ritenere differente da quello tradizionalmente vietato dall'art. 4, anche a seguito della riforma del 2015.

4. — *L'interazione della disciplina statutaria con i principi in materia di privacy* — A ben vedere, la possibilità che il datore di lavoro entri in possesso di informazioni sull'attività lavorativa riduce gli spazi di riservatezza dei dipendenti. Ecco perché è possibile sostenere che il fulcro della tutela è oggi rappresentato dalla normativa in materia di protezione dei dati personali. Posta la liceità del controllo, nei limiti esaminati, il problema si sposta sulle modalità del trattamento delle informazioni acquisite e che devono essere conformi ai principi desumibili dalla normativa speciale. Non è certamente possibile, in questa sede, esaminare i molteplici aspetti problematici che la nuova regolamentazione europea pone agli interpreti, soprattutto per quanto riguarda i rapporti di lavoro (30). Non vi è dubbio, comunque, che dovranno essere tenuti in considerazione i principi che già, in più

(27) Marazza 2016, 18.

(28) Si pensi all'ipotesi in cui il datore di lavoro dubiti dell'effettivo stato di malattia del dipendente.

(29) Come osservato anche da Maio 2017, 68-69.

(30) È necessario, pertanto, rinviare, tra gli altri, a Buttarelli 2018.

di un'occasione, sono stati elaborati dal Garante della *privacy* (31). L'Autorità garante, come è noto, al fine di contemperare la possibilità di controllo informatico giustificato da esigenze organizzative e la tutela della riservatezza del lavoratore (32), ha dettato linee guida nell'utilizzazione della posta elettronica e di internet (33), dei sistemi di geolocalizzazione satellitare (34), e impartito prescrizioni specifiche in materia di videosorveglianza (35). In tal modo, si è assistito a una integrazione dei «presupposti di legittimità fissati dallo Statuto con i principi fondamentali in materia di dati personali» (36) e a un adattamento progressivo della disposizione statutaria alle nuove tecnologie informatiche.

Il Garante, coerentemente ai principi elaborati nel corso del tempo, nel primo provvedimento assunto dopo la riforma del 2015 ha valutato illecito il trattamento di dati personali dei dipendenti di un'Università effettuato tramite sistemi di controllo e tracciatura costanti dei collegamenti internet e dell'uso della posta elettronica, memorizzati per fini estranei alla necessità di verifica del corretto funzionamento delle reti o di esigenze investigative (37). In quest'occasione, il Garante ha affermato che il «trattamento è effettuato, attualmente, per il tramite di apparati (differenti dalle ordinarie postazioni di lavoro) e di sistemi *software* che consentono, con modalità non percepibili dall'utente (cd. in *background*) e in modo del tutto indipendente rispetto alla normale attività dell'utilizzatore (cioè senza alcun impatto o interferenza sul lavoro del dipendente), operazioni di "monitoraggio", "filtraggio", "controllo" e "tracciatura" costanti e indiscriminate degli accessi a Internet o al servizio di posta elettronica». Secondo il Garante, inoltre, «tali *software* non possono essere considerati "strumenti

(31) Sul tema si rinvia a: Proia 2016; Alvino 2016; Barbieri 2017; Pinto 2017.

(32) In tal senso, Levi 2013, 64-65.

(33) Deliberazione n. 13 del 1° marzo 2007, doc. web. n. 1387522.

(34) Deliberazione del 18 febbraio 2010, doc. web. n. 1703103.

(35) Provvedimento dell'8 aprile 2010, doc. web. n. 1712680.

(36) Califano 2017, 173.

(37) Provvedimento n. 303 del 13 luglio 2016, doc. web n. 5408460, commentato da Trojsi (2017, 317 ss.). Cfr. anche il provvedimento n. 345 del 4 giugno 2015 doc. web n. 4211000, con il quale il Garante ha affermato che «il contenuto di comunicazioni di tipo elettronico e/o telematico scambiate dal dipendente nell'ambito del rapporto di lavoro sono assistite da segretezza tutelate anche al livello costituzionale la cui *ratio* risiede nel proteggere il nucleo essenziale della dignità umana e il pieno sviluppo della personalità nelle formazioni sociali; ciò comporta che l'eventuale trattamento dei dati riferiti a comunicazione di posta elettronica o assimilabili, inviate e ricevute dal dipendente nello svolgimento dell'attività lavorativa, debba essere garantito da un elevato livello di tutela».

utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa” (ai sensi e per gli effetti dell’art. 4, comma 2, l. n. 300/1970, come modificato dall’art. 23 del d.lgs. n. 151/2015)» (38).

L’illiceità del controllo, quindi, non è stata desunta in ragione del presunto permanere del divieto di controllo a distanza, ma dalla finalità esclusiva dei sistemi informativi a soddisfare l’esigenza di sorveglianza dell’attività lavorativa e che, per i motivi già esaminati, non può essere ritenuta consentita neppure dopo la riforma. Il trattamento, inoltre, è stato ritenuto illecito anche in base alle norme desumibili dal Codice della *privacy*, perché giudicato eccessivamente invasivo proprio per le concrete modalità con cui il controllo è stato effettuato. La decisione, inoltre, è di estremo interesse anche perché prende posizione sul tema più dell’attuale disposizione, che riguarda gli strumenti di lavoro, da cui il datore di lavoro può acquisire informazioni sull’attività lavorativa.

5. — *Gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa e i sistemi di rilevazione degli accessi e delle presenze* — L’attuale formulazione dell’art. 4 dello Statuto, infatti, consente agli imprenditori di dotare i dipendenti di strumenti per rendere la prestazione lavorativa, e dai quali sia possibile controllare a distanza la loro attività, al di fuori delle causali oggettive, previste dal primo comma, e in assenza della procedura sindacale o amministrativa. Anche in questo caso, è evidente che il legislatore ha fatto riferimento a strumenti che, pur necessari al dipendente per svolgere la sua attività, consentono il controllo a distanza (39). Così come per i controlli indiretti previsti dal primo comma, il terzo comma dell’art. 4 prevede, infatti, che i dati e le informazioni acquisiti per il loro tramite possono essere utilizzati «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro», compreso quindi per l’esercizio del potere disciplinare. In questo caso, il rischio che il controllo sull’attività lavorativa sia lesivo della dignità e della riservatezza del dipendente è elevato. Non c’è dubbio, infatti, che grazie alle nuove tecnologie informatiche è possibile dotare gli strumenti di lavoro di dispositivi che consentono, in ogni momento, di monitorare l’attività lavorativa e di registrare i relativi dati. Diviene, quindi, di estrema importanza distinguere gli strumenti che si rendono necessari per svolgere la prestazione lavorativa da quegli altri

(38) Su cui vd. *infra*.

(39) Bellavista (2016, 719), in proposito, ha osservato che «in buona sostanza, a seguito della novella, nelle ipotesi di cui al comma 2, sono possibili controlli sul lavoratore prescindendo dallo svolgimento della procedura codeterminativa di cui al comma 1».

che, pur potendo essere assegnati al dipendente per svariate ragioni, anche organizzative, non sono funzionali al corretto adempimento della prestazione (40). In questo secondo caso, infatti, non troverebbe applicazione il secondo comma, ma, eventualmente, il primo, con la necessità per il datore di lavoro di motivare, in sede sindacale o amministrativa, quale esigenza organizzativa sia connessa all'assegnazione dell'apparecchiatura al dipendente ed essere, quindi, autorizzato al suo ricorso. Questa impostazione è stata condivisa dalla stessa Autorità garante. Nel provvedimento prima ricordato, infatti, si legge che, «con riferimento agli strumenti oggetto del presente provvedimento – vale a dire servizio di posta elettronica e navigazione web –, è da ritenere che possano ricomprendersi solo servizi, *software* o applicativi strettamente funzionali alla prestazione lavorativa, anche sotto il profilo della sicurezza». Più di recente, lo stesso Garante, nel valutare un sistema informatico adottato da un *call center*, ha distinto gli «strumenti organizzativi» da quelli «per rendere la prestazione lavorativa» (41). Con questa decisione, l'autorità ha chiarito che mediante i primi è possibile un controllo indiretto della prestazione lavorativa, a condizione che sia rispettato il primo comma dell'art. 4 (42); mentre, per quanto riguarda gli strumenti di lavoro, la condizione di liceità del trattamento è rinvenibile esclusivamente nella normativa in materia di protezione dei dati personali. In questo quadro può essere valutata l'iniziativa di Amazon di dotare i dipendenti di braccialetti che segnalino loro eventuali errori nel prelevamento della merce da destinare alla vendita. È evidente che questo strumento, di fatto, non serve a rendere la prestazione lavorativa, ma corrisponde all'interesse organizzativo del datore di lavoro di ridurre il margine di errore da parte dei dipendenti e, quindi, di aumentarne la produttività. Esso, quindi, non potrebbe essere consegnato neppure ai sensi del primo comma, a meno che non si voglia ritenere che le esigenze organizzative lì richieste possano ricomprendere anche quelle connesse alla misurazione della produttività individuale. Ma, in questo caso, la preclusione all'uso di tali strumenti deriva, prima che dall'art. 4, da una valutazione, da effettuare necessariamente in concreto, circa la meritevolezza dell'interesse datoriale sotteso e se esso possa essere ritenuto tale da consentire una compressione della riservatezza del lavoratore e della sua stessa dignità. Una scelta come quella annunciata

(40) Salimbeni 2015, 609. In senso contrario, T. Pescara 25.10.2017, in *RIDL*, 2018, n. 2, II, con nota di Nuzzo.

(41) Provvedimento n. 139 dell'8 marzo 2018.

(42) L'Autorità garante, quindi, ritiene che non vi sia più un generale divieto di controllo della prestazione.

da Amazon, in verità, sarebbe preclusa perché in violazione della personalità stessa del lavoratore, che va tutelata ai sensi dell'art. 2 Cost.

La legge esclude la necessità dell'autorizzazione sindacale o amministrativa anche nel caso di utilizzazione di strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze, che, per parte della giurisprudenza, sarebbero dovuti in passato essere oggetto di accordo sindacale o di autorizzazione (43). La formulazione della disposizione, tuttavia, pone l'interrogativo se il legislatore abbia fatto riferimento a strumenti che consentono di rilevare la presenza anche all'interno dei luoghi di lavoro e, in particolare, di tracciare il percorso che il dipendente compie durante l'orario. In merito, sono state date risposte differenti. V'è chi, infatti, ha affermato che l'assenza di autorizzazione si riferisce esclusivamente ai sistemi di rilevazione degli ingressi e delle uscite per registrare l'orario di lavoro osservato (44). Altri, invece, hanno ritenuto che la disposizione fa riferimento anche a strumenti che consentono di tracciare ogni accesso del lavoratore all'interno di specifici locali dell'azienda o allo stesso sistema informatico, con esclusione di quelli che, invece, permettono di tracciare ogni spostamento fisico del lavoratore nelle aree di pertinenza dell'imprenditore (45). La prima delle due opinioni sembra essere quella più coerente dal punto di vista sistematico. Il legislatore, nel richiamare gli strumenti di rilevazione degli accessi e delle presenze, ha voluto fare riferimento a modalità che consentono, ai fini dell'amministrazione del rapporto di lavoro, di verificare il rispetto dell'orario di lavoro. Non si è mai dubitato, inoltre, che l'eventuale registrazione di ritardi potesse legittimare l'avvio di un procedimento disciplinare. Questi sistemi, peraltro, realizzano un controllo istantaneo, che già prima della riforma non era incompatibile con il divieto di controllo a distanza continuativo nel tempo. In sostanza, nel caso della rilevazione degli accessi e, quindi, della presenza, l'interesse del datore di lavoro è chiaro e perfettamente legittimo, e le modalità di controllo non sono tali da poter pregiudicare il diritto alla riservatezza del dipendente, dal momento che le verifiche così effettuate non hanno nulla a che vedere con quelle impersonali sull'esecuzione della prestazione lavorativa. Diversamente, la rilevazione degli spostamenti negli spazi fisici o digitali durante l'orario di lavoro ri-

(43) Anche se, di recente, di opinione contraria è Cass. 14.7.2017, n. 17531, in *Pluris*, che ha affermato che i sistemi di rilevazione delle presenze rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 4 St. lav. Marazza (2016, 23) ricorda, tuttavia, ulteriori decisioni di senso analogo.

(44) Salimbeni 2015, 609-610.

(45) Marazza 2016, 24.

sponde, necessariamente, a ragioni differenti da quelle della verifica del rispetto dell'orario e, quindi, della determinazione della retribuzione dovuta. Ma, soprattutto, essa determina un controllo costante del comportamento del lavoratore che non sembra giustificabile, se non in presenza di specifiche ragioni oggettive e da valutare in base al tipo di attività da svolgere. In sostanza, tali strumenti si tramuterebbero non già in sistemi di verifica dell'accesso e della presenza in servizio, ma in modalità di controllo sull'attività lavorativa, con la necessità di verificare la possibilità della loro installazione nel rispetto del primo comma.

6. — *La compatibilità della normativa italiana con le fonti sovranazionali e i principi costituzionali* — Il contemperamento tra interessi organizzativi e tutela della riservatezza è stato realizzato dal legislatore nazionale mediante il rinvio espresso alla normativa in materia di protezione dei dati personali. L'attuale formulazione dell'art. 4, intanto, non pare incompatibile con il Regolamento europeo. La nuova normativa europea, infatti, è ispirata dalla ricerca di un equo contemperamento tra gli interessi organizzativi dell'imprenditore e la riservatezza, così come si desume dall'art. 6, par. 1, lett. f, da leggere insieme ai Considerando. Dalla fonte europea, quindi, non è desumibile alcun divieto di trattare dati personali per fini connessi al rapporto di lavoro. Ciò non si pone in contrasto con i principi desumibili dalla Cedu, così come interpretati dalla Corte europea (46). La Grande Camera della Corte europea, infatti, ha ritenuto che viola l'art. 8 Cedu una disciplina nazionale che non prescriva, al fine di realizzare un «*fair balance*» tra il diritto del lavoratore a essere tutelato nella sua riservatezza e gli interessi del datore di lavoro, misure protettive specifiche contro eventuali abusi da parte del datore di lavoro. In particolare, la protezione della *privacy* può essere assicurata da vari fattori, tra i quali, in particolare, assume rilievo fondamentale l'informativa circa la facoltà di monitoraggio delle e-mail, la portata ed estensione del controllo, la giustificazione dello stesso, la configurabilità di misure alternative meno invasive, la gravità delle conseguenze del controllo, la previsione di garanzie in favore del dipendente. Dal punto di vista delle fonti sovranazionali, pertanto, è possibile trarre alcune con-

(46) Ha fatto discutere il caso *Barbulescu*, che è stato oggetto della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo 12.1.2016, ricorso n. 61496/08, su cui mi sia consentito il rinvio a Raimondi (2016, 148 ss.), e parzialmente smentita dalla successiva sentenza della Grande Camera 5.9.2017, ricorso n. 61496/08. Cfr. anche Sitzia 2017, 808-813. Le medesime conclusioni sono state rassegnate, più di recente, dalla Corte europea con la decisione del 9.1.2018, n. 1874, in *ADL*, 2012, n. 2, 499 ss., con nota di Sitzia. Cfr. anche Zanetto 2016, 757 ss.

clusioni (47). La legislazione di uno Stato deve essere in grado di garantire la riservatezza dei lavoratori e di impedire, quindi, che il datore di lavoro possa, in ogni momento e senza alcuna ragione, intromettersi nella vita privata dei propri dipendenti. Tuttavia, la legge nazionale può introdurre delle disposizioni che garantiscano un bilanciamento tra il diritto del lavoratore alla propria *privacy* e il diritto del datore di lavoro di tutelare i propri interessi organizzativi. Di conseguenza, non può essere ritenuta in contrasto con i principi fondamentali dell'Unione una legislazione che consenta al datore di lavoro di controllare l'attività lavorativa del dipendente, anche ai fini disciplinari. Tuttavia, il controllo deve essere giustificato da un principio di necessità, al fine di soddisfare un interesse datoriale meritevole di giustificare una compressione della sfera di riservatezza. Di conseguenza, deve sussistere una ragione obiettiva, differente da quella del mero controllo tecnologico sulla prestazione lavorativa e, ai fini della sua legittimità, il lavoratore deve essere preventivamente informato circa le modalità del controllo medesimo, anche al fine di tutelare, eventualmente, i propri diritti in caso di violazione delle misure di protezione imposte dalla normativa sulla *privacy*.

La possibilità di controllare a distanza i lavoratori, nei limiti sopra esaminati, non può essere ritenuta incompatibile, infine, con i principi costituzionali. La Corte costituzionale, infatti, ritiene che la riservatezza rappresenta un mezzo di salvaguardia della dignità umana e non attribuisce alla riservatezza un valore assoluto (48). Questo diritto deve essere temperato con altri diritti di rilevanza costituzionale, come quello di libertà di organizzazione imprenditoriale. Il bilanciamento, tuttavia, deve essere tale da impedire che la compressione degli spazi di riservatezza si traduca in una lesione della dignità della persona e, in definitiva, in un'attività di controllo che, da un lato, non trova la sua giustificazione nelle ragioni per le quali il controllo è stato effettuato e, dall'altro, si rilevi eccessiva rispetto allo scopo. In un'occasione, seppur risalente nel tempo, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su una questione di legittimità sollevata con riferimento all'art. 6 dello Statuto, ha affermato il principio, applicabile in via generale, secondo cui le modalità del controllo devono essere tali da salvaguardare «la tranquillità e la serenità dell'ambiente lavorativo» e proteggere «sia i beni del patrimonio aziendale sia, nei luoghi di lavoro, quelli personali dei singoli lavoratori» (49). In definitiva, sebbene

(47) Si rinvia, comunque, a Tullini 2009, 335-336.

(48) Cfr. Bellocci *et al.* 2006.

(49) C. cost. 25.6.1980, n. 99.

la riforma del 2015 ha legittimato forme di controllo tecnologico sulla prestazione lavorativa, i principi appena esaminati impongono di ritenere che esse non possono essere realizzate con modalità tali da ledere la dignità della persona che lavora, che non può essere sottoposta, neppure con il suo consenso, a una sorveglianza impersonale continuativa nel tempo, che abbia la esclusiva finalità di consentire la verifica sull'esatto adempimento della prestazione lavorativa (50).

7. — *L'informativa adeguata e il consenso del lavoratore* — Le considerazioni svolte consentono di delineare le caratteristiche che deve assumere l'«adeguata informativa» da rendere al lavoratore sulle modalità di controllo che deriva dall'uso di tali strumenti (51). Essa, intanto, dovrà avere a oggetto sia le apparecchiature e gli strumenti da cui possa derivare la possibilità di controllo e che siano stati autorizzati in sede sindacale o amministrativa, sia gli strumenti per l'esecuzione della prestazione lavorativa e quelli per la registrazione degli accessi e delle presenze nei luoghi di lavoro in dotazione dei dipendenti. Non è sufficiente, in proposito, una informativa generalizzata, contenuta in un eventuale regolamento aziendale portato alla conoscenza di tutti i dipendenti (52). Il rinvio alla disciplina contenuta nel codice, infatti, impone di adottare una informativa quantomeno conforme alle prescrizioni di cui all'art. 13, d.lgs. n. 196/2003, funzionali a garantire il principio, contenuto nell'art. 23, c. 3, secondo cui il consenso al trattamento deve essere liberamente prestato. L'informativa, quindi, dovrebbe essere individualizzata, al fine di consentire a ciascun dipendente, in ragione della posizione professionale ricoperta e degli strumenti messi a sua disposizione per svolgere le mansioni assegnate, di sapere in anticipo le modalità con cui il datore di lavoro può entrare in possesso di informazioni in grado di consentirgli la valutazione dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali. Questa interpretazione sembra più coerente sia con il tenore letterale della disposizione sia con la finalità della normativa, destinata a interagire con le prescrizioni in materia di protezione dei dati personali, per effetto del rinvio, oggi esplicito, alle disposizioni contenute alla relativa regolamentazione. Peraltro, la preventiva informazione, oltre che per iscritto, può essere data oralmente. Tuttavia,

(50) Nuzzo 2018, 64-65, che cita Smuraglia 1960. A questa conclusione è pervenuta, di recente, la Corte di Cassazione (Cass. 28.5.2018, n. 13266, in *Pluris*).

(51) In proposito, la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo può fornire utili indicazioni.

(52) Di questa opinione è, invece, Maresca 2016, 528.

dal momento che il rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali diviene centrale per la valutazione della liceità dell'utilizzazione delle informazioni acquisite tramite il controllo, la forma scritta dell'informativa è preferibile, perché consente di fornire la prova del rispetto dell'obbligo di informativa. Essa, inoltre, deve essere dettagliata e fornire ai lavoratori tutte le informazioni circa le modalità del trattamento delle informazioni acquisite mediante i controlli ovvero attraverso l'uso degli strumenti di lavoro. Del resto, l'informativa è strumentale alla garanzia del principio della libertà del consenso richiesto dall'art. 23 del codice. La legge, in proposito, afferma esclusivamente che «il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato» (art. 23, c. 1) e che esso «può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso» (art. 23, c. 2). Infine, la legge prescrive che «il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato» (art. 23, c. 3). Non vi è, quindi, un obbligo di fornire il consenso per iscritto. Del resto, ciò non è richiesto, per quanto attiene ai rapporti di lavoro, neppure per il trattamento di dati sensibili in presenza di un'autorizzazione generale dell'Autorità garante (53). In alternativa, in conformità alla regolamentazione europea, il legislatore italiano o la contrattazione collettiva potrebbero introdurre una deroga espressa al principio della necessità del consenso, non ricavabile in via interpretativa in ragione di una sostenuta specialità dell'art. 4 rispetto alla normativa in materia di *privacy* (54). In sostanza, il datore di lavoro è tenuto a informare i propri dipendenti su quali sono le modalità di trattamento delle informazioni acquisite – o mediante i controlli indiretti o mediante gli strumenti di lavoro e i sistemi di rilevazione delle presenze – e che i dati raccolti potranno essere oggetto di procedimento disciplinare. Una volta reso edotto, il lavoratore potrà negare il proprio consenso e impedire, in tal modo, che le informazioni sull'attività lavorativa possano essere oggetto di contestazione. Sebbene il rifiuto di prestare il proprio consenso non potrebbe mai condurre al licenziamento del dipendente rittoso (55), è altamente improbabile che il lavoratore non autorizzi il tratta-

(53) Cfr., in ultimo, l'autorizzazione n. 1/2014, in *Gazz. Uff.*, n. 301, del 30 dicembre 2014.

(54) Sul punto cfr. Sitzia 2016, 97.

(55) Lambertucci (2017, 912) sottolinea che «il mancato consenso del lavoratore, in quanto strumento atto ad assicurare all'individuo l'effettivo godimento del diritto all'autodeterminazione informativa, sul piano generale non può integrare alcuna responsabilità disciplinare o contrattuale».

mento al momento della sua assunzione o nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro; e ciò per ovvie ragioni. Sarebbe stato opportuno, allora, introdurre una norma specifica che imponesse l'acquisizione del consenso del lavoratore alle modalità di trattamento dei dati nelle note procedure di assistenza alla formazione della volontà del lavoratore.

8. — *Potere di controllo e lavoro agile* — Molti dubbi, infine, possono essere avanzati sull'adeguatezza dell'art. 4 e, in generale, della stessa normativa in materia di protezione dei dati personali per tutelare i cd. lavoratori digitali. In questo scenario, è di fatto impossibile distinguere le apparecchiature e gli strumenti che consentono il controllo della prestazione da quelli che sono necessari per svolgere l'attività lavorativa. In questo contesto, gli strumenti utilizzati assolvono, sempre e contemporaneamente, sia alla funzione di consentire al lavoratore di svolgere la prestazione sia a quella di realizzare la stessa organizzazione imprenditoriale entro cui quella prestazione deve essere eseguita. In sostanza, la strumentazione utilizzata realizza essa stessa l'organizzazione di impresa (56). La tematica, di estrema complessità, dovrebbe essere maggiormente approfondita in altra sede, probabilmente in una prospettiva *de iure condendo* (57). Allo stato, la necessità di individuare un bilanciamento del potere di controllo con la tutela della riservatezza si pone con riferimento a modalità di esecuzione della prestazione lavorativa attualmente previste da specifiche norme di legge caratterizzate dalla possibilità che il dipendente esegua la sua attività lavorativa in luoghi diversi da quelli aziendali. Il riferimento è al telelavoro e al lavoro agile (58), che pongono delicati problemi anche di tutela della riservatezza del lavoratore a distanza. La strumentazione messa a disposizione dal datore di lavoro, in questi casi, è finalizzata a consentire l'integrazione tra le attività rese fuori dai locali aziendali, e ciò, di fatto, permette di monitorare a distanza l'attività nel corso della sua esecuzione. In verità, nell'ambito di queste modalità organizzative, è stato rilevato come «proprio lo

(56) Voza (2017, 73), in proposito, ricorda come «nello *Ubergate* [...] è emerso che la piattaforma determina e impone le tariffe, monitora lo svolgimento delle prestazioni, esercitando un potere di comando attraverso la dettagliata indicazione del percorso da seguire e altre caratteristiche del servizio [...] ed esercita pure un potere di controllo che si affida a terzi, ossia alle recensioni degli utenti, che possono giustificare l'interruzione del rapporto, sotto forma di disconnessione dell'*account* intestato all'autista».

(57) In proposito, cfr. Tullini 2017, 119 ss.

(58) Su cui cfr.: Santoro Passarelli 2017, 369 ss.; Tiraboschi 2017; Monterossi 2017, 199 ss.

strumento elettronico, tecnologico o informatico di cui il lavoratore si avvale nella sua attività può diventare il (solo) mezzo per la soddisfazione dell'interesse creditorio all'accertamento della corretta esecuzione del contratto» (59). Le attuali disposizioni di legge e di contrattazione collettiva non considerano adeguatamente il problema di come tutelare la riservatezza dei lavoratori a distanza. Con riferimento al telelavoro, l'art. 115, d.lgs. n. 196 del 2003, impone al datore di lavoro di garantire al dipendente il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale nell'ambito del lavoro domestico e del telelavoro. Inoltre, l'Accordo interconfederale del 2004 ha stabilito che il datore di lavoro deve adottare misure appropriate per la protezione dei dati elaborati e utilizzati dal lavoratore nell'esecuzione dell'attività lavorativa. Inoltre, dopo aver ricordato che il datore di lavoro deve rispettare la riservatezza del lavoratore, impone che «l'eventuale installazione di qualsiasi strumento di controllo deve risultare proporzionata all'obiettivo perseguito e deve essere effettuata nel rispetto del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, di recepimento della Direttiva n. 90/270/Cee relativa ai videoterminali» (60). Tuttavia, la prescrizione attiene a un altro rilevante problema, che è quello della sicurezza e della salute del telelavoro, ma non dice nulla circa la protezione della riservatezza del lavoratore. Soltanto di recente, il ministero dello Sviluppo Economico, nell'approvare la nuova disciplina sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni in vigore dal 2014, ha previsto il rispetto degli obblighi di protezione dei dati personali e della *privacy* del dipendente (61).

In materia, invece, di «lavoro agile», l'art. 21 della legge n. 81 del 2017 prevede espressamente che «l'accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni» (62). Il rinvio espresso all'art. 4 è certamente superfluo, dal momento che anche in sua assenza sarebbe stato comunque applicabile. La normativa in materia di lavoro agile, quindi, ripropone tutti gli interrogativi sopra esaminati e, in particolare, se la strumentazione assegna-

(59) Nuzzo 2018, 71.

(60) Cfr. d.m. 2 ottobre 2000, contenente le Linee guida sull'uso dei videoterminali, adottate in base alla previsione contenuta nell'art. 56, d.lgs. n. 626/1994, successivamente abrogato dal d.lgs. n. 81/2008.

(61) D.m. 29 novembre 2013.

(62) È il caso di sottolineare che, dal punto di vista sistematico, questa disposizione dimostra che il legislatore ha effettivamente voluto attribuire al datore di lavoro il potere di controllare a distanza l'attività lavorativa.

ta al dipendente, di proprietà dell'imprenditore, sia riconducibile al primo o al secondo comma della disposizione statutaria. La risposta non potrà che derivare, allora, dal tipo di attività affidata allo *smart worker* e non potrà prescindere dalle prescrizioni del Garante sopra ricordate. Non vi è dubbio, infatti, che la distinzione tra strumento per rendere la prestazione lavorativa e dispositivo che consente il controllo è riproponibile anche nel caso del lavoratore agile. Si pensi, ad esempio, all'attività che consiste nell'inserimento di dati contabili. Questo tipo di attività non richiede un costante collegamento in remoto con la rete aziendale, con la conseguenza che eventuali *software* installati sul pc dato in dotazione al dipendente, dai quali poter controllare, soltanto in via eventuale, l'attività lavorativa, potranno essere installati soltanto nel rispetto del primo comma dell'art. 4 e, quindi, in presenza di un accordo sindacale o di un'autorizzazione amministrativa. Non sembra, in proposito, che lo svolgimento dell'attività in luogo diverso da quello aziendale possa giustificare un esito interpretativo differente (63). Sotto questo profilo, anche in questo caso sia l'accordo sindacale sia l'autorizzazione amministrativa potranno determinare le modalità dell'acquisizione dei dati, che dovrà essere rispettosa dei principi, sopra visti, in materia di *privacy* e di quelli costituzionali. Sotto questo profilo, si potrebbe desumere l'esistenza di un vero e proprio diritto al distacco del lavoratore agile, che deve essere messo nelle condizioni di poter decidere quando collegarsi telematicamente con l'azienda ed essere in tal modo sottoposto a un controllo sull'attività, quando esso sia una inevitabile conseguenza di valide ragioni organizzative. La tutela della riservatezza del lavoratore agile è, tuttavia, maggiormente messa a rischio nel caso in cui il datore di lavoro affidi al dipendente strumenti per l'esecuzione della prestazione lavorativa che rispondono alla funzione di integrare la prestazione con l'organizzazione imprenditoriale complessiva. In tal modo, l'imprenditore ha la possibilità di acquisire informazioni circa le modalità di svolgimento delle mansioni. In questo caso, allora, con il patto di cui all'art. 21 della legge n. 81 del 2017, le parti dovranno prevedere quali saranno le modalità di trattamento dei dati, individuando quelle che comprimano in misura minore possibile la riservatezza del dipendente e che, quindi, siano tali da rispettare le disposizioni e i principi in materia di *privacy*.

In questo ambito, si può cogliere un elemento di differenza rispetto alla disciplina generale prevista dall'art. 4, che non prevede alcun accordo in-

(63) Per tale motivo non può ritenersi consentita l'installazione di *software* che consentano di osservare il corretto adempimento della prestazione lavorativa. Sul punto, cfr. Nuzzo 2018, 95.

dividuale per determinare le modalità di utilizzo di questi strumenti, ma esclusivamente un'adeguata informativa sulla possibilità del datore di trattare le informazioni raccolte, su cui il lavoratore, come visto, dovrà esprimere il proprio consenso. Nel caso del lavoro agile, invece, anche le modalità di trattamento dei dati dovranno essere contrattate, seppure a livello individuale, e le relative pattuizioni potranno essere sempre oggetto di sindacato giudiziario se dovessero determinare l'effetto di consentire al datore di lavoro un controllo continuativo sulla prestazione lavorativa tale da pregiudicare la dignità del lavoratore. Allo stesso modo, l'accordo individuale dovrà disciplinare anche le modalità di rilevazione delle presenze mediante l'uso di apparati tecnologici da parte del lavoratore agile. In questo caso, infatti, il collegamento in remoto potrebbe assolvere anche alla funzione di individuare il momento di inizio e di fine della prestazione lavorativa, al fine della determinazione del trattamento retributivo (64). Vero è che il legislatore ha perduto un'occasione di introdurre una normativa in materia di riservatezza maggiormente adeguata a modalità di esecuzione del lavoro, che, proprio perché rese necessariamente con apparati tecnologici, sono inevitabilmente soggette a controlli più intensi e meno controllabili di quelli tradizionali.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A., Pascucci (2017), *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *RGL*, I, 307 ss.
- Alvino I. (2016), *I nuovi limiti al potere di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, 2, 1, 3 ss.
- Barbieri M. (2017), *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 183 ss.
- Barraco E. (2016), *Controlli tecnologici*, in Barraco E., Sitzia A. (a cura di), *Potere di controllo e privacy. Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, Wolters Kluwer, Padova.
- Bellavista A. (2010), *Dignità e riservatezza del lavoratore*, in Lambertucci P. (a cura di), *Diritto del lavoro, Dizionari del diritto privato promossi da Natalino Irti*, Giuffrè, Milano, 147 ss.
- Bellavista A. (2016), *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 717 ss.

(64) Si pensi, in proposito, ai sistemi adottati a seguito degli accordi sindacali citati da Nuzzo (2018, 96-97).

- Bellocci M. et al. (2006), *Tutela della vita privata: realtà e prospettive costituzionali*, in www.cortecostituzionale.it.
- Birgillito M. (2016), *Lavoro e nuova economia: un approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, in *LLI*, 2, 2, 59 ss.
- Buttarelli G. (2018), *La rivoluzione copernicana del 25 maggio 2018 in materia di privacy*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1, 1 ss.
- Califano L. (2017), *Tecnologie di controllo del lavoro, diritto alla riservatezza o orientamenti del Garante per la protezione dei dati personali*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 165 ss.
- Carinci M.T. (2016), *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il «Jobs Act» (art. 23, d.lgs. 151/2015)*, in *LLI*, 2, 1, III ss.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, I, 77 ss.
- Foucault M. (1973), *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino.
- Gragnoletti E. (2007), *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, in *ADL*, I, 1211 ss.
- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (2017), *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, n. 4, I, 525 ss.
- Lambertucci P. (2015), *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 W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 255.
- Lambertucci P. (2017), *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Padova, 873 ss.
- Levi A. (2013), *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, Torino.
- Maggioni Mario A. (2017), *La sharing economy. Chi guadagna e chi perde*, il Mulino, Bologna.
- Maio V. (2015), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, n. 6, I, 1186 ss.
- Maio V. (2017), *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore di lavoro ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 61 ss.
- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro) dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 300.
- Maresca A. (2016), *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, n. 4, 512 ss.
- Monterossi L. (2017), *Il lavoro agile nell'Accordo Enel 4 aprile 2017, anche alla luce della sopravvenuta l. n. 81/2017*, in *RIDL*, n. 4, I, 199 ss.
- Nuzzo V. (2018), *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Esi, Napoli.
- Ogriseg C. (2016), *Il Regolamento Ue n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, in *LLI*, n. 2, 29 ss.
- Perulli A. (2017), *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *RGL*, I, 195 ss.

- Pinto V. (2017), *I controlli «difensivi» del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 139 ss.
- Piraino F. (2017), *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in NLCC, 2, 384 ss.
- Proia G. (2016), *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli*, in RIDL, n. 4, I, 547 ss.
- Raimondi E. (2016), *La riservatezza del lavoratore tra innovazioni legislative e giurisprudenza nazionale ed europea*, in RGL, n. 2, II, 148 ss.
- Ricci M. (2016), *I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità «nel lavoro»*, in ADL, n. 4-5, I, 740 ss.
- Salento A. (2017), *Industria 4.0 ed economia delle piattaforme: spazi di azione e spazi di decisione*, in *Il lavoro nelle piattaforme digitali, nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, in Quaderni RGL, n. 2, 11 ss.
- Salimbeni M.T. (2015), *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, in RIDL, n. 3, I, 589 ss.
- Santagata S. (2015), *Privacy e lavoro in bilico tra esigenze di tutela e innovazione*, in *Bollettino Adapt*, 22 giugno 2015.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Sulle categorie del diritto del lavoro riformate*, in DRI, 7 ss.
- Santoro Passarelli G. (2017), *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in RIDL, n. 3, I, 369 ss.
- Sitzia A. (2016), *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 St. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in LLI, 2, 1, 83 ss.
- Sitzia A. (2017), *Personal computer e controlli «tecnologici» del datore di lavoro nella giurisprudenza*, in ADL, n. 3, I, 804 ss.
- Smuraglia C. (1960), *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore*, in RGL, I, 312 ss.
- Speziale V. (2014), *Le politiche del lavoro del governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 233.
- Stenico E. (2003), *L'esercizio del potere di controllo «informatico» del datore di lavoro*, in RGL, I, 327 ss.
- Tiraboschi M. (2017), *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 335.
- Trojsi A. (2017), *Al cuore del nuovo art. 4, c. 2, St. lav.: la delimitazione della fattispecie degli «strumenti per rendere la prestazione lavorativa»*, in RIDL, n. 2, I, 317 ss.
- Tufo M. (2016), *I controlli a distanza tra tecnologie informatiche e privacy del lavoratore*, in Basenghi F., Russo A. (a cura di), *Flessibilità, sicurezza e occupazione alla prova del Jobs Act*, Torino, Giappichelli.
- Tullini P. (2009), *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in RIDL, n. 3, I, 323 ss.
- Tullini P. (2017), *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 97 ss.

- Voza R. (2017), *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione*, in *Il lavoro nelle piattaforme digitali, nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, in *Quaderni RGL*, 71 ss.
- Zanetto D. (2016), *Potere di controllo ed indicazioni di diritto europeo*, in *VTDL*, n. 4, 757 ss.
- Zoli C. (2009), *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, n. 4, I, 485 ss.

ABSTRACT

L'articolo 23, comma 1, d.lgs. n. 151 del 2015, ha modificato l'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori. Le principali modifiche della disposizione danno al datore di lavoro maggiori opportunità di effettuare un controllo occulto sull'attività dei lavoratori. La nuova disposizione, inoltre, permette di effettuare un controllo indiretto attraverso gli strumenti utilizzati dai lavoratori per svolgere il proprio lavoro. In questo caso, la privacy del lavoratore è salvaguardata dalla legislazione italiana sulla privacy che attua la normativa comunitaria in materia di trattamento dei dati personali. Tuttavia, la normativa non sembra adeguata a tutelare la riservatezza dei lavoratori agili.

EMPLOYER'S CONTROL, PROTECTION OF PRIVACY AND SMART WORKING

Article 23(1) of the Legislative Decree no. 151 of 2015 has amended Article 4 of the Workers' Statute. The main modifications of the provision give to the employer more opportunities to implement the use of concealed control of workers' activities. The new provision allows the concealed control to be carried out through the tools and the equipments used by the workers to perform their jobs. In this case, the worker's privacy is safeguarded by the Italian Legislation on privacy which implements the EU Legislation regarding the processing of personal data. However, the legislation does not seem adequate to protect the privacy of smart workers.

Michele Faioli ()*

MISURAZIONE DELLA RAPPRESENTATIVITÀ SINDACALE, PRIVACY E COLLETTAGGIO

SOMMARIO: 1. Lo scenario del 2014-2015. Il problema. Il parere del 2014 del Garante per la protezione dei dati personali, la Convenzione Inps del 2015, il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. — 2. Lo scenario attuale. Il Regolamento Ue n. 2016/679 del 27 aprile 2016 in relazione al «come» della rappresentatività misurabile. — 3. Il Regolamento Ue n. 2016/679 del 27 aprile 2016 (in vigore dal maggio 2018) e la base giuridica sulla liceità del trattamento dei dati sindacali. — 4. L'auspicata novella legislativa dell'art. 26 della l. 20 maggio 1970, n. 300. Promozione sindacale. Collettaggio finalizzato alla misurazione della rappresentatività.

1. — *Lo scenario del 2014-2015. Il problema. Il parere del 2014 del Garante per la protezione dei dati personali, la Convenzione Inps del 2015, il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196* — Il problema che si affronta in questo studio attiene alla relazione tra la nuova regolazione dell'assetto di protezione dei dati personali, applicabile da maggio/agosto 2018 (Regolamento Ue n. 2016/679 del 27 aprile 2016) (1), il regime del collettaggio e il sistema di misurazione della rappresentatività sindacale nel settore privato.

Il punto da cui si intende muovere la disamina attiene a un provvedimento del 2014 del Garante per la protezione dei dati personali (parere del 18 dicembre 2014, n. 609, doc. web. n. 3721603; qui anche Parere), mediante cui venivano indicate alcune criticità della bozza di convenzione negoziata, in quel frangente, tra Inps e parti sociali (in particolare, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil).

Tali criticità, a oggi (luglio 2018), permangono, sebbene esse siano state oggetto di specifica disciplina da parte della successiva Convenzione tra

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Roma «Tor Vergata».

(1) Nel maggio 2018, in attesa dei pareri che le Commissioni parlamentari speciali per gli atti urgenti del Governo avrebbero dovuto esprimere, ex art. 31, c. 3, della l. 24 dicembre 2012, n. 234, sullo schema di decreto legislativo per l'adeguamento della normativa nazionale al Reg. Ue n. 2016/679 del 27 aprile 2016, è stato prorogato il termine del 21 maggio 2018 (data di entrata in vigore, a livello europeo, del Reg. Ue n. 2016/679 del 27 aprile 2016) al 21 agosto 2018.

Inps e parti sociali del 16 marzo 2015 (art. 6) e della circolare 14 aprile 2015, n. 76, e, per il futuro (da agosto 2018 in poi), diventano ancor più urgenti, data l'introduzione del nuovo assetto di protezione dei dati personali di cui al Regolamento Ue n. 2016/679 del 27 aprile 2016 (di seguito, Regolamento Gdpr: acronimo dell'inglese *General Data Protection Regulation*), il quale richiede una certa base giuridica – che, al momento, non c'è – per la liceità del trattamento dei dati sindacali da parte del datore di lavoro (raccolta e comunicazione all'Inps) e dell'Inps (raccolta, elaborazione, comunicazione al Cnel).

Ripercorrendo i fatti della vicenda, si osservi che la «bozza» di convenzione tra Inps e parti sociali del 2014/2015 era stata finalizzata alla definizione del momento gestionale della raccolta e dell'elaborazione dei dati relativi alla rappresentanza delle organizzazioni sindacali, nell'ambito del Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 (di seguito, T.U. 10 gennaio 2014). Nel 2014 le parti sociali hanno presentato al Garante per la protezione dei dati personali (di seguito, Garante) tale bozza di convenzione. Su tale bozza, il Garante ha espresso un parere negativo. Successivamente, con il recepimento di alcune indicazioni del parere del 2014 del Garante, la Convenzione tra Inps e Confindustria, Cgil, Cisl e Uil è stata sottoscritta in data 16 marzo 2015 (approvata mediante determinazione presidenziale dell'Inps del 12 marzo 2015, n. 5; qui anche Convenzione del 2015). La Convenzione del 2015, che ha un'efficacia temporale di tre anni, è attualmente in fase di rinegoziazione. Con essa si regola il servizio svolto dall'Inps consistente in alcune attività utili per la raccolta dei dati relativi all'appartenenza dei lavoratori alle organizzazioni sindacali (2). I risultati del servizio dell'Inps permettono, già oggi, di addivenire alla determinazione di uno dei due elementi da cui dedurre la rappresentatività delle organizzazioni sindacali (cd. dato associativo). A tal fine, la Convenzione del 2015, attuata mediante la circolare Inps 14 aprile 2015, n. 76, stabilisce alcune regole: (i) il datore di lavoro, vincolato al T.U. 10 gennaio 2014, digitalmente, cioè mediante l'applicazione «Uniemens», indica il contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nonché il codice della organizzazione sindacale categoriale (federazione di categoria) che il lavoratore ha individuato o prescelto nell'ambito dell'esercizio dei propri diritti sindacali; (ii) l'Inps, a questo punto del procedimento, è tenuto, in primo luogo, a valu-

(2) L'art. 3 della Convenzione crea una serie di obblighi in capo all'Inps («elaborerà i dati raccolti», «provvederà [...] alla comunicazione in forma aggregata dei dati» ecc.). L'art. 6 della Convenzione impone all'Inps di raccogliere i dati «in forma anonima e aggregata».

tare e aggregare il dato sulle deleghe raccolte in relazione alle organizzazioni sindacali categoriali, per un tempo predefinito (gennaio-dicembre di ogni anno), nonché, in secondo luogo, a trasmettere al Cnel i dati in tal modo rielaborati. Ogni contratto collettivo viene riconosciuto mediante una codificazione definita dall'Inps e condivisa con il Cnel. È stato altresì effettuato un censimento delle organizzazioni sindacali firmatarie o aderenti al T.U. 10 gennaio 2014. Gli elenchi contenenti tali codici sono pubblicati nel flusso Uniemens (in particolare, nel Documento tecnico per la compilazione dei flussi di denunce retributive e contributive individuali mensili). Tale sistema è stato realizzato mediante aggiornamenti del Cassetto previdenziale aziendale, con l'effetto che ogni datore di lavoro può aggiornare tali dati in modo digitale.

Il datore di lavoro, pertanto, nell'ambito di tale procedimento, avrebbe la funzione di gestire e comunicare all'Inps, mediante Uniemens, il sindacato prescelto da ogni lavoratore e il contratto collettivo applicato. Nel tracciato relativo al flusso Uniemens, in particolare, il datore di lavoro indica, in forma aggregata, il numero delle deleghe, nel mese di competenza, dei lavoratori aderenti all'organizzazione sindacale, in relazione al contratto collettivo applicato.

Come si è sottolineato, il sistema di protezione appena descritto è stato costruito anche in ragione del parere 18 dicembre 2014, n. 609, del Garante, il quale ha ritenuto che il datore di lavoro e l'Inps, svolgendo tale attività ricognitiva, trattano dati che sono considerati dati personali di natura sensibile (*ex art. 4, c. 1, lett. d, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196: di seguito, Codice *privacy* del 2003*). Il ragionamento del Garante sulla bozza di convenzione è basato su un sillogismo relativamente semplice: tali dati personali sono sensibili (attengono alla sfera della libertà sindacale e permettono di rilevare l'affiliazione del lavoratore a una certa organizzazione sindacale); ai sensi dell'art. 26, c. 1, del Codice *privacy* del 2003, il consenso del lavoratore sarebbe in ogni caso necessario; su questa linea, i sistemi digitali di raccolta e trattamento di tali dati (Uniemens e applicazioni simili) devono ridurre al minimo l'utilizzazione dei dati personali-identificativi (si deve volgere verso tecniche che anonimizzino o neutralizzino la rilevazione della relazione tra persona e dato); le autorizzazioni normalmente emanate dal Garante *ex art. 26, c. 4, del Codice *privacy* del 2003* non possono ritenersi sufficienti per la raccolta di dati personali sensibili volta alla misurazione e certificazione della rappresentatività.

Tali criticità, rilevate nel 2014 dal Garante, poi gestite mediante la Convenzione del 2015 e la circolare Inps 14 aprile 2015, n. 76, probabilmente, a oggi (luglio 2018), non sono del tutto risolte.

Nei fatti, a livello aziendale, c'è, infatti, una contraddizione. Sebbene l'Inps riceva in forma aggregata i dati raccolti mediante l'applicazione Uniemens, si deve notare che, a monte dell'operazione, il datore di lavoro rilevi, quasi sempre, tali dati «in chiaro» (cioè sono conosciuti il nome, il cognome, la retribuzione e, tra le altre informazioni, l'adesione sindacale del lavoratore) (3). Tali dati sono raccolti dal datore di lavoro in chiaro (prima fase), poi inviati in forma aggregata dal datore di lavoro, mediante Uniemens, all'Inps (seconda fase), che tratta ed elabora tali dati (terza fase) per la trasmissione al Cnel (quarta fase) (4). Il datore di lavoro, da una parte, mediante la compilazione della busta paga, viene a conoscenza dell'appartenenza sindacale (con il meccanismo della trattenuta), dall'altra, conoscendo tale appartenenza, compila il flusso Uniemens, che è «aggregato» (dunque, anonimo) solo nel risultato finale, ma non anche nel mentre del conteggio/inserimento da parte del datore di lavoro della singola trattenuta sindacale a fronte del nome di ciascun lavoratore (cioè, il datore di lavoro conosce l'appartenenza sindacale di ciascun lavoratore, conteggia le trattenute per ciascun lavoratore, e poi inserisce il dato aggregato in Uniemens). C'è da rilevare che, in molti casi, il *software* gestionale, usato a livello aziendale o dal consulente del lavoro, permette di avere una scheda anagrafica di ciascun lavoratore che contiene anche il dato dell'appartenenza sindacale. Tale scheda anagrafica è normalmente la matrice digitale dell'intera operazione, perché c'è un'interazione tra sistemi informatici, da cui dipende la formazione della busta paga nonché la compilazione del flusso Uniemens, sia a livello individuale che aggregato.

Il quadro fattuale rappresentato ci permette di andare al problema centrale. Il Garante, già nel 2014, specificava, con il Parere, un elemento argomentativo che non è al momento superabile a legislazione invariata: nel nostro ordinamento non c'è una base giuridica per la liceità del trattamento dei dati sindacali (ciò certamente con riferimento al Codice *privacy* del

(3) Si vd. il Manuale operativo del flusso Uniemens/Lista Pospa del 13 febbraio 2018; si vd. inoltre il meccanismo di funzionamento del Cassetto previdenziale azienda e del fascicolo elettronico aziendale, entrambi applicazioni digitali, mediante cui si conosce tutto ciò che è necessario per gestire la posizione contributiva del lavoratore (norme, cognome, età, retribuzione ecc.).

(4) L'Accordo tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 4 luglio 2017, il quale apporta alcune modifiche operative al T.U. 2014, dispone che le organizzazioni sindacali, in cooperazione con le organizzazioni datoriali territorialmente competenti, possano effettuare «opportuna verifica» sulla raccolta dei dati associativi effettuata dall'Inps mediante Uniemens (punto 3); il che permette una certa conoscibilità dei dati anche da parte delle organizzazioni sindacali e datoriali.

2003, ma – si vedrà tra poco nel paragrafo 2 – anche in relazione all’assetto del Regolamento Gdpr). Riflettendo, infatti, sulle connessioni normative, la norma di legge che permette al datore di lavoro di effettuare la trattenuta per il versamento delle quote di adesione all’organizzazione sindacale è l’art. 26 della l. 20 maggio 1970, n. 300. Si tratta di una cessione del credito retributivo che, a monte, ha (o aveva) normalmente un’autorizzazione del Garante sul trattamento dei dati sensibili. Tale autorizzazione del Garante è, tuttavia, specificatamente rivolta alla definizione del regime della cessione del credito (si vd., ad esempio, l’autorizzazione del 2014), e non alla misurazione e alla certificazione della rappresentatività sindacale.

Il problema della segretezza del versamento era stato già posto sull’assetto originario dell’art. 26 della l. 20 maggio 1970, n. 300, prereferendum del 1995, creando diversità di vedute sulla costituzionalità e sulla natura del diritto alla segretezza (5).

Nel T.U. 10 gennaio 2014 il quadro muta notevolmente sia rispetto al diritto alla segretezza prereferendum del 1995, sia rispetto alle autorizzazioni rilasciate, di volta in volta, per la cessione del credito retributivo. Secondo il Garante, nel T.U. 10 gennaio 2014 c’è, infatti, una finalità diversa da quella dell’art. 26 della l. 20 maggio 1970, n. 300. Tale finalità consiste nel porre in essere uno schema di supporto alla misurazione e certificazione della rappresentatività sindacale che, al momento, non è regolata da norma di legge alcuna, né assorbibile dalla logica del proselitismo *ex* art. 26 della l. 20 maggio 1970, n. 300. Il che determina che le autorizzazioni normalmente emanate dal Garante *ex* art. 26, c. 4, del Codice *privacy* del 2003 non siano sufficienti per la raccolta di dati personali sensibili volta alla misurazione e certificazione della rappresentatività. Il Garante insiste sul fatto che quelle autorizzazioni periodiche hanno efficacia per il trattamento di dati relativi ai rapporti di lavoro, individualmente intesi, ma non per la gestione e il trattamento di dati di rilievo meramente sindacale.

(5) In dottrina: Mancini sosteneva l’illegittimità costituzionale del c. 3 dell’art. 26 menzionato (Mancini 1971, 477 ss.); Dell’Olio notava un rilievo «relativo» del c. 3 dell’art. 26 con riferimento alla funzione della contrattazione collettiva nella definizione della garanzia di segretezza (Dell’Olio 1975, 813 ss.); Ichino sosteneva che l’art. 26 riconosceva al lavoratore il diritto assoluto di riservatezza, che consisteva nel tenere nascosto a chiunque, comprese le organizzazioni di rappresentanza, il proprio orientamento sindacale (Ichino 1979, 123 e 160). Per la giurisprudenza, in relazione alla norma prereferendum 1995, la segretezza era materia che la contrattazione collettiva doveva definire, secondo una logica protettiva degli interessi del lavoratore aderente al sindacato (si vd. Cass. 24.5.1991, n. 5905, in *OGI*, 788 ss., e Cass. 6.6.1986, n. 3778, in *GC*, II, I, 191 ss.).

Di qui si comprende che, mancando già oggi (luglio 2018) la base giuridica, c'è un margine di illiceità del trattamento dei dati sindacali che è a monte del procedimento e che, per alcuni versi, si riversa su ogni fase successiva di esso: in assenza di consenso specifico da parte del lavoratore sui fini di misurazione della rappresentatività e non potendo l'autorizzazione del Garante essere efficace sulla materia, i dati raccolti, nella prima fase del procedimento, dal datore di lavoro, se in chiaro, creano un problema di liceità; poi, anche se inviati in forma aggregata dal datore di lavoro, mediante Uniemens, all'Inps (seconda fase), non si può escludere che non ci siano le condizioni per individuare l'appartenenza a una certa organizzazione sindacale (si pensi al già evocato collegamento digitale tra *software* gestionali del personale e flusso Uniemens, il cui continuo scambio informativo può essere limitato ad alcuni dati o può non essere limitato in alcun modo; o ancora, più banalmente, al caso in cui tutti i lavoratori di quell'unità produttiva aderiscano alla medesima organizzazione sindacale, o al caso in cui ci sia un solo lavoratore aderente su un certo numero di lavoratori in quell'unità produttiva). Si tratta, in definitiva, di situazioni simili a ipotesi che possiamo definire di «pseudoanonimizzazione» dei dati sindacali (6).

Dal 2018, l'insieme delle criticità appena definite si può ulteriormente complicare, data l'entrata in vigore del Regolamento Gdpr (Regolamento Ue n. 2016/679 del 27 aprile 2016), con il quale variano alcuni presupposti delle modalità procedurali di tutela dei dati personali. Le riflessioni sulla misurazione della rappresentatività debbono essere ricollegate alla relazione tra art. 26, l. 20 maggio 1970, n. 300, e il sistema regolato dal Regolamento Gdpr.

2. — *Lo scenario attuale. Il Regolamento Ue n. 2016/679 del 27 aprile 2016 in relazione al «come» della rappresentatività misurabile* — La rappresentatività sindacale deve essere misurata per verificare il grado di consenso che quel sindacato possiede nell'ambito soggettivo di applicazione di un certo contratto collettivo nazionale di lavoro (con espressione più evoluta di «comparto», «settore» o «categoria», ma certamente meno tecnica, l'ambito soggettivo è da oggi il «perimetro contrattuale», successivamente al Patto

(6) Per pseudoanonimizzazione si può intendere «il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile» (art. 4, Regolamento Gdpr).

Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018) (7). La rappresentatività deve essere misurata per permettere al sindacato che superi una certa soglia minima nel settore/comparto (5%) di negoziare e, eventualmente, stipulare il contratto collettivo nazionale di lavoro. È una regola contrattuale che, a differenza di altri ordinamenti giuridici (8), obbliga esclusivamente le parti che hanno sottoscritto il T.U. 10 gennaio 2014, o accordi simili (si vd., ad esempio, i protocolli del terziario, della cooperazione e dell'artigianato) (9): le organizzazioni datoriali non possono trattare con organizzazioni sindacali che non abbiano raggiunto la soglia del 5% e, qualora non ci sia una piattaforma unitaria, le organizzazioni datoriali non possono non favorire le organizzazioni sindacali che complessivamente abbiano una rappresentatività pari al 50%+1, facendo leva sulla proposta presentata da questi ultimi (10).

In altre parole, la rappresentatività sindacale misurata è il precipitato tecnico del principio di maggioranza mediante cui, per consolidata tradizione di relazioni industriali in occidente (11), si afferma che il contratto collettivo che si basa sul consenso di una maggioranza si impone alla minoranza dissenziente (12). In assenza di legge sulla rappresentatività, tale

(7) Recentemente, Siotto (2017, 311 ss.) ha evidenziato le criticità del principio di autodeterminazione della categoria professionale, suggerendo alcune misure correttive per razionalizzare gli ambiti di applicazione del contratto collettivo nazionale. Sul tema della misurabilità in relazione al perimetro contrattuale, si vd. le osservazioni di Viscomi (2014, 43 ss.) e quelle di Zoppoli (2015, 415 ss.). Si vd. anche Marazza (2014, 608 ss.), il quale distingue tra due possibili criteri di selezione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale (la misurazione perimetrata per ambito soggettivo di applicazione di contratti collettivi selezionati; e la misurazione perimetrata per settori produttivi).

(8) Si vd. lo studio recente di Bologna (2017), che descrive il sistema di misurazione della rappresentatività sindacale mediante legge nell'ordinamento francese; si vd., in questo senso, anche Magnani 2017.

(9) Rinvio alla ricognizione svolta in altri miei studi. In particolare, si vd. Faioli 2014, 7 ss.

(10) Cfr. Bavaro (2014), il quale critica l'applicazione del principio maggioritario come dispositivo di governo del pluralismo sindacale. Per Persiani (2017, 531 ss.), ci sarebbe una sorta di riduzione della rilevanza della nozione di rappresentatività, avendo le parti sociali introdotto un principio di maggioranza volto, da una parte, a definire l'efficacia generale del contratto collettivo e, dall'altra, ad abilitare a partecipare alle trattative per il relativo rinnovo. Sono molto significative le osservazioni sul «ritorno del represso» nell'art. 39 Cost. di Rusciano (2016, 953 ss.).

(11) Cfr. Katz *et al.* 2015.

(12) Si noti che, secondo il T.U. 10 gennaio 2014, qualora ci fossero rilevanti divergenze sulle trattative, sulla piattaforma contrattuale ecc., il consenso della maggioranza dei lavoratori a cui si applica il contratto collettivo viene rilevato mediante un referendum.

schema non ha efficacia *ultra partes* perché il T.U. 10 gennaio 2014 vincola esclusivamente le parti che hanno accettato tale modello di relazioni sindacali. La misurazione avviene mediante l'effettuazione della media semplice (50% di un elemento e 50% dell'altro) tra dati associativi (schema Uniemens/Inps) e dati elettorali (il numero dei voti raccolti in occasione delle elezioni delle Rsu). Sul primo schema, al momento, il Garante ha rilevato le criticità di cui si è detto nel paragrafo 1, almeno in relazione al Codice *privacy* del 2003 (si vd. il parere del 2014); sul secondo schema, non si può escludere che il Garante, qualora sollecitato, possa dichiarare la non conformità di qualche elemento del processo di rilevazione del trattamento dei dati elettorali (l'Ispettorato territoriale del lavoro è tenuto a prendere atto di quanto verbalizzato e registrato dai comitati paritetici locali, istituiti dalle parti sociali, e a comunicare tali dati al Cnel) (13).

Il punto di convergenza tra tale sistema di rappresentatività misurabile e norme sul trattamento dei dati personali è posto, a far data dall'agosto 2018, dall'assetto disegnato dal Regolamento Gdpr (14). In particolare, la scelta del legislatore europeo di far leva su un regolamento, in luogo della direttiva, determina, di fatto, un mutamento di visione. Si passa, cioè, dalla volontà di armonizzazione per criteri minimi, secondo quanto normalmente avviene in caso di direttiva, a una volontà di coordinamento normativo, teso a un livello di uniformazione, delle regole domestiche (nel Considerando n. 10 del Regolamento Gdpr si legge che gli Stati membri «dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre norme nazionali al fine di specificare ulteriormente l'applicazione del presente regolamento»). Il che ha molti effetti sul Codice *privacy* del 2003, il quale sarà adattato da un decreto legislativo, di cui si attende l'approvazione (estate 2018) (15).

In ragione del Regolamento Gdpr, il consenso non è più l'elemento sufficiente per la circolazione dei dati personali; il consenso diventa una delle condizioni successive, per alcuni versi marginali, che qualificano la liceità del trattamento dei dati (16). Il consenso prestato per i dati personali

(13) Si rinvia agli studi di: Treu 2011, 613 ss.; Garilli 2015, 38 ss.; Del Punta 2014, 673 ss.

(14) Si noti che l'approccio dell'Europa è al momento quello più garantista e procedimentalizzato dell'occidente. Si vd. le osservazioni nel prof. Wu Ti (2018), il quale sottolinea che negli Stati Uniti è sufficiente il concetto legale di «*fiduciary duty*» (cooperazione leale e in buona fede) per vincolare e vigilare chi tratta i dati personali.

(15) In particolare, si vd. lo stato dei lavori parlamentari in <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/docnonleg/36139.htm> (pagina visitata il 31 luglio 2018).

(16) Si vd.: Baldini 2017, 25 ss.; Di Ciommo 2017, 24 ss.

svolge la medesima funzione che il consenso svolge nell'ambito dei contratti di massa uniformi (17). Il trattamento dei dati, assoggettato al Regolamento Gdpr, riguarda ciò che è interamente o parzialmente automatizzato e ciò che non è automatizzato, essendo presente in un archivio o destinato a figurarvi (art. 2). Osservando più da vicino l'applicabilità, dal 2018, del Regolamento Gdpr al sistema di misurazione della rappresentatività sindacale, si deve rilevare che, da una parte, c'è una nuova nozione di dati personali. In tale nozione rientrano, a esclusione dei dati anonimi, tutte quelle informazioni riguardanti una persona fisica identificata o identificabile, tra cui il nome, o un qualsiasi riferimento identificativo, anche digitale, il dato relativo all'ubicazione, all'identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale. L'adesione sindacale del lavoratore viene ovviamente assorbita da questa ampia nozione. Dall'altra parte, c'è una nuova nozione di trattamento, tra cui all'attività di raccolta, registrazione, organizzazione, conservazione, elaborazione o modifica, estrazione, consultazione, impiego, comunicazione, cancellazione e distruzione, si aggiungono anche la strutturazione, l'uso e la limitazione, nonché l'attività di profilazione (18).

Il Regolamento, applicato al sistema di misurazione della rappresentatività, impone che tali dati e tale trattamento siano gestiti mediante un nuovo approccio (19). La logica pragmatica del Regolamento sposta la tutela dal momento successivo alla violazione a una fase preventiva, che è fondata su tecniche di valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali (*privacy by design* e *privacy by default*). Il titolare del trattamento viene coinvolto dalla fase di progettazione dei servizi di trattamento dei dati per ridurre al minimo il rischio di violazione e l'impatto sull'interessato. Le condizioni di liceità del trattamento dipendono, dunque, in primo luogo, dalla valutazione del rischio che trova fondamento negli artt. 24 e 35 del Regolamento. Il che, nel nostro caso, richiederebbe di porre

(17) Secondo la teoria di Rodotà (1995).

(18) Tale attività di profilazione coincide con ciò che può accadere, nei fatti, successivamente all'adesione sindacale: si tratta della potenziale utilizzazione dei dati personali volta a elaborare aspetti personali relativi a una persona fisica, analizzare aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti; o, in modo ancor più circostanziato, tenendo a mente l'art. 4 e l'art. 22 del Regolamento Gdpr, è profilazione ciò che conduce a significativi effetti giuridici sull'interessato, limitandone la libertà («produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona», art. 22 citato).

(19) In particolare, cfr.: Finocchiaro 2012; Ogriseq 2017, 24 ss.

in essere, da parte del datore di lavoro e da parte dell'Inps, mezzi e tecniche di trattamento dei dati volti a ridurre l'impatto sui lavoratori. Inoltre, qualora il trattamento determini un rischio elevato, ci sarebbe da svolgere una valutazione formale d'impatto sulla protezione dei dati. Da ultimo, in assenza di adozione di misure di mitigazione o eliminazione del rischio, qualora la valutazione formale di impatto sui lavoratori evidenziasse un rischio elevato, l'autorità di controllo dovrebbe essere sollecitata in un consulto preventivo.

Tale quadro muove dal presupposto del Regolamento Gdpr (Considerando n. 4) secondo cui il diritto alla protezione dei dati personali non è un diritto assoluto. Esso deve essere considerato alla luce della relativa funzione sociale. La tutela consiste, dunque, nella possibilità di ciascuno di controllare l'uso delle informazioni che lo riguardano, non essendo più intesa esclusivamente come diritto a essere lasciati soli o in un diritto a scegliere le informazioni che si è disposti a cedere agli altri (20). L'art. 6, par. 4, del Regolamento Gdpr, data tale impostazione sulla funzione sociale, impone che ci sia un «giudizio di compatibilità» tra la finalità originaria della raccolta e la finalità eventualmente differente delle successive operazioni (21). Da ciò deriva anche, secondo l'art. 17 del Regolamento Gdpr, il diritto alla cancellazione per quei dati la cui conservazione non è più basata sulla finalità originaria. In questa prospettiva, nel Regolamento Gdpr, l'art. 21, par. 1, permette al titolare di proseguire il trattamento, non dando corso all'opposizione o richiesta di cancellazione, qualora ci siano legittimi motivi che prevalgono sugli interessi, sui diritti e le libertà dell'interessato. Nel sistema della misurazione della rappresentatività si dovrebbe dare prova di tali motivi (o, *melius*, interessi legittimi), i quali posti alla base del trattamento potrebbero valere come causa di rigetto dell'opposizione.

Il Regolamento Gdpr introduce rimedi inibitori per i casi di illecito trattamento dei dati mediante l'art. 7, par. 3, lett. *a* e *b*, e par. 4, lett. *a* e *b*, e, l'art. 11, par. 2. Si tratta di rimedi inibitori, perché essi non sono intesi dal legislatore europeo alla stregua di forme di tutela da cui origina esclusivamente il risarcimento. La norma europea va oltre, imponendo che si affianchi sempre alla responsabilità civile, derivante da trattamento illecito dei dati, un sistema procedimentale di regole di comportamento (22), da

(20) Finocchiaro 2012, *passim*.

(21) Il che modifica radicalmente il regime del Codice *privacy* del 2003, il quale, all'art. 11, limitava il trattamento esclusivamente alle finalità per le quali sono raccolti i dati.

(22) Secondo la tesi di Romano (1961), il procedimento è «successione di atti –

cui si deducono rimedi preventivi. Nel nostro caso ciò appare particolarmente interessante. Il Regolamento Gdpr imporrebbe al datore di lavoro e all'Inps una procedura *ad hoc* per trattare i dati associativi di rilievo sindacale. C'è, dunque, nel Regolamento Gdpr uno schema procedimentale della disciplina del trattamento dei dati personali che richiede al titolare (datore di lavoro e Inps, nel nostro caso) un obbligo preventivo, sin dalla progettazione, di predisporre la propria attività per minimizzare il trattamento e di predisporre una valutazione di impatto sulla protezione dei dati, al quale segue l'obbligo di consultare preventivamente l'autorità di controllo. Il che, a ben guardare, ha forti somiglianze con la procedimentalizzazione della sicurezza sul lavoro (23). Infatti, già dall'art. 2087 c.c. si può dedurre una cooperazione che non si esaurisce in un dovere negativo, ma si allarga a un *facere* positivo tipico del rapporto obbligatorio. Ci sono, in altre parole, obblighi strumentali e non finali, cioè procedimentali, che si rendono necessari per tutelare i diritti di *privacy* dei lavoratori.

3. — *Il Regolamento Ue n. 2016/679 del 27 aprile 2016 (in vigore dal maggio 2018) e la base giuridica sulla liceità del trattamento dei dati sindacali* — La constatazione, di per sé esatta, che il Regolamento Gdpr abbia rivoluzionato l'approccio protettivo relativo ai dati personali, ci permette di andare oltre e di sostenere che, nel nostro ordinamento giuridico, di cui il Regolamento Gdpr fa parte, non ci sia, a oggi, un'adequata base giuridica a supporto della liceità del trattamento dei dati sindacali (sia quello effettuato dal datore di lavoro sia quello effettuato dall'Inps).

A tal proposito ci sono almeno due ipotesi specifiche da studiare per dimostrare che si dovrebbe intervenire con una norma di legge nel campo della misurazione della rappresentatività per le finalità di conformazione al Regolamento Gdpr.

La prima ipotesi è riferita alla base giuridica per i dati sensibili di cui all'art. 9, par. 2, lett. g, del Regolamento Gdpr, e deve essere riferita a una espressa disposizione di rango legislativo («sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri»), mediante la quale, da una parte, si autorizza il trattamento e, dall'altra, si individua, direttamente o per rinvio ad altra fonte, la necessità di detto trattamento per motivi di interesse pubblico rilevante,

e delle conseguenti situazioni, di riflesso – che si iniziano partendo dalla individuazione del soggetto e di ogni altro presupposto soggettivo e oggettivo [...] con l'esercizio del potere negoziale – o normativo –, fino all'esaurimento del ciclo con l'ultimo atto esecutivo».

(23) Si rinvia alla impostazione di Lai (2008, 385 ss.).

con tutte le misure procedurali di garanzia (24). Lo schema dell'art. 9, par. 2, lett. g, del Regolamento Gdpr non si riscontra né nel T.U. 10 gennaio 2014 né nella Convenzione del 2015 (con le relative prassi amministrative dell'Inps). Anzi, il T.U. 10 gennaio 2014 non è una base giuridica in grado di legittimare il trattamento in quanto esso non è contemplato da alcuna norma di legge.

Volendo insistere su questa prima ipotesi, si può aggiungere che nello schema di decreto legislativo di adeguamento al Regolamento Gdpr (25), l'art. 2-*sexies* stabilisce che la base giuridica per i trattamenti di dati sensibili per motivi di interesse pubblico rilevante (di cui all'art. 9, par. 1, lett. g, del Regolamento Gdpr) possa essere costituita dal «diritto dell'Unione» o, nell'ordinamento nazionale, «da disposizioni di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, che specifichino i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante» (art. 2-*sexies*, c. 1); a tal proposito, si noti che tra i motivi di interesse pubblico rilevante, per cui deve esserci una norma di legge, c'è anche la «materia sindacale» (art. 2-*sexies*, c. 2, lett. v). Per contrasto, nel pubblico impiego, c'è, invece, una norma di legge (art. 43, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) (26), la quale sarebbe utilizzabile (già oggi, luglio 2018, ma anche domani, dall'entrata in vigore del Regolamento Gdpr) come base giuridica della raccolta, del trattamento e della comunicazione dei dati associativi. Da ciò dipendono, già nel quadro attuale, una serie di conseguenze che attingono all'assetto regolativo di cui stiamo trattando (27).

La seconda ipotesi è relativa all'art. 9, par. 2, lett. b, del Regolamento Gdpr, che espressamente rinvia al contratto collettivo, accanto al «diritto

(24) Le garanzie appropriate, secondo il Considerando n. 71 del Regolamento Gdpr, impongono al titolare del trattamento (nel nostro caso, il datore di lavoro e l'Inps) l'utilizzo di misure «tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base [tra le altre cose...] dell'appartenenza sindacale».

(25) Si vd. la nota 1 di cui sopra.

(26) Si vd., sul sistema del pubblico impiego: Romeo 2015, 25 ss.; Pessi R. 2014, 3 ss.; Santoni 2013, 75 ss.; Alvino 2013, 68 ss. Per le riflessioni sulla doppia soglia e sulla ponderazione tra dato associativo e dato elettorale nel pubblico impiego, in particolare, cfr. Maio 2009, 1306 ss.

(27) Si rinvia, in particolare, per una esemplificazione, alla Relazione del Garante del 2014 – in <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/2148177/Relazione+annuale+2014.pdf> –, in particolare 118 e 122.

dell'Unione o degli Stati membri», in termini di fonte autorizzativa dei trattamenti dei dati sensibili dei lavoratori necessari per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza e protezione sociale.

Tuttavia, per comprendere se tale seconda ipotesi abbia un potenziale utilizzo nel nostro caso, si deve tener presente l'art. 88, par. 1, con il Considerando n. 155, del Regolamento Gdpr, che rinvia sia al «diritto degli Stati membri» sia ai contratti collettivi («ivi compresi gli “accordi aziendali”») la definizione di «norme specifiche per il trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro». Ora, a ben guardare tale seconda ipotesi, si deve evidenziare che il limite di essa attiene al fatto che l'art. 88, par. 1, del Regolamento Gdpr è specificatamente riferito al trattamento dei dati personali nell'ambito della gestione degli aspetti individuali (28), mai collettivi (29), del lavoro, tanto che nel Considerando n. 155 del Regolamento Gdpr si ritrova l'esplicitazione della logica della tutela della posizione individuale di lavoro («in particolare per quanto riguarda le condizioni alle quali i dati personali nei rapporti di lavoro possono essere trattati sulla base del consenso del dipendente, per finalità di assunzione, esecuzione del contratto di lavoro, compreso l'adempimento degli obblighi stabiliti dalla legge o da contratti collettivi, di gestione, [...] di cessazione del rapporto di lavoro»).

4. — *L'auspicata novella legislativa dell'art. 26 della l. 20 maggio 1970, n. 300. Promozione sindacale. Collettaggio finalizzato alla misurazione della rappresentatività* — L'atteggiamento critico sin qui sviluppato non può esimersi, però, dall'esercizio di una parte *costruens* del discorso, facendo ricorso, in particolare, alla logica di cui all'art. 9, par. 2, lett. g, del Regolamento Gdpr. Si possono dipanare, infatti, alcune possibilità sia per le organizzazioni che hanno sottoscritto il T.U. 10 gennaio 2014 che per il legislatore futuro.

La prima possibilità ricade direttamente sulle organizzazioni sindacali e datoriali che hanno sottoscritto il T.U. 10 gennaio 2014. Esse potrebbero, *pro futuro*, in accordo con l'Inps e il Garante, impostare un allegato tecnico del T.U. 10 gennaio 2014, facendo leva, con una certa forzatura, sull'art. 2-sexies dello schema di decreto legislativo di adeguamento al Regolamento Gdpr, in cui definire, in conformità al Regolamento, gli elementi essenziali del procedimento di trattamento dei dati personali riferibili alla misurazione

(28) Si rinvia allo studio di Trojsi 2013.

(29) In questo senso anche Tebano 2017, 20 ss.

ne della rappresentatività. L'allegato tecnico dovrebbe essere, in qualche modo, assorbito da un decreto ministeriale o da una norma di legge.

L'Inps, successivamente, adotterebbe un procedimento, in linea con tali principi, muovendo da una valutazione di impatto del rischio specifico relativo al trattamento di dati di appartenenza sindacale e sarebbe predisposto sulla base di una norma contrattuale (T.U. 10 gennaio 2014) che stabilisce le ragioni e le finalità della misurazione della rappresentatività, anche mediante la rilevazione dei dati associativi sindacali, oltre che di quelli elettorali in occasione della costituzione di Rsu. Seguirebbe a ciò la campagna di raccolta dei consensi dei lavoratori in ciascun settore. Ma è probabile che ciò non sia sufficiente per le ragioni esposte sopra con riferimento all'art. 9 del Regolamento Gdpr o, con buona probabilità, non riesca a realizzarsi, data la difficoltà oggettiva che esiste nel coinvolgimento dei tanti soggetti pubblici e privati, spesso portatori di interessi non coincidenti.

La seconda possibilità, *de iure condendo*, è, invece, correlata a una modifica dell'art. 26 della l. 20 maggio 1970, n. 300, volta a definire una base giuridica certa e conforme al Regolamento Gdpr.

La proposta teorica che qui si intende presentare ha un contenuto articolato su più livelli. Con il referendum del 1995 furono abrogati i cc. 2 e 3 dell'art. 26, ove si stabiliva il diritto di percepire, da parte del sindacato, mediante ritenuta sul salario, i contributi sindacali, con modalità definite dai contratti collettivi e con la garanzia della segretezza. Per il futuro, si tratterebbe di arricchire l'art. 26 con una specifica norma che, muovendo dalla finalità di permettere la misurabilità della rappresentanza sindacale, secondo quanto stabilito dalle parti sociali in protocolli/accordi, riconosca il diritto alla riservatezza/segretezza in capo al lavoratore nell'ambito dei sistemi di misurazione della rappresentatività sindacale. Il che permetterebbe di introdurre, da una parte, in termini di sostegno sindacale, l'obbligo per il datore di lavoro di trasmettere i dati aggregati sull'appartenenza sindacale, mediante Uniemens, all'Inps, e, dall'altra, in termini di disciplina protettiva, l'obbligo per il datore di lavoro e per l'Inps di adeguarsi, nel trattamento dei dati associativi, al Regolamento Gdpr, con rinvio a una norma attuativa speciale di secondo livello, volta a definire il procedimento Uniemens, le valutazioni di impatto del rischio, la titolarità del trattamento in capo all'Inps. In altre parole, se la norma dell'art. 26 riconoscesse, in un ipotetico c. 2, il diritto alla riservatezza/segretezza, conforme al Regolamento Gdpr, rispetto ai contributi da versare, mediante Uniemens, si potrebbe esplicitare una «ulteriore» finalità del collettaggio (*id est*: la misurazione della rappresentatività sindacale di cui ai protocolli/accordi interconfederali).

Tale proposta non violerebbe il risultato del referendum del 1995, che, come noto, è stato modesto nella prassi, dati gli obblighi di collettaggio successivamente fissati dalla contrattazione collettiva. Il risultato del referendum del 1995 non sarebbe violato perché con la proposta di cui sopra, da una parte, si crea un mero obbligo, in capo dal datore di lavoro, di raccolta e trasmissione, via Uniemens, del risultato delle appartenenze sindacali all'Inps, che è un fatto differente dal collettaggio (30), ma a esso è fattualmente quasi sempre collegato, e, dall'altra, si ripristina, con un aggiornamento ai tempi, il diritto alla segretezza secondo quanto dispone il Regolamento Gdpr nei confronti del datore di lavoro e dell'Inps. Tale proposta non contrasterebbe neanche con l'art. 39, c. 1, Cost. L'art. 26 dello Statuto dei lavoratori, post referendum del 1995, riconosce ai singoli lavoratori il diritto al collettaggio. Il lavoratore svolge l'attività di collettaggio a favore della propria organizzazione sindacale (nel c. 1 dell'art. 26 si legge «loro» organizzazioni, come aggettivo possessivo, nella norma). Ed è tale collegamento tra il diritto individuale di collettaggio e il «proprio» sindacato di appartenenza/militanza a divenire il dispositivo mediante cui si può costruire, *de iure condendo*, conformemente all'art. 39, c. 1, Cost., un obbligo in capo al datore di lavoro di sottoporsi al regime di trasmissione dei dati associativi mediante Uniemens.

L'obbligo di indicazione delle appartenenze sindacali, mediante Uniemens, gravante sul datore di lavoro, permetterebbe, nei fatti, l'esercizio del diritto sindacale del lavoratore a esprimere la «propria» militanza, da cui deriva la misurazione della rappresentatività della «propria» organizzazione (31), e, di conseguenza, l'esercizio di una serie di prerogative e diritti negoziali che solo le organizzazioni più rappresentative possono porre in essere (32), tra cui auspicabilmente quella del lavoratore, la cui volontà di adesione viene raccolta e trasmessa dal datore di lavoro mediante

(30) Seguendo l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, il collettaggio è una cessione parziale di credito retributivo; si vd. Cass. 7.8.2008, n. 2136, S.U., in *Pluris*. E ancora, anche per valutare il bilanciamento tra rifiuto del datore di lavoro e condotta antisindacale: Cass. 17.2.2012, n. 2314, in *GC*, VII-VIII, 1013 ss.; Cass. 2.8.2012, n. 13886, in *RIDL*, IV, 927 ss.; Cass. 20.4.2011, n. 9049, in *RGL*, 2011, II, 615 ss., con nota di Cannati.

(31) Si vd. anche il punto 7 del T.U. 10 gennaio 2014, che stabilisce il regime di accettazione delle «deleghe» da parte dei lavoratori a favore delle organizzazioni che hanno sottoscritto il T.U. 10 gennaio 2014, anche se non firmatarie del contratto collettivo applicato all'unità produttiva.

(32) Si vd. la circolare Inl 25 gennaio 2018, n. 3, e la circolare Inl 12 febbraio 2018, n. 4, sul rapporto tra rappresentatività, benefici normativi ed economici, *welfare* aziendale, bilateralità.

Uniemens all'Inps, con un sistema digitale a inserimento obbligatorio, ai fini della misurazione della rappresentatività.

È, in definitiva, un obbligo di inserimento dati che, di riflesso, permette di realizzare un meccanismo per l'esercizio di tutti i diritti sindacali conseguenti: non contrasta con la libertà di organizzazione sindacale di cui all'art. 39, c. 1, Cost. perché è un mezzo di realizzazione di essa. Saremmo di fronte all'introduzione di una norma di legge che, mediante la mera creazione di obbligo di inserimento dati, rafforzerebbe e promuoverebbe l'intesa delle parti sociali basata sul principio secondo cui si negozia solo con i sindacati la cui rappresentatività sia stata misurata. E ciò appare in linea con i protocolli sulla rappresentatività che è stata fondata sulla verifica dell'effettivo seguito delle organizzazioni tra i lavoratori e sulla garanzia della situazione di parità tra organizzazioni, avendo esse superato una certa soglia minima (dati associativi e dati elettorali).

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2013), *L'introduzione di regole sulla rappresentatività e gli effetti sulla dinamica dei rapporti collettivi: esperienze a confronto*, in *DRI*, I, 68 ss.
- Baldini D. (2017), *Il difficile equilibrio tra consenso della persona interessata e legittimo interesse del titolare del trattamento: problemi e prospettive nei rapporti tra fonti interne e dell'unione europea in tema di tutela dei dati personali*, in *Osservatorio sulle fonti*, III, 25 ss.
- Bavaro V. (2014), *Il principio maggioritario nelle relazioni industriali*, in *LD*, I, 3 ss.
- Bologna S. (2017), *Il contratto aziendale in tempo di crisi*, Giappichelli, Torino.
- Del Punta R. (2014), *Note sparse sul testo unico sulla rappresentanza*, in *DRI*, III, 673 ss.
- Dell'Olio M. (1975), *Sub art. 26*, in Prosperetti U. (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 813 ss.
- Di Ciommo F. (2017), *La riservatezza in Europa dopo il regolamento (Ue) n. 2016/679: cosa resterà del diritto all'oblio?*, in *The Italian Law Journal*, II, 24 ss.
- Faioli M. (2014), *Dissenso collettivo e razionalità individuali nelle relazioni industriali italiane. Il decentramento contrattuale nella prospettiva degli accordi interconfederali del 2011-14*, in *Economia&Lavoro*, I, 7 ss.
- Finocchiaro G. (2012), *Privacy e protezione dei dati personali. Regole e strumenti operativi*, il Mulino, Bologna.
- Garilli A. (2015), *Crisi e prospettive della rappresentatività sindacale: il dialogo tra Corte costituzionale e accordi sindacali*, in *ADL*, I, 38 ss.
- Ichino P. (1979), *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 123 e 160.
- Katz H.C. et al. (2015), *Labor Relations in a Globalizing World*, Ithaca, Cornell University Press.

- Lai M. (2008), *La sicurezza del lavoro tra testo unico e disposizioni immediatamente pre-cettive*, in *DRI*, II, 385 ss.
- Magnani M. (2017), *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, Torino.
- Maio V. (2009), *Sul cinquantuno per cento come media tra dato elettorale e dato asso-ciativo in un contesto di concorrenza intersindacale*, in *ADL*, VI, 1306 ss.
- Mancini G.F. (1971), *Proselitismo e contribuzione sindacale nello statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, IV, 477 ss.
- Marazza M. (2014), *Dalla «autoregolamentazione» alla «legge sindacale»? La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, in *ADL*, III, 608 ss.
- Ogriseg C. (2017), *GDPR and personal data protection in the employment context*, in *LLI*, II, 24 ss.
- Persiani M. (2017), *Le vicende della rappresentanza e rappresentatività sindacali tra legge e contratto collettivo*, in *ADL*, III, 531 ss.
- Pessi R. (2014), *Ordinamento statuale e ordinamento intersindacale: promozione o rego-lazione?*, in *RIDL*, I, 3 ss.
- Rodotà S. (1995), *Tecnologia e diritti*, il Mulino, Bologna.
- Romano S. (1961), *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto priva-to*, Giuffrè, Milano.
- Romeo C. (2015), *Il difficile rapporto tra la contrattazione collettiva nel settore pubblico e quella del settore privato*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, I, 25 ss.
- Rusciano M. (2016), *Legificare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del lavoro*, in *LD*, IV, 953 ss.
- Santoni F. (2013), *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, in *RIDL*, I, 75 ss.
- Siotto F. (2017), *La categoria come ambito di applicazione e perimetro di misurazione della rappresentanza*, in *RIDL*, II, 311 ss.
- Tebano L. (2017), *Employees' privacy and employers' control between the Italian legal sy-stem and European sources*, in *Labour & Law Issues*, II, 20 ss.
- Treu T. (2011), *L'Accordo 28 aprile 2011 e oltre*, in *DRI*, III; 613 ss.
- Trojsi A. (2013), *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, Giappichelli.
- Viscomi A. (2014), *L'adesione successiva alla disciplina pattizia. Brevi note sul Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014*, in *DLM*, I, 43 ss.
- Wu Ti (2018), *An American Alternative to Europe's Privacy Law*, in [https://www.nyti-mes.com/2018/05/30/opinion/europe-america-privacy-gdpr.html](https://www.nytimes.com/2018/05/30/opinion/europe-america-privacy-gdpr.html).
- Zoppoli L. (2015), *Sindacati e contrattazione collettiva: vecchi stereotipi o preziosi ingra-naggi delle moderne democrazie?*, in *LD*, III, 415 ss.

ABSTRACT

Il problema che si affronta riguarda la relazione tra la nuova regolazione dell'assetto di protezione dei dati personali, il regime del collettaggio e il sistema di misurazione della rap-presentatività sindacale nel settore privato. Il saggio è volto, in prima battuta, ad analiz-zare lo scenario sulla misurazione della rappresentatività sindacale alla luce del parere del

2014 del Garante per la protezione dei dati personali, la Convenzione Inps del 2015, il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Viene successivamente svolta una disamina sull'evoluzione del quadro normativo (Gdpr – Regolamento Ue n. 2016/679 del 27 aprile 2016). Si evidenzia che esiste una criticità riferita alla base giuridica sulla liceità del trattamento dei dati sindacali. Nelle conclusioni si auspica una novella legislativa dell'art. 26 della l. 20 maggio 1970, n. 300, con una riforma del collettaggio finalizzato alla misurazione della rappresentatività, volta anche a irrobustire la conformità al sistema Gdpr.

UNIONS, REPRESENTATIVENESS AND PRIVACY

The 2014-2015 scenario related to the data protection regime applied to Italian unions representativeness system will be presented. This will be followed by a brief overview of the Gdpr (Eu Reg. no. 2016/679). This will include an outline of the parameters of the measurement of the unions representativeness, the 2011 industrial relations frame agreements and the current evolution. This model aimed at measuring the unions representativeness – that is also based on registration of the dues payments by unions members – does not appear to be in compliance with the Gdpr and, in particular, with the legal basis the Gdpr requires. The essay concludes by reflecting on how the features of the Italian industrial relation model, aimed at measuring the unions representativeness, can be made more robust in relation to the Gdpr, also with reforms of the legal scheme of the dues payments collection (art. 26 of Law no. 300 of 1970).

NOTE E COMMENTI

Piergiorgio Alleva ()*

REDDITO DI CITTADINANZA E CRESCITA OCCUPAZIONALE (**)

SOMMARIO: 1. Sinergia tra reddito di cittadinanza e riassorbimento della disoccupazione. — 2. Formule (o ricette) per l'occupazione a confronto. I contratti di solidarietà «espansiva». — 3. Avvertenze preliminari all'analisi della proposta. — 4. Dati e parametri quantitativi di maggior rilievo. — 5. L'utilizzo «indiretto» del reddito di cittadinanza ai fini dell'incremento occupazionale. — 6. Misure aggiuntive di compensazione economica della riduzione d'orario. — 7. Una proposta vantaggiosa per tutti. — 8. Applicabilità della proposta alle pubbliche amministrazioni. — 9. Testo in articoli con commento della proposta di legge.

1. — *Sinergia tra reddito di cittadinanza e riassorbimento della disoccupazione* — L'introduzione nel nostro ordinamento di un «reddito di cittadinanza», in concreto destinato anzitutto, anche se non esclusivamente, a disoccupati e inoccupati apre una nuova e probabilmente insperata, o comunque non pienamente valutata, prospettiva di una lotta alla disoccupazione finalmente vittoriosa.

Invero, nella corrente opinione e considerazione, il reddito di cittadinanza costituisce essenzialmente una misura di redistribuzione del reddito con secondari, e per lo più solo sperati, effetti occupazionali, laddove invece – ed è quanto cercheremo di dimostrare con questa nota – consente di redistribuire insieme, e con la stessa intensità e certezza, reddito e occupazione, a patto di saper costruire nuove e positive correlazioni tra concetti e istituti.

La redistribuzione dell'occupazione costituisce una via obbligata per rispondere in tempi brevi alla domanda: «cosa si può fare qui e subito per ridurre drasticamente la disoccupazione giovanile?» Si porrebbe così rimedio in tempi brevi, e non medio-lunghi o lunghissimi, al dramma sociale della mancanza di lavoro, continuativamente aggravata anche dal progresso tecnologico, senza peraltro negare in alcun modo la contemporanea, parallela

(*) Consigliere della Regione Emilia Romagna, già professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Politecnica delle Marche.

(**) Riceviamo e pubblichiamo per diffusione scientifica.

necessità di investimenti e politiche economiche che comportino, in progresso di tempo, un aumento assoluto del fabbisogno di forza lavoro.

La possibile sinergia tra reddito di cittadinanza e incremento occupazionale sembra, peraltro, essere sfuggita, fino a ora, sia ai detrattori che ai sostenitori e promotori dello stesso reddito di cittadinanza; e invero i «detrattori» li considerano addirittura concetti agli antipodi, vedendo nel reddito di cittadinanza un istituto essenzialmente assistenziale, di mero trasferimento di reddito verso strati della popolazione certamente poveri e disagiati, ma anche sospettati o indiziati di pigrizia, di tendenza al parassitismo sociale e, addirittura, di probabili comportamenti simulatori e truffaldini.

Questo ingiusto e pregiudiziale atteggiamento ha, in qualche modo, impressionato anche i preponenti e sostenitori del nuovo istituto, che hanno assunto una posizione, per così dire, «difensiva», condizionando la percezione del reddito di cittadinanza a una lunga serie di requisiti e anzitutto alla soggettiva disponibilità del disoccupato percettore ad accettare, a pena di perdita del beneficio, offerte di lavoro da parte degli uffici e organismi pubblici operanti nel mercato del lavoro.

Ma il sistema pubblico di regolazione di questo mercato ha sempre dato pessima prova nel procurare ai disoccupati posti di lavoro, con la conseguenza che, a parte le intenzioni, e le «grida» circa l'obbligo di accettare le eventuali offerte, resta altamente probabile che, per mancanza in concreto di offerta, non si vada al di là di una, comunque positiva, misura antipoverà. E invece, alla fine, a ben pensarci, con la stessa spesa pubblica si potrebbe ottenere molto ma molto di più, e cioè un lavoro vero per i disoccupati/inoccupati e inoltre una parallela riduzione del «tempo di lavoro», con conseguente aumento del «tempo di vita», per un numero di lavoratori già occupati quadruplo di quello dei disoccupati che verrebbero assunti. La via è essenzialmente quella dei contratti di solidarietà espansivi, che tra breve compiutamente illustreremo.

Occorre, a nostro avviso, adottare questo punto di vista: una volta introdotto nel nostro ordinamento il reddito di cittadinanza, con il conseguente stanziamento nel bilancio statale di una somma sicuramente ingente, il legislatore, senza accorgersene, o quasi, ha anche felicemente creato la provvista per finanziare, senza spese aggiuntive, un reale aumento del numero degli occupati.

Il punto è semplicissimo, addirittura lapalissiano, ma decisivo: ogni posto in più che venisse creato dalla volontaria riduzione di orario accettata da 4 lavoratori già in forza comporterebbe un reddito di cittadinanza in meno da pagare al disoccupato così assunto, il quale godrebbe non già di

un sussidio, ma di un lavoro vero e di un vero reddito da lavoro normalmente più alto del sussidio stesso.

Tutto il problema di politica sociale e legislativa si riduce, insomma, al riuscire a creare un nuovo posto di lavoro spendendo lo stesso importo che si spenderebbe per corrispondere il reddito di cittadinanza a quel soggetto se restasse disoccupato o inoccupato.

Vedremo nel paragrafo seguente, spiegando in sintesi la formula (o ricetta) dell'operazione, come ciò sia perfettamente possibile.

Occorre però, anzitutto, onde evitare confusione, marcare la distanza tra la via che indichiamo, della redistribuzione del lavoro, e quella che il legislatore ha, invece, prospettato come relazione tra reddito di cittadinanza e crescita occupazionale: l'idea, cioè, di destinare la parte del reddito di cittadinanza, ipoteticamente in godimento a un disoccupato, al datore di lavoro che lo assuma, così realizzando un aumento netto del monte ore lavorative della sua azienda.

2. — *Formule (o ricette) per l'occupazione a confronto. I contratti di solidarietà «espansiva»* — La via ora ricordata, attraverso cui il legislatore vorrebbe legare il reddito di cittadinanza alla crescita occupazionale, è quella di incentivare direttamente i datori di lavoro all'assunzione, promettendo loro l'importo mensile del reddito di cittadinanza per il tempo di residuo godimento da parte dell'ex disoccupato ora neoassunto. Tale via è certo apprezzabile, pur reiterando una tradizionale tipologia di incentivo occupazionale («soldi pubblici a chi assume»), ma i suoi effetti non potranno che essere limitati. La ricordata misura, infatti, presuppone pur sempre che il datore di lavoro abbia bisogno di forza lavoro «in più», ossia che sussista nell'azienda un fabbisogno occupazionale superiore rispetto al passato.

Invero, nessun datore di lavoro assume se non ha necessità di lavoro in più, ancorché il posto di lavoro sia in parte «pagato» da contributi pubblici.

La via che indichiamo è diversa, senza escludere quella ora ricordata, perché non presuppone un nuovo ulteriore fabbisogno di ore lavorative, in quanto misura di tipo redistributivo, e i nuovi posti di lavoro, per così dire, «si creano e si pagano da sé» utilizzando la stessa provvista di denaro pubblico stanziata per il reddito di cittadinanza.

L'incentivazione pubblica costituita dal reddito di cittadinanza, invero, va intelligentemente utilizzata in modo, per così dire, «indiretto» o «di sponda»: occorre destinare un importo equivalente a quello del reddito di cittadinanza che quel disoccupato/inoccupato avrebbe percepito a quattro lavoratori, già occupati, i quali volontariamente accettino di ridurre la loro

settimana lavorativa da cinque a quattro giornate, così «aprendo uno spazio» per l'assunzione di quel disoccupato/inoccupato, e guadagnando per sé un giorno libero in più alla settimana.

L'importo che sarebbe stato destinato all'erogazione di un singolo reddito di cittadinanza dovrebbe appunto compensare, invece, quei quattro lavoratori «riducenti orario» della ovvia perdita salariale (di 1/5) conseguente alla riduzione dell'orario lavorativo da 5 a 4 giorni settimanali.

Lo strumento negoziale da usare per questa operazione è il contratto di solidarietà espansiva, previsto oggi dall'art. 41, d.lgs. n. 148/2015, che è un accordo sindacale aziendale nel quale tutta la vicenda può essere convenientemente negoziata e pattuita nei particolari, e che è perfettamente invocabile in giudizio nel caso di inadempimenti.

Con il contratto di solidarietà, come è noto, si riduce l'orario di lavoro di un certo numero di dipendenti già in forza: in quelli cd. «difensivi» per fronteggiare crisi aziendali e temporanea mancanza di lavoro, e in quelli «espansivi» (che ci interessano) per «creare spazio» all'assunzione di nuovi lavoratori.

Però la legge vigente (art. 41 del d.lgs. n. 148/2015) prevede compensazioni salariali ai lavoratori i cui orari vengano ridotti solo con riguardo ai contratti di solidarietà «difensivi» e non a quelli «espansivi». Senza un'adeguata compensazione salariale lo strumento da noi proposto non funzionerebbe, perché i lavoratori, pur desiderando certamente un giorno libero in più alla settimana – e con tutta la simpatia per i disoccupati – non potrebbero permettersi una perdita salariale del 20% (1/5 dello stipendio).

Per converso, però, con una compensazione adeguata vicina al 100% o addirittura totale della perdita si avrebbe una vera e propria «corsa alla riduzione di orario».

Ebbene, quella compensazione altamente adeguata può derivare proprio dalla finalizzazione al suo pagamento della risorsa finanziaria che sarebbe stata assorbita dal pagamento del reddito di cittadinanza, con la precisazione – che è meglio formulare fin d'ora – che l'attribuzione della risorsa economica ai lavoratori accettanti la riduzione di orario potrebbe avvenire, per motivi anzitutto di semplificazione burocratica, sotto forma di riduzione della trattenuta fiscale Irpef in busta paga.

Si può dunque delineare, in via di prima sintetica conclusione, una semplice ma originale formula: per non limitarsi ad alleviare la povertà del disoccupato/inoccupato, ma per garantirgli il lavoro e relativo reddito, conviene «giocare di sponda» e destinare la stessa risorsa monetaria (euro 780,00 mensili) non a lui direttamente, bensì alla compensazione salariale di quattro neocollegghi, i quali, riducendo la loro settimana lavo-

rativa da cinque a quattro giorni, creano praticamente *ex novo*, e in modo certo, il posto di lavoro che serve.

Con vantaggio di tutti: del (ex) disoccupato, dei lavoratori riducenti l'orario e dello stesso datore di lavoro, come più sotto si avrà agio di dimostrare.

3. — *Avvertenze preliminari all'analisi della proposta* — Abbiamo ritenuto opportuno, per semplicità ed efficacia di comunicazione, anticipare il nucleo essenziale della nostra proposta, ma nei paragrafi seguenti sarà opportuno o addirittura necessario scendere nei dettagli e nelle esemplificazioni, per meglio spiegarla e dimostrarne la pratica fattibilità.

Bisogna, però, formulare, in via ancora introduttiva, almeno le seguenti avvertenze:

1) quando si parla di destinare ai lavoratori che accettino di ridurre il loro orario settimanale, a titolo di compensazione, il beneficio monetario che sarebbe stato corrisposto al disoccupato come reddito di cittadinanza, ovviamente non si parla di rapporti o negozi giuridici tra soggetti individualmente considerati, ma solo di un confronto di contabilità generale tra diverse partite.

Si vuol dire che per lo Stato è lo stesso pagare al disoccupato Tizio euro 780,00 mensili a titolo di reddito di cittadinanza, oppure praticare uno sconto fiscale di euro 195,00 mensili a quattro lavoratori, Caio, Sempronio, Mevio e Saturnino, che, riducendo il loro orario settimanale, consentono l'assunzione di Tizio.

Per questo, comunque, non è affatto necessario che i cinque lavoratori si conoscano o siano entrati o entrino in contatto tra di loro.

2) L'unico atto giuridico concretamente necessario, secondo la nostra proposta, è la stipula a livello di singola azienda di un contratto di «solidarietà espansiva» (art. 41, d.lgs. n. 148/2015), ovvero di un accordo sindacale con il quale viene pattuito, ad esempio, che l'impresa assumerà cinque nuovi lavoratori, visto che 20 lavoratori già in forza hanno accettato di ridurre la loro settimana lavorativa da cinque a quattro giorni.

3) La proposta può applicarsi non solo alle imprese ma anche alle pubbliche amministrazioni, seppur alle condizioni e con le limitazioni che saranno illustrate.

4) Precedenti progetti, ispirati al meccanismo dei contratti di solidarietà espansiva, messi a punto da chi redige questa nota prima dell'introduzione del reddito di cittadinanza, con l'utilizzo di diversi tipi di risorse economiche per ottenere una provvista da distribuire ai «riducenti orario», restano in sé validi, ma ormai soprattutto come possibile strumento di completa-

mento e arricchimento della provvista, implicitamente creata con il decreto sul reddito di cittadinanza.

Se ne riparerà, pertanto, nel paragrafo 6 di questa nota, onde formulare un progetto completo.

4. — *Dati e parametri quantitativi di maggior rilievo* — Si può, dunque, iniziare l'illustrazione della proposta rammentando alcuni dati e parametri quantitativi necessari per apprezzarne il significato e la portata.

Il primo dato di interesse è costituito dal numero degli occupati e dei disoccupati, visto che gli occupati costituiscono, per così dire, «la provvista» per l'operazione di riassorbimento dei disoccupati tramite la riduzione dell'orario di lavoro settimanale del personale già in forza.

I disoccupati «ufficiali», cioè i soggetti che si registrano dichiarando la loro disponibilità all'assunzione al lavoro presso i competenti uffici amministrativi, ammontano a circa 2,5 milioni, cui va, però, aggiunto un numero difficilmente precisabile di «inattivi», ossia di persone che non cercano o non cercano più lavoro (essenzialmente per sfiducia), ma lo accetterebbero se ne avessero l'occasione, e il loro numero può essere stimato, almeno come ipotesi di lavoro, in 1,5 milioni di soggetti e forse di più.

Molti di questi quattro milioni, almeno, di soggetti, di cui il 30-33% costituito da giovani, versano, ovviamente, in condizioni di povertà e sarebbero, dunque, in grado di candidarsi alla percezione del reddito di cittadinanza.

Passando all'altro fulcro del problema, ossia al numero degli occupati, essi sono calcolati ufficialmente in circa 23 milioni, ma di essi 5 milioni sono lavoratori autonomi, e dei 18 milioni di lavoratori dipendenti solo 15 milioni sono «permanenti», ossia assunti a tempo indeterminato e quindi immediatamente utilizzabili per i nostri scopi.

Pur con tutte queste limitazioni e altre diverse, i parametri quantitativi restano confortanti, perché anche nell'ipotesi che la «provvista» degli occupati utilizzabili per la riduzione d'orario scenda, per varie ragioni, all'atto pratico, da 15 a 8-10 milioni di lavoratori e la settimana lavorativa possa (sempre volontariamente) essere ridotta da cinque a quattro giorni, i nuovi posti di lavoro risultanti ammonterebbero a non meno di 2-2,5 milioni, più che sufficienti per riassorbire tutta la disoccupazione giovanile, che costituisce l'obiettivo assolutamente privilegiato dell'operazione proposta.

Altro profilo quantitativo di centrale importanza riguarda la perdita salariale da compensare ai lavoratori accettanti la più volte ricordata riduzione dell'orario settimanale.

Detta perdita sarebbe, in teoria, di 1/5 del salario sia lordo che netto, vi-

sto che l'orario viene ridotto da 5 a 4 giornate, e possiamo assumere l'ipotesi di doverla applicare a un salario medio-minimo, che stando ai principali Ccnl è di circa euro 1.300,00 mensili netti, ovvero circa euro 1.600,00 lordi; importi i quali, dedotto quel 1/5, si ridurrebbero quindi a euro 1.040,00 netti ed euro 1.280,00 lordi.

Si parla, comprensibilmente, di importi previsti per le fasce centrali, operaie e impiegatizie, degli inquadramenti in qualifiche che contemplano, però, anche qualifiche più basse e più alte con relativi importi che, tuttavia, ben raramente superano gli euro 2.000,00 mensili, e interessano solo marginalmente, per le ragioni che si diranno, il nostro problema.

Assumendo, quindi, un importo medio di riferimento di euro 1.300,00 netti, la perdita di potere di acquisto da ripianare o da compensare dopo la riduzione di orario sarebbe di euro 260,00 netti mensili ($1.300:5=260$).

La questione diventa, allora, di appurare in quale misura una tale perdita possa e debba essere ripianata o compensata, perché il lavoratore si proponga per la riduzione di orario o, comunque, la accetti, e poi, ovviamente, con quali risorse e modalità realizzarla.

Anche a seguito dei risultati di uno specifico studio demoscopico (realizzato in Emilia Romagna), si può affermare che con una compensazione al 100% l'adesione sarebbe totale, ma che anche con un indennizzo pari ai 2/3 della perdita salariale la netta maggioranza degli occupati interpellati accetterebbe di «passare» alle quattro giornate lavorative settimanali: va precisato che i 2/3 della perdita teorica del 20% del salario significano una riduzione del salario complessivo del 7%, a fronte, però, di un giorno libero in più alla settimana.

Vedremo, allora, più sotto in dettaglio come la misura proposta di destinare ai quattro «riducenti orario» l'importo del reddito di cittadinanza (euro 780,00 mensili) che sarebbe andato al disoccupato/inoccupato realizzerebbe, già di per sé, una compensazione del 75% della perdita, ossia, a fronte della conquista di un giorno libero, una riduzione salariale complessiva solo del 5% dell'intero salario. Con la precisazione, però, che restino possibili e vengano proposte (cfr. paragrafo n. 6) misure aggiuntive che potrebbero azzerare quella perdita.

5. — *L'utilizzo «indiretto» del reddito di cittadinanza ai fini dell'incremento occupazionale* — Conviene, ora, entrare nel merito dell'operazione, in sé semplice ma richiedente un impegno assiduo delle forze sindacali e sociali, oltre che delle istituzioni: lo strumento operativo è costituito – come detto – dal contratto di solidarietà espansiva di cui all'art. 41, d.lgs. n. 148/2015, ossia da un contratto collettivo aziendale nel quale il datore di

lavoro, da un lato, e le Oo.Ss., dall'altro, pattuiscono un certo numero di nuove assunzioni in determinate qualifiche (ad esempio, 10 assunzioni) a fronte di un numero quadruplo di riduzioni di orario da 5 a 4 giornate settimanali (quindi, nell'esempio, 40 riduzioni) volontariamente accettate da altrettanti lavoratori già in forza.

La preparazione, azienda per azienda, dei contratti di solidarietà sarebbe, dunque, per le organizzazioni sindacali un impegno organizzativo e operativo notevole, ma anche di grande soddisfazione, trattandosi di realizzare, in un solo atto, due obiettivi sindacalmente importantissimi, quali nuove assunzioni, da un lato, e un sostanziale aumento del tempo libero per i «riducenti» orario dall'altro. Si tratterebbe, allora:

a) di censire, in primo luogo, i lavoratori già in forza all'azienda disponibili alla riduzione di una giornata della loro settimana lavorativa, a fronte della compensazione della perdita salariale, contestualmente risultante da fonti normative e dallo stesso contratto di solidarietà.

b) Di censire, per converso e in secondo luogo, in numero pari a 1/4 di quello dei precedenti soggetti, i possibili neoassunti, i quali, appunto, devono essere soggetti disoccupati/inoccupati già titolari o sicuri destinatari di un reddito di cittadinanza.

È poi altamente raccomandabile, per intuibili ragioni di ordine sindacale, economico, sociale e umano, che si tratti di giovani assumibili con contratto di apprendistato, così da fornire anche all'impresa una quanto mai vantaggiosa prospettiva di formazione mirata e di ringiovanimento degli organici.

Tuttavia, non si tratta di una condizione esclusiva – saranno invero le parti sociali del contratto di solidarietà a decidere in concreto della tipologia delle nuove assunzioni – neanche sotto il profilo finanziario, dal momento che l'importantissima «decontribuzione» previdenziale dei neoassunti è prevista sia dalle leggi sull'apprendistato dei giovani, sia comunque dalla normativa sui contratti di solidarietà espansiva per i neoassunti di qualsiasi età che trovino lavoro mediante tale strumento.

c) Di prevedere il coordinamento temporale, in termini di immediatezza o, comunque, di certezza, tra le due operazioni di riduzione di orario e di assunzione dei disoccupati/inoccupati, già convenientemente selezionati.

d) Di prevedere anche eventuali misure aggiuntive (oltre alle fondamentali detrazioni di imposta di cui subito sotto si dirà) per portare possibilmente al 100% la compensazione della perdita retributiva teoricamente subita dai lavoratori «riducenti orario»: pensiamo, in particolare, a benefici di «welfare» aziendale e a un contributo regionale, di importo finanziario moderato ma di grande valore politico, perché le Regioni dovrebbero esse-

re i soggetti istituzionali promotori, garanti e anche firmatari dei suddetti contratti di solidarietà espansiva.

Va da sé che al momento della stipula dei contratti di solidarietà dovrebbe essere già vigente la previsione normativa contemplata dalla nostra proposta e che ne costituisce «il motore», consentendo quel «gioco di sponda» tra reddito di cittadinanza e incentivo occupazionale che, della proposta, è, a sua volta, l'anima.

La previsione, cioè, in sé semplicissima, di una detrazione di imposta, da aggiungere a quelle già elencate all'art. 13 ss. del Testo Unico delle imposte sui redditi (di seguito, Tuir) di euro 200,00 mensili (arrotondando da euro $780,00:4$ =euro 195,00) per quei lavoratori che abbiano accettato la riduzione dell'orario settimanale in ragione e nell'ambito di un contratto di solidarietà espansiva.

Non vi è, per il lavoratore, alcuna pratica burocratica da espletare, perché sarà il datore di lavoro, avvertendo, ovviamente, l'Agenzia delle Entrate, a ridimensionare di euro 200,00 la trattenuta fiscale mensile in busta paga.

In questo modo, il lavoratore «recupera» euro 200,00 (arrotondamento di euro $780,00:4$ =euro 195,00) sui 260,00 che ha perso (sempre su un salario netto di euro 1.300,00 mensili) perché il netto corrisposto in busta paga risalirebbe da euro 1.040,00 a euro 1.240,00, ossia solo euro 60,00 in meno rispetto al salario (euro 1.300,00) precedente la riduzione di orario, con una perdita salariale complessiva soltanto del 4,6%.

È assolutamente probabile e ragionevole che la grande maggioranza dei lavoratori ben volentieri pagherebbe euro 60,00 mensili per avere un giorno libero in più alla settimana, ma anche questo piccolo sacrificio potrebbe essere evitato al «riducendo orario» grazie alle «misure aggiuntive» di incentivazione inseribili nel contratto aziendale di solidarietà espansiva di cui tra breve diremo.

Ma il cuore dell'operazione e della proposta consiste nella misura principale ora descritta, la quale evidenzia come con la introduzione del reddito di cittadinanza e dei relativi stanziamenti di bilancio sia virtualmente già pagata la diversa, ma gigantesca e salvifica, operazione di reperire, da subito, l'occupazione per centinaia di migliaia di giovani.

Quei giovani, infatti, non riceverebbero il reddito di cittadinanza cui hanno diritto, bensì qualcosa di meglio, ossia un posto di lavoro con relativo stipendio, poiché con la risorsa finanziaria destinata all'erogazione del reddito verrebbe creato *ex novo* lo stesso posto di lavoro, finanziando la volontaria riduzione d'orario di quattro dipendenti già in forza all'impresa.

Non era questo il vantaggioso risultato cui pensavano coloro che hanno voluto l'introduzione nel nostro ordinamento del reddito di cittadinanza, ma è ben noto che, storicamente, molte importanti scoperte e invenzioni sono avvenute «per caso», a cominciare – potremmo dire – nell'industria farmaceutica... dalla penicillina e dal Viagra.

6. — *Misure aggiuntive di compensazione economica della riduzione d'orario* — Quanto ora affermato non toglie che per garantire un pieno successo dell'operazione sia opportuno cercare di eliminare anche quel modesto differenziale di euro 60,00 mensili calcolato sullo stipendio medio-minimo di riferimento di euro 1.300,00 mensili, e di estendere l'operazione complessiva anche ai percettori di uno stipendio netto superiore, ad esempio, fino a euro 2.000,00 mensili netti.

Sono questi lavoratori di alta qualifica che potrebbero essere interessati alla riduzione di orario, la quale, però, sarebbe per loro alquanto costosa con conseguente effetto disincentivante: su uno stipendio netto di euro 2.000,00 la riduzione stipendiale mensile sarebbe, infatti, di euro 400,00, compensata solo per metà (euro 200,00) dalla ricordata detrazione di imposta.

Ovviamente, sopra gli euro 2.000,00 di stipendio netto le cose peggiorerebbero ancora, ma, a nostro avviso, per questi livelli superiori (impiegati di alto concetto e quadri) l'intera problematica non si porrebbe in concreto, trattandosi, per lo più, di soggetti «in carriera», non interessati a maggior tempo libero.

Possono, allora, tornare utili, per coinvolgere nella riduzione di orario settimanale anche i lavoratori con stipendio netto fino a euro 2.000,00 mensili, alcune misure che chiameremo ora «aggiuntive», ma che prima dell'introduzione del reddito di cittadinanza costituivano l'asse portante di una proposta sullo stesso oggetto della riduzione di orario con effetti occupazionali nel quadro di contratti aziendali di solidarietà espansiva.

Entrando nel merito, va anzitutto sottolineato, con riguardo alle fonti di finanziamento di tali «misure aggiuntive», che il datore di lavoro, nella vicenda del contratto aziendale di solidarietà espansiva, come sopra considerato, realizza comunque un notevole vantaggio economico-finanziario per diminuzione del costo del lavoro.

Infatti, la quantità delle ore complessivamente lavorate non cambierebbe, perché la riduzione di orario dei lavoratori che la accettano sarebbe perfettamente riequilibrata dalle ore lavorate dei nuovi assunti, ma questi ultimi all'impresa costerebbero di meno, perché sui loro salari non andrebbero pagati contributi previdenziali (ai sensi dell'art. 41, d.lgs. n. 148/2015, e/o

ai sensi della normativa sull'apprendistato), e in più essi subirebbero la temporanea decurtazione retributiva prevista dal Ccnl sotto la denominazione di «salario di ingresso».

Il vantaggio economico del datore di lavoro è così in realtà notevole, trattandosi di euro 300,00-400,00 mensili per ogni nuovo lavoratore assunto, e sarebbe allora equo destinare almeno la metà di tale risorsa ad aumentare la compensazione per i «riducenti orario»: si tratterebbe, in pratica, di un beneficio aggiuntivo di circa euro 50,00 *pro capite* (euro $200,00:4=\text{euro } 50,00$), che, aggiunti agli euro 200,00 di detrazione di imposta, colmerebbero totalmente, nella sostanza, la perdita stipendiale da riduzione di orario per i percettori di un salario netto di euro 1.300,00.

Nel concreto, questo beneficio aggiuntivo potrebbe convenientemente assumere la forma di una voce di *welfare* aziendale da aggiungersi, normativamente, a quelle già previste ed elencate dall'art. 51, secondo comma, lettera i, del Tuir.

Queste «voci» costituiscono per i lavoratori beni o servizi che dovrebbero acquistare e pagare nel mercato (ad esempio: asili per i figli, abbonamenti a mezzi pubblici, assistenza a parenti anziani ecc.), e che, invece, ricevono gratuitamente dall'azienda, senza, inoltre, che costituiscano reddito imponibile a fini fiscali.

Il datore di lavoro, invece, può dedurle fiscalmente come costo di lavoro, e proprio questa, come si comprende, è la potente molla del «*welfare* aziendale»: che ciò che per il lavoratore non costituisce reddito imponibile è, invece, per il datore di lavoro, costo deducibile, con evidente vantaggio di entrambi.

La misura incentivante aggiuntiva di «*welfare* aziendale» potrebbe così, ad esempio, assumere la forma di «*voucher*», ovvero «buoni acquisto» (ora consentiti dall'art. 51, comma 3-*bis*, Tuir) presso catene convenzionate della grande distribuzione, con valore, cadauno, di euro 50,00 per lavoratori percettori di salario netto fino a euro 1.300,00 e con due «tagli» superiori di euro 100,00 ed euro 150,00 per stipendi netti rispettivamente fino a euro 1.800,00 e fino a euro 2.000,00, allo scopo di coinvolgere, se lo vogliono, nella riduzione di orario anche lavoratori di più alta qualifica.

Va notato che per i datori di lavoro tali «*voucher*» o «buoni acquisto» avrebbero un costo di parecchio inferiore rispetto al loro valore facciale, utilizzato e goduto dal lavoratore nell'acquisto di beni e servizi, perché, ovviamente, i datori e le loro associazioni potrebbero ottenere dei forti sconti dai fornitori, acquistandone ingenti quantità da distribuire poi ai lavoratori «riducenti orario».

Per le suddette ragioni si è voluto prevedere e regolamentare nell'arti-

colato del progetto di legge ambedue le «leve», o strumenti, che prendono la forma delle due modifiche o integrazioni al Tuir (all'art. 13 e all'art. 51, secondo comma): perché la leva del «*welfare* aziendale», che è marginale e una sorta di «Cenerentola», quando opera l'altra dell'utilizzo indiretto del reddito di cittadinanza, possa all'occorrenza, quando ciò non avvenga, funzionare anche da sola, seppur con modalità più impegnative e severe.

Occorre, infine, completare il quadro delle risorse finanziarie utilizzabili per la realizzazione delle proposte ricomprendendovi un contributo regionale alle imprese firmatarie di contratti di solidarietà espansiva.

Il suo importo finanziario potrebbe essere modesto, poniamo di euro 10,00 mensili rimborsati al datore di lavoro per ogni «riducente orario» con stipendio netto di euro 1.300,00, e di euro 15,00 o euro 20,00 per fasce superiori, lasciando, magari, al contratto aziendale di solidarietà espansiva di prevederne l'eventuale riversamento ai lavoratori.

Ciò costituirebbe per la Regione una sorta di «titolo legittimante» per sedersi ai tavoli dei contratti aziendali di solidarietà espansiva.

7. — *Una proposta vantaggiosa per tutti* — Ci si può chiedere, a questo punto, quali sarebbero i vantaggi che deriverebbero dalla descritta proposta alle parti protagoniste o comunque coinvolte nella sua realizzazione mediante contratti aziendali di solidarietà espansiva.

Vediamo le singole categorie:

a) Disoccupati/inoccupati neoassunti.

Sono, ovviamente, i principali beneficiari, perché finalmente otterrebbero in termini di certezza un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, al posto del reddito di cittadinanza cui avrebbero altrimenti diritto.

È importantissimo e fondamentale ribadire che, a stregua di questa proposta, non ci si limita a «sperare» che il datore di lavoro, attratto dall'incentivo economico, voglia dotarsi di un posto di lavoro «in più», dal momento, che, invece, riduzione di orario e nuove assunzioni costituiscono una sorta di sistema «a vasi comunicanti» disciplinato come evento certo e in termini di obbligo giuridico dal contratto di solidarietà, una volta sottoscritto.

L'assunzione di giovani disoccupati potrebbe avvenire anche con contratto di apprendistato e sarebbe allora, naturalmente, vista con molto favore dagli imprenditori, che, in sostanza, potrebbero ringiovanire gli organici, realizzando i piani formativi di cui avvertono la necessità.

b) Lavoratori già occupati che riducono l'orario lavorativo da cinque a quattro giornate settimanali.

È la categoria «nuova» introdotta dalla proposta, e che costituisce il «motore» o la «provvista» per l'effetto di incremento occupazionale e va su-

bito chiarito che da detta proposta i lavoratori «riducenti orario» ricevono un vantaggio solo di poco inferiore a quello dei disoccupati neoassunti.

Per la gran parte delle persone che lavorano – a iniziare, ovviamente, dalle donne lavoratrici – la prospettiva di un giorno libero in più a settimana è tale, letteralmente, «da cambiare la vita», consentendo al lavoratore e alla lavoratrice di accedere a una quantità quasi sconfinata di attività culturali, ludiche, di cura familiare, di volontariato ecc.

E ciò a fronte di una penalizzazione salariale del 5% soltanto, o, meglio ancora, probabilmente senza alcuna penalizzazione.

Al vantaggio proprio dell'acquisto di maggior tempo libero non potrebbe non sommarsi, poi, l'intima soddisfazione di aver così contribuito all'eliminazione della piaga sociale dell'inoccupazione, soprattutto giovanile.

Conviene, però, soffermarsi ancora un poco sugli aspetti tecnico-normativi della proposta, che consentono a questi lavoratori una riduzione economicamente indolore dell'orario di lavoro settimanale.

Tutto quello che occorre, dal punto di vista delle modifiche normative, sono due laconiche, ma cruciali innovazioni e «addizioni» a due norme del Tuir, ed esattamente all'art. 13, in tema di detrazioni di imposta per i redditi di lavoro, e all'art. 51, secondo comma, che elenca le prestazioni di «*welfare* aziendale», ossia di beni e servizi erogati al lavoratore, ma che non costituiscono, per lui, reddito fiscalmente imponibile.

La prima «addizione» o aggiunta da apporre, a nostro avviso, all'art. 13 Tuir come comma 1-*ter* dovrebbe prevedere la spettanza di una detrazione di imposta di euro 2.600,00 annuali ed euro 200,00 mensili in favore dei lavoratori i quali abbiano volontariamente ridotto la loro settimana lavorativa nell'ambito e per gli effetti di un contratto di solidarietà espansiva per l'assunzione di disoccupati destinatari del reddito di cittadinanza.

La seconda «addizione» da apporre all'art. 51, secondo comma, Tuir come lett. *f-quinquies*, dovrebbe prevedere la non computabilità come redditi di lavoro dei «*voucher*» o documenti di legittimazione corrisposti a parziale compensazione della perdita di potere di acquisto della retribuzione, per quegli stessi lavoratori «riducenti orario».

In estrema sintesi, questi lavoratori che ottengono il grande beneficio di un giorno libero in più alla settimana compensano, inoltre, la perdita stipendiale: in parte minore tramite la percezione di beni o servizi non costituenti reddito fiscalmente imponibile, e in parte maggiore mediante l'assegnazione di una detrazione di imposta «dedicata» che, ovviamente, rialza il «netto» della busta paga, compreso dalla riduzione di orario e salario.

Resta da dire dei profili previdenziali dell'operazione proposta per questi lavoratori: si può ricordare, in proposito, che per i rapporti di lavoro «a

part-time», ossia da orario ridotto rispetto agli standard di Ccnl, la riduzione del futuro trattamento pensionistico può essere evitata sia con il versamento di contributi volontari a ripiano della differenza di imponibile previdenziale, sia retroattiva, con il riscatto dei periodi di versamento ridotto.

Esiste, però, anche la possibilità di accredito di contributi figurativi da parte dell'Inps, senza spese né per il lavoratore né per il datore di lavoro, e ciò è previsto anche per i contratti di solidarietà dell'art. 5, c. 5, l. 19.7.1993, n. 236, che, tuttavia, non specifica espressamente se il beneficio riguardi solo i contratti di solidarietà difensiva o anche quelli di solidarietà espansiva.

La risposta positiva può essere facilmente dedotta in via interpretativa dall'art. 2 del d.lgs. 24.9.2016, n. 185, contenente disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi del *Jobs Act*, il quale consente la «trasformazione» di contratti di solidarietà difensiva in contratti di solidarietà espansiva, e poiché i primi godono sicuramente di contribuzione figurativa è ovvio che essa non possa perdersi nel passaggio ai contratti di solidarietà espansiva, e che quindi anche questi ultimi ne godano in linea generale.

c) Datori di lavoro.

Questa proposta si fa carico, naturalmente, dell'atteggiamento normalmente riottoso e «allergico» dei datori di lavoro verso prospettive di aumento dell'occupazione e/o della riduzione dell'orario di lavoro nelle (proprie) aziende, e lo fa escludendo, anzitutto, che possano essere fondate eventuali doglianze di aumento del costo del lavoro.

Infatti, secondo la proposta, il monte ore complessivo lavorato e retribuito non varia, essendo il minor orario settimanale dei vecchi assunti, che passano alle quattro giornate lavorative settimanali, perfettamente riequilibrato dal lavoro dei nuovi assunti.

Anzi, il costo del lavoro diminuirebbe perché le ore lavorate dai nuovi assunti sarebbero esenti da contribuzione previdenziale (per 3 anni) e temporaneamente retribuite con l'istituto del «salario di ingresso», di qualche punto percentuale inferiore agli standard contrattuali collettivi.

Soprattutto, però, i datori di lavoro avrebbero l'occasione più unica che rara di procedere, in modo sostanzialmente gratuito, alla realizzazione di una strategia di ringiovanimento degli organici e di formazione professionale mirata dei nuovi assunti mediante piani di apprendistato.

Quanto alle eventuali misure aggiuntive di «*welfare aziendale*», sarebbero in parte finanziate dai risparmi sul costo del lavoro dei neoassunti, e sarebbe questa l'occasione per tanti imprenditori di avvicinarsi a una modalità di gestione «fidelizzante» dei rapporti con il personale, ormai adottata con convinzione da molte moderne imprese di dimensioni medio-grandi.

d) Organizzazioni sindacali.

Sulle organizzazioni sindacali ricade, e in massima parte, la responsabilità operativa per la realizzazione della proposta, dal momento che il vettore è costituito dal contratto di solidarietà espansiva, e cioè da un contratto collettivo aziendale «specializzato» (art. 41, d.lgs. n. 148/2015).

Così il sindacato farebbe al massimo grado «il suo mestiere»: migliorare le condizioni di chi ha già un lavoro (procurando un giorno libero in più alla settimana senza perdita salariale), da un lato, e procurare un lavoro a chi lo vorrebbe e non lo ha, dall'altro!

Per questo occorrerà un'attività intensa e costante: censire i possibili «riducenti orario» acquisendone il consenso, e i possibili disoccupati titolari di reddito di cittadinanza, individuando le mansioni, le qualifiche e i percorsi formativi delle nuove assunzioni, nonché la fisionomia dei rapporti individuali dei neoassunti (apprendistato o altri).

Il che significherebbe anche entrare o rientrare nel cuore delle problematiche e della organizzazione aziendale, rinforzare sostanzialmente il rapporto con i lavoratori e fare proselitismo nel senso migliore.

Si tratta, per il sindacato, a nostro giudizio, di un'occasione unica per affermare e vedere riconosciuta la propria funzione di organizzazione di interessi sociali e collettivi.

Si comprende anche come ben presto cadrebbero tutti i pregiudizi contro il reddito di cittadinanza e le profezie di tipo scettico: quelle, cioè, secondo cui il sistema dei servizi dell'impiego non sarà in grado, come vorrebbe la legge, di proporre al disoccupato/inoccupato tre proposte di lavoro «idonee», così da lasciarlo, infine, a poltrire sul famigerato «divano»: invece le offerte verrebbero sicuramente e indefettibilmente, perché «auto-prodotte» o «autocostruite» dal sistema, con la riduzione di orario settimanale di quattro lavoratori già occupati, finanziariamente compensati con la detrazione di imposta!

Anche le organizzazioni sindacali datoriali avrebbero una importante, positiva funzione: oltre a quella di mettere a punto prassi di «*welfare* aziendale», soprattutto quella di immaginare, per i singoli settori produttivi, importanti programmi di formazione professionale e ringiovanimento dell'organico grazie al recupero – finalmente – al mondo della produzione di centinaia di migliaia di giovani, e di versare, poi, quei programmi nei contratti aziendali di solidarietà espansiva, e, prima ancora, in accordi quadro territoriali e di settore.

e) Enti regionali e locali.

La riduzione, o quasi eliminazione della disoccupazione non può non rappresentare il primo e più desiderato obiettivo degli Enti territoriali, ed

è assolutamente evidente che un'operazione come quella illustrata dovrebbe costituire il fulcro di un «patto per il lavoro» territoriale.

Non l'unico, va ancora precisato, perché la necessità di redistribuire reddito e occupazione deve realizzarsi in parallelo con nuovi investimenti, nuovo sviluppo e creazione di nuovi posti di lavoro generati da quegli investimenti.

Ma la proposta di cui qui si è parlato ha una sua priorità perché – come abbiamo sottolineato all'inizio di questa nota – risponde alla domanda: «cosa si può fare qui e subito per ridurre drasticamente la disoccupazione?»

E – va aggiunto – senza spesa ulteriore nel bilancio statale rispetto a quella già impegnata per una misura «antipoverà» come il reddito di cittadinanza.

Crediamo che la Regione abbia un importante ruolo da svolgere, istituzionale e di supporto delle parti, e che abbia tutto l'interesse a sedersi a un tavolo di negoziazione dei contratti di solidarietà espansiva, e, sedendosi a quel tavolo, ben potrebbe marcare la sua presenza versando un «*chip*» (ad esempio, euro 10,00 di incentivo per ogni lavoratore «riducente orario»).

8. — *Applicabilità della proposta alle pubbliche amministrazioni* — La proposta sopra illustrata è stata pensata e ambientata, come dimostra l'utilizzo di uno strumento quale il contratto aziendale di solidarietà espansiva, con riguardo alle imprese e al lavoro nelle imprese, ma la tematica che essa solleva non è estranea alle pubbliche amministrazioni, ovvero al pubblico impiego.

Anche in tale settore, infatti, gli orari di lavoro settimanali sono fermi da moltissimi anni alle 36-38 ore e si avverte in modo sempre più acuto l'esigenza di un rinnovamento e ringiovanimento degli organici.

Invero, la politica dei «blocchi assuntivi», estesi, di fatto o di diritto, anche al semplice «*turnover*», ha fatto sì che in non pochi comparti (anzitutto la Sanità) l'approssimarsi di un normale turno di pensionamento di lavoratori con anzianità più che trentennale rischia, ora, di mettere in una gravissima e catastrofica crisi l'erogazione di pubblici servizi.

Per altro verso, la ben diversa densità geografica delle imprese produttive nel nord Italia rispetto al Mezzogiorno rischia di far sì che, secondo la metodologia proposta, l'effettivo riassorbimento della disoccupazione nell'organizzazione aziendale sia un effetto per lo più limitato ai territori settentrionali.

Peraltro, questa proposta metodologica (riduzione d'orario e nuove assunzioni) può essere applicata anche alle pubbliche amministrazioni, con evidenti positivi riflessi occupazionali, anche nei territori del Mezzogiorno,

e senza aggravamento della spesa pubblica, ove le nuove assunzioni riguardassero anche quei soggetti destinatari, altrimenti, del reddito di cittadinanza.

L'intervento normativo necessario per l'estensione della proposta e relativi contenuti all'impiego pubblico e alle amministrazioni pubbliche dovrebbe, a parer nostro, agire su due fronti: da un lato, rivedere la disciplina del *part-time* per i dipendenti pubblici, introducendo la possibilità di riduzione dell'orario di una giornata settimanale, seppur in modo condizionato a nuove assunzioni di disoccupati/inoccupati destinatari di reddito di cittadinanza; dall'altro lato, introdurre la possibilità di concorsi assuntivi riservati, in tutto o in parte, a questi ultimi soggetti.

Si potrebbe, certamente, osservare che, in tal modo, si può correre il rischio di una pronunzia di incostituzionalità, perché, secondo la giurisprudenza maggioritaria, l'art. 97 Cost. imporrebbe come modalità di assunzione di dipendenti delle p.a. concorsi pubblici e non riservati. Ma questa regola non è mai stata intesa come assoluta, sia sotto il profilo della non prevalenza della riserva di posti (almeno il 50 per cento dei posti da assegnare con concorso pubblico), sia sotto quello dell'ammissibilità costituzionale di misure *una tantum* di reclutamento straordinario di determinati soggetti per specifiche circostanze (ad esempio: sanatoria precariato, come recentemente nel caso dell'art. 20 del d.lgs. n. 75/2017, cd. legge Madia).

E anche nel nostro caso ricorrerebbero indiscutibili esigenze di natura straordinaria: l'«emergenza occupazionale» per il ringiovanimento degli organici, da un lato, e, dall'altro, la possibilità di farlo senza spesa ulteriore, utilizzando soggetti altrimenti destinatari del reddito di cittadinanza.

Il meccanismo, a nostro avviso, dovrebbe prevedere, nel suo funzionamento concreto, un duplice condizionamento: da una parte, dovrebbe essere vagliata la disponibilità alla riduzione di orario del personale già operativo allo scopo di mettere a punto bandi di concorso di assunzione, nelle qualifiche individuate, di disoccupati/inoccupati titolari o destinatari del reddito di cittadinanza. D'altra parte, solo al momento dell'assunzione di questi ultimi diverrebbe operativa la riduzione di orario dei lavoratori già in forza.

Con questi interventi normativi, nel settore dell'impiego pubblico diverrebbe probabilmente non necessaria la stipula di un vero e proprio contratto di solidarietà difensiva, essendo l'operatività della p.a. nella specifica vicenda già regolata da linee guida normative; ma, certamente, una espressa previsione normativa di trattabilità della materia e dei suoi dettagli in accordi integrativi a livello di Ente potrebbe essere molto utile sotto molti profili.

Sarebbe anche un modo di risospingere verso l'unità il mondo del lavoro pubblico e del lavoro privato, che dopo la generosa unificante riforma dell'inizio di questo secolo, la successiva legislazione corrente ha, un po' alla volta, nuovamente separato e allontanato.

9. — *Testo in articoli con commento della proposta di legge* — La proposta di legge diretta a utilizzare il reddito di cittadinanza come strumento di riassorbimento della disoccupazione deve necessariamente porre capo a modifiche della legge nazionale, perché comporta l'integrazione di due importanti disposti normativi del Tuir (ossia il d.lgs. n. 917/1986, aggiornato annualmente), ossia dell'art. 13 e dell'art. 51, secondo comma, in tema, rispettivamente, di detrazioni di imposta e di erogazione di beni o servizi al lavoratore non costituenti, tuttavia, reddito di lavoro (cd. «*welfare aziendale*»).

Ciò non toglie, peraltro, che la proposta resti, per la sua operatività e il suo successo, legata al territorio e specificamente alla dimensione regionale, perché è nell'ambito regionale che devono essere negoziati e conclusi i contratti aziendali di solidarietà espansiva che investono, azienda per azienda, le unità produttive costituenti la «rete» economica territoriale.

Un efficace coordinamento e supporto da parte dell'Ente Regione costituisce, quindi, più che un'opportunità, addirittura una necessità, come si è più sopra spiegato, e ciò comprende, concettualmente, un'adeguata partecipazione all'*iter* legislativo, che ben può assumere la forma del progetto di legge del Consiglio regionale alle Camere, previsto dall'art. 121, secondo comma, della Costituzione, salva e anzi auspicata, ovviamente, la possibilità, ai fini di velocizzazione dello stesso *iter* legislativo, che esso sia poi ripreso da altri soggetti dotati, ai sensi dell'art. 71, di poteri di iniziativa legislativa.

Si può, dunque, osservare, passando a un commento del conciso, ma denso, articolato del progetto di legge, che all'art. 1 vengono anzitutto presentati gli ingredienti o elementi costitutivi della formula proposta per riassorbire in tempi molto brevi la disoccupazione dei giovani privi di un lavoro in stato di indigenza e, dunque, destinatari del reddito di cittadinanza.

Si tratta della loro assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato o con contratto di apprendistato da parte di imprese o enti i cui dipendenti a tempo indeterminato accettino volontariamente di ridurre la settimana lavorativa da cinque a quattro giornate, con compensazione economica totale o quasi totale della relativa decurtazione retributiva.

Il rapporto numerico è di un nuovo assunto ogni quattro «riducenti orario», e ciò spiega il perché il progetto possieda grandi potenzialità di riassorbimento della disoccupazione, stante il forte e sicuro interesse di milioni, addirittura, di lavoratori già in forza presso imprese ed Enti ad aumentare in modo molto rilevante il proprio tempo libero senza sacrificio retributivo o con un sacrificio ridottissimo (non più del 5% dello stipendio iniziale).

L'art. 2 della proposta descrive lo strumento giuridico idoneo a realizzare in concreto l'ambiziosa operazione: strumento costituito dal contratto sindacale aziendale di solidarietà espansiva, previsto e disciplinato dall'art. 41 del d.lgs. n. 148/2015, e, dunque, già vigente, ma, in sostanza, inutilizzabile perché privo di compensazione economica della perdita retributiva per i lavoratori «riducenti orario».

L'art. 3 della proposta entra, poi, nel merito del «come» di tale essenziale compensazione economica, prevedendo che essa assuma la forma, anzitutto e principalmente, di una detrazione di imposta per i lavoratori «riducenti orario» e, secondariamente, all'occorrenza, di un'integrazione del potere di acquisto attraverso la corresponsione, anche mediante «buoni» o documenti di legittimazione (cfr. art. 51, c. 3-*bis*, del Tuir), di beni e servizi a titolo di «*welfare* aziendale».

Completa il meccanismo la possibilità di un limitato supporto finanziario dell'Ente Regione all'impresa che garantisce la compensazione.

La norma specifica, naturalmente, le opportune modifiche e integrazioni alle previsioni dell'art. 13 e dell'art. 51, c. 2, Tuir.

L'art. 4 è dedicato al ruolo della Regione, che è innanzitutto promozionale e di coordinamento tra le organizzazioni sindacali e quelle datoriali, al fine della stipula dei contratti di solidarietà espansiva, ma anche di facilitazione dell'operazione complessiva nell'ambiente socio-economico, e di un suo parziale finanziamento, di alto impatto politico, indipendentemente dalle quantità delle risorse impegnate.

L'art. 5 riguarda l'estensibilità della proposta al pubblico impiego presso Enti pubblici non economici e altre amministrazioni pubbliche, che appare senz'altro possibile, pur dovendo farsi carico di alcune incertezze circa le modalità di reclutamento dei nuovi assunti: disoccupati in godimento del reddito di cittadinanza.

La soluzione è data da una riserva di posti nei concorsi pubblici per un limitato numero di anni: va sottolineato, in ogni caso, che qui non ha ragione di essere invocato alcun «blocco assuntivo» rispetto a questi lavoratori, perché la spesa è, appunto, già coperta dagli stanziamenti annuali per il reddito di cittadinanza.

TESTO DELL'ARTICOLATO

Misure di riassorbimento della disoccupazione tramite la promozione di contratti di solidarietà espansiva.

Art. 1

(Contratti di solidarietà espansiva per titolari del reddito di cittadinanza)

«Allo scopo di realizzare uno stabile inserimento lavorativo di giovani disoccupati o inoccupati, di età inferiore ai 35 anni e riconosciuti destinatari del reddito di cittadinanza, nonché di migliorare per tutti i lavoratori il rapporto tra tempo di vita e tempo di lavoro, vengono adottate le misure di incentivazione previste dalla presente legge per la stipula di specifici contratti di solidarietà espansiva, in quanto prevedano:

a) la riduzione della settimana lavorativa da cinque a quattro giornate, con adesione volontaria da parte dei singoli lavoratori dipendenti con contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato;

b) l'assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato o con contratto di apprendistato di giovani di età fino ai 35 anni, disoccupati o inoccupati, titolari del reddito di cittadinanza, con ricostituzione del monte ore lavorato precedente la riduzione di orario;

c) una compensazione economica in favore dei lavoratori che hanno aderito alla riduzione di orario, non inferiore al 75% della relativa perdita retributiva».

Art. 2

(Stipula dei contratti di solidarietà espansiva)

«I contratti aziendali di solidarietà espansiva di cui all'art. 1 della presente legge vengono stipulati dai soggetti di cui all'art. 51 del d.lgs. 15.6.2015, n. 81, con l'assistenza delle organizzazioni sindacali di categoria in applicazione di eventuali accordi quadro regionali: il singolo lavoratore è libero di non aderire alla riduzione di orario e alla relativa regolamentazione del contratto di solidarietà espansiva, anche se iscritto alle associazioni sindacali stipulanti».

Art. 3

(Compensazione economica per riduzione di orario)

1. «La compensazione economica non inferiore al 75% della perdita retributiva da riduzione di orario è realizzata mediante:

a) riconoscimento di una detrazione di imposta pari a euro 2.600,00 annuale da applicare mensilmente a ogni lavoratore che abbia accettato di ridurre il suo orario di lavoro settimanale da cinque a quattro giorni;

b) erogazione ai suddetti lavoratori di un ammontare concordato di *voucher* o titoli rappresentativi da utilizzare per l'acquisto di beni o servizi non costituenti reddito da lavoro, ai sensi dell'art. 51, secondo comma, Tuir;

c) specifici contributi regionali di cui all'art. 4 della presente legge.

2. Allo scopo di realizzare la misura compensativa di cui alla lett. *a* del comma che precede, all'art. 13 del Tuir è aggiunto il comma 1-*ter* del seguente tenore: "spetta, altresì, una detrazione di imposta lorda di euro 2.600,00 annuale da applicare ai lavoratori dipendenti di imprese private, enti pubblici economici e società partecipate pubbliche che abbiano volontariamente ridotto l'orario settimanale da cinque a quattro giornate, in applicazione di accordi sindacali di solidarietà espansiva diretti all'assunzione di disoccupati titolari o destinatari di reddito di cittadinanza".

3. Allo scopo di realizzare la misura compensativa di cui alla lett. *b* del primo comma, all'art. 51, secondo comma, Tuir è aggiunta la lettera *f*-*quinquies*, contenente la seguente previsione: "il valore nominale dei documenti di legittimazione o *voucher*, corrisposti in aggiunta o in sostituzione di una parte di retribuzione non superiore a 1/3 dello stipendio lordo ai lavoratori che abbiano volontariamente ridotto l'orario settimanale da cinque a quattro giornate, in applicazione di accordi sindacali di solidarietà espansiva diretti all'assunzione di disoccupati titolari o destinatari di reddito di cittadinanza"».

Art. 4

(Ruolo della Regione)

«La Regione:

a) Promuove la conclusione dei contratti di solidarietà espansiva di cui all'art. 1 della presente legge, d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali dei lavoratori e dei datori di lavoro, nonché di accordi quadro regionali, e può partecipare alla loro negoziazione e stipula.

b) Collabora alla messa a punto delle misure di compensazione economica di cui all'art. 3, primo comma, lett. *b*, che precede, favorendo l'acquisto presso i fornitori dell'insieme di beni e servizi di cui a detta disposizione.

c) Eroga, fino ad assorbimento delle risorse stanziare per questa finalità, alle imprese stipulanti i contratti di solidarietà espansiva di cui all'art. 1 della presente legge, un contributo mensile di euro 10,00 per ogni lavoratore che abbia aderito alla riduzione di orario, aumentato a euro 20,00 ove il lavoratore percepisse, prima della riduzione di orario, un salario superiore a euro 1.800,00 netti».

Art. 5

(Applicabilità alle pubbliche amministrazioni)

«Allo scopo di rendere applicabili le norme della presente legge, in quanto compatibili, ai dipendenti di pubbliche amministrazioni ed Enti pubblici non economici, vengono introdotte le seguenti disposizioni:

a) I dipendenti pubblici, i quali possono accedere, ai sensi della vigente legislazione, all'istituto del "*part-time*" verticale, hanno altresì il diritto di richiedere e ottenere la riduzione di una giornata della loro settimana lavorativa, in concomitanza e subordinatamente all'assunzione, con le modalità previste dal disposto della lett. *b* del presente comma, dei disoccupati titolari o destinatari del reddito di cittadinanza.

b) Le pubbliche amministrazioni possono riservare, per il triennio successivo all'entrata in vigore della presente legge, una percentuale non superiore al 50 per cento dei posti messi a concorso, a disoccupati titolari o destinatari del reddito di cittadinanza.

c) L'assunzione in servizio di cui alla lett. *b* che precede è condizionata dalla presentazione, in misura proporzionale, di domande di riduzione di orario da parte dei dipendenti di cui alla lett. *a*, così da assicurare l'invarianza del monte ore lavorate.

d) Nel caso di insufficiente presentazione, le assunzioni possono avere luogo nel caso di sopravvenienza di domande ulteriori nei 12 mesi successivi.

e) Le misure e le materie di cui ai commi che precedono possono formare oggetto di contrattazione decentrata».

ABSTRACT

Il contributo ipotizza un utilizzo congiunto del reddito di cittadinanza e dei contratti di solidarietà espansivi, al fine di ridurre drasticamente la disoccupazione. Questa soluzione viene esaminata analiticamente sotto il profilo retributivo, contributivo e fiscale, e si ritiene applicabile sia al settore privato sia, con particolari accorgimenti, a quello pubblico. Analizzati i vantaggi che ne deriverebbero per i disoccupati/inoccupati, per i lavoratori già occupati, per i datori, per le organizzazioni sindacali e per gli enti locali, viene formulata una proposta di legge strutturata in cinque articoli che disciplina analiticamente i profili trattati.

BASIC INCOME AND EMPLOYMENT GROWTH

The essay assumes a joint use of basic income and expansive solidarity contracts in order to drastically reduce unemployment. This solution is analyzed analytically in terms of salary, social security contributions and taxation, and is considered applicable both to the private sector and, with particular precautions, to the public sector. After analyzing the resulting advantages for unemployed people, workers, employers, trade unions and local authorities, a law proposal, structured in five articles analytically ruling the profiles treated, is formulated.

Andrea Allamprese, Silvia Borelli, Giovanni Orlandini ()*

LA NUOVA DIRETTIVA SUL DISTACCO TRANSNAZIONALE DEI LAVORATORI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Oggetto e campo di applicazione della Direttiva n. 2018/957. — 3. Le «tutele minime salariali» per i lavoratori in distacco transnazionale. — 4. La durata del distacco. — 5. Distacco e somministrazione di lavoro transnazionale. — 6. Subcontraenza. — 7. Cooperazione amministrativa. — 8. Difesa dei diritti e sanzioni. — 9. I settori esclusi.

1. — *Premessa* — Il 9.7.2018 è stata pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* la Direttiva n. 2018/957 del 28.6.2018, che apporta significative modifiche alla Direttiva n. 96/71 del 16.12.1996 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale: fattispecie che nell'ordinamento dell'Unione identifica l'invio di lavoratori in altri Stati membri per eseguire appalti, per svolgere prestazioni alle dipendenze di agenzie di somministrazione o nell'ambito di un distacco infragruppo.

La nuova Direttiva – che dovrà essere recepita dagli Stati entro il 30.7.2020 (cfr. l'art. 3) – si affianca alla Direttiva n. 2014/67 del 15.5.2014, che non ha inciso sulla Direttiva del 1996 ma mira piuttosto a garantirne la piena e corretta applicazione (1).

Si tratta di un'iniziativa rilevante, perché con essa si intende porre rimedio ad alcuni problemi generati dal sistema di regole relative alla mobilità temporanea di lavoratori all'interno dell'Unione europea che si è rivelato inidoneo a contrastare i fenomeni di *dumping* sociale e retributivo. Questi problemi sono emersi con tutta evidenza a seguito di una serie di sentenze della Corte di Giustizia dell'Ue nelle quali i giudici di Lussemburgo hanno applicato la Direttiva n. 96/71 come normativa che impedisce agli Stati – e ai sindacati – di imporre alle imprese straniere il pieno rispetto degli stan-

(*) Docenti di Diritto del lavoro, rispettivamente, presso l'Università di Modena e Reggio Emilia, presso l'Università di Ferrara e presso l'Università di Siena.

(1) La Direttiva n. 2014/67 è attualmente soggetta al riesame della Commissione che, nel giugno 2019, dovrebbe presentare una relazione sulla sua applicazione e attuazione (art. 24).

dard normativi e retributivi fissati dai contratti collettivi a efficacia non generalizzata vigenti sul territorio nazionale.

Il testo della nuova Direttiva migliora il quadro esistente, ma non appare capace di risolvere tutti i problemi scaturiti dalla suddetta giurisprudenza della Corte di Giustizia. Il problema della concorrenza giocata sul costo del lavoro attraverso il distacco transnazionale resta ancora lontano dall'essere risolto, e ciò per una serie di motivi. Innanzi tutto, in ragione del carattere inevitabilmente compromissorio di alcune disposizioni della nuova Direttiva. In secondo luogo, per il limitato ambito di incidenza di quest'ultima, che riguarda i soli profili di diritto del lavoro dei distaccati (salari e condizioni di impiego), ma non quelli previdenziali (e il connesso onere contributivo a carico dell'impresa straniera) (2). Infine, a causa dei problemi propri di alcuni sistemi di relazioni industriali nazionali (tra i quali quello italiano), le cui caratteristiche strutturali rendono particolarmente difficile il contrasto al *dumping* operato a livello transnazionale.

Nonostante il loro carattere compromissorio, le modifiche apportate dalla Direttiva n. 2018/957 hanno provocato la reazione di Polonia e Ungheria, che, nell'ottobre 2018, hanno depositato due ricorsi per annullamento di fronte alla Corte di Giustizia (3), a cui ha fatto seguito un comunicato unitario dei sindacati del gruppo di Visegrad contro l'iniziativa dei Governi polacco e ungherese, e a sostegno del recepimento della nuova Direttiva da parte degli Stati membri (4).

2. — *Oggetto e campo di applicazione della Direttiva n. 2018/957* — Vari sono i profili della Direttiva n. 96/71 in relazione ai quali la Direttiva n. 2018/957 apporta delle modifiche incisive. Il primo profilo attiene all'oggetto e all'ambito di applicazione della Direttiva n. 96/71.

In questa parte, si colloca la cd. «clausola di salvaguardia», finalizzata a garantire che la Direttiva n. 96/71 non comporti effetti limitanti l'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare quelli all'azione sindacale e alla contrattazione collettiva, come riconosciuti dagli Stati membri e dall'Unione europea (5).

(2) Sul punto torneremo *infra*, par. 4.

(3) C-626/18, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*; C-620/18, *Ungheria c. Parlamento europeo*.

(4) *Joint statement of trade unions of the Visegrad Group on the current situation with Posted Workers Directive and the complaint of the Polish and Hungarian Governments to the Court of Justice of the EU on the revised directive*, 12.10.2018.

(5) Vd. il nuovo par. 1-bis dell'art. 1 della Direttiva n. 96/71, come introdotto dall'art. 1, punto 1, lett. b, della Direttiva n. 2018/957.

Il nuovo par. 1-*bis* dell'art. 1 della Direttiva n. 96/71 non solo richiama il doveroso rispetto dei diritti fondamentali, comprendendovi il diritto di sciopero, ma ribadisce che l'attuazione della Direttiva non deve pregiudicare «il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi, o di intraprendere azioni collettive in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali». La disposizione è rilevante giacché rappresenta la risposta legislativa alla nota decisione della Corte di Giustizia nel caso *Laval* (6), nella quale l'esercizio del diritto di sciopero è stato subordinato alla libertà delle imprese straniere di distaccare lavoratori in Stati membri diversi dal paese di stabilimento, senza essere costrette a negoziare con i sindacati dello Stato ospitante salari e condizioni di lavoro superiori agli standard minimi previsti dalla legislazione di quel paese.

L'intento del legislatore dell'Unione è chiaro: fornire ai diritti collettivi dei lavoratori più solide basi per giustificare compressioni delle libertà economiche nell'ambito del mercato unico. Resta da vedere se la formulazione introdotta con l'art. 1, punto 1, lett. *b*, della Direttiva n. 2018/957 sarà sufficiente a raggiungere tale obiettivo o se invece la Corte di Giustizia, ove fosse nuovamente chiamata a confrontarsi con il problema, ne limiterà l'impatto, valorizzando il carattere prevalente della libertà di prestazione dei servizi come libertà fondamentale sancita dal Trattato: cioè da una fonte primaria sovraordinata rispetto a una direttiva.

3. — *Le «tutele minime salariali» per i lavoratori in distacco transnazionale* — La seconda modifica apportata dalla Direttiva n. 2018/957 incide sulla definizione dei trattamenti retributivi da corrispondere ai lavoratori in distacco transnazionale. Siffatta modifica può leggersi come il recepimento dei principi enunciati nella sentenza resa dalla Corte di Giustizia nella causa *Sähköalojen ammattiliitto* (7), con la quale i giudici di Lussemburgo hanno ampliato significativamente la nozione di «tariffe minime salariali» di cui all'art. 3, par. 1, c. 1, lett. *c*, della Direttiva n. 96/71 (nella versione precedente alla modifica di cui parliamo), in modo da includervi qualsiasi voce retributiva capace di contribuire alla tutela sociale del lavoratore distaccato, tenuto conto del diverso costo della vita dello Stato membro ospitante. Tale recepimento è sancito dalla sostituzione della nozione di «tariffa minima» con quella più ampia e generica di «retribuzione» (art. 3, par. 1, c. 1, nuova lett. *c*, Direttiva n. 96/71): nozione tendenzial-

(6) C. Giust. 18.12.2007, C-341/05, *Laval v Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, in *Racc.*, 2007, I, 11767. Sul punto, vd. Rocca 2018.

(7) C. Giust. 12.2.2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:85.

mente omnicomprensiva giacché con essa – specifica lo stesso art. 3, par. 1, nuovo c. 3 – «si intendono tutti gli elementi costitutivi della retribuzione resi obbligatori da disposizioni legislative, da contratti collettivi del paese ospitante [...] applicabili a norma del paragrafo 8». All'art. 3, par. 1, c. 1, si aggiunge, poi, il diritto del lavoratore in distacco transnazionale a ricevere quanto eventualmente riconosciuto ai lavoratori nazionali lontani da casa per motivi professionali a titolo di «indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio» (lett. *i*). La norma, tuttavia, si riferisce solo «alle spese di viaggio, vitto e alloggio, sostenute da lavoratori distaccati qualora gli stessi debbano recarsi al loro abituale luogo di lavoro nello Stato membro nel cui territorio sono distaccati e fare da esso ritorno, ovvero qualora siano inviati temporaneamente dal loro datore di lavoro da tale abituale luogo di lavoro verso un altro luogo di lavoro» (art. 3, par. 1, c. 2). Al contrario, il «rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco» è regolato dalla normativa applicabile al rapporto di lavoro (8).

Le indennità versate a titolo di «rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco» non sono considerate parte della retribuzione. Al fine di contrastare prassi elusive assai diffuse da parte delle imprese – realizzate imputando nella retribuzione i rimborsi per le spese sostenute all'estero dal lavoratore distaccato –, la Direttiva n. 2018/957 introduce (vd. l'art. 3, nuovo par. 7, c. 3, Direttiva n. 96/71) una sorta di presunzione di imputazione a titolo di rimborso spese delle «indennità specifiche per il distacco», qualora dalle «condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro» non sia chiaramente deducibile altrimenti.

I lavoratori distaccati hanno altresì diritto alle «condizioni di alloggio» qualora, nello Stato di distacco, «questo sia fornito dal datore di lavoro ai lavoratori lontani dal loro abituale luogo di lavoro» (art. 3, par. 1, c. 1, nuova lett. *h*, Direttiva n. 96/71).

Le modifiche in discorso sono estremamente significative in quanto segnalano il superamento della lettura «minimalista» della Direttiva n. 96/71 all'origine della già citata decisione della Corte di Giustizia nel caso *Laval*: in materia retributiva, al lavoratore straniero distaccato non spetterebbero più solo tutele «minime» (elementi base), ma varrebbe il principio della tendenziale parità di trattamento con i lavoratori stabilmente impiegati sul territorio nazionale.

Il profilo di maggior debolezza del regime del distacco transnazionale, anche dopo la riforma del 2018, attiene all'applicabilità ai lavoratori stra-

(8) Di regola, la legge del luogo abituale di lavoro: cfr. art. 3, nuovo par. 7, c. 2, Direttiva n. 96/71. Sul punto, vd. Rasnača 2019.

nieri dei contratti collettivi vigenti nel paese ospitante (9). E ciò: sia perché la parità di trattamento, sotto questo profilo, non riguarda l'eventuale trattamento più favorevole garantito ai lavoratori nazionali dalla contrattazione decentrata (aziendale e territoriale); sia perché resta eluso il problema dell'integrale applicazione degli stessi Ccnl in quei sistemi che (come l'Italia) non conoscono l'*erga omnes*.

Ci spieghiamo meglio. Nella nuova versione dell'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71 si stabilisce (rinviando al par. 8, c. 2, dello stesso art. 3, paragrafo che viene modificato) che i contratti collettivi conclusi dalle «organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale» possono essere applicati alle imprese straniere distaccanti soltanto se viene garantita nei fatti la «parità di trattamento» con le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga. Più specificamente, le imprese distaccanti con sede all'estero possono essere vincolate dallo Stato ospitante all'integrale rispetto della parte economica del contratto collettivo nazionale solo se questo ha efficacia generale per lo meno in via di fatto: se, cioè, lo Stato ospitante può provare che tutte le imprese nazionali operanti nel settore e sul territorio interessato dal distacco «sono soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti» (par. 8, nuovo c. 3). Prova che l'Italia non può fornire.

Sotto il profilo del trattamento contrattuale dei lavoratori distaccati, dunque, la nuova versione della Direttiva n. 96/71 non prospetta significativi cambiamenti per l'Italia, non permettendo di risolvere i problemi interpretativi cui hanno dato origine le disposizioni del d.lgs. 17.7.2016, n. 136 (di attuazione della Direttiva n. 2014/67). Il combinato disposto dell'art. 2, c. 1, lett. e, e dell'art. 4, c. 1, del d.lgs. n. 136/2016 configura l'obbligo in capo alle imprese straniere distaccanti di cui all'art. 1, cc. 1 e 4, di applicare ai lavoratori distaccati in Italia le «condizioni di lavoro e di occupazione» relative a determinate materie «disciplinate [...] dai contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015», ovvero firmati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Ma siffatto obbligo va declinato considerando quella sola parte economica del Ccnl la cui generale applicazione è garantita dal giudice nel nostro ordinamento, in virtù del principio della «retribuzione equa» sancito dall'art. 36 Cost. (e cioè: minimi tabellari, ex contingenza, tredicesima, scatti di anzianità) (10), e non può riferirsi a

(9) Vd. Giubboni, Orlandini 2018, 920 ss.

(10) Si tratta delle voci di norma riconosciute dalla giurisprudenza come componenti dell'equa retribuzione ex art. 36 Cost.; anche se gli orientamenti in materia sono – come noto – tutt'altro che univoci. Vd., per tutti, Ricci 2011, 635 ss.

«tutti gli elementi costitutivi della retribuzione» (secondo la formula dell'art. 3, par. 1, nuovo c. 3, della Direttiva n. 96/71) ai sensi del medesimo contratto collettivo, né ad altri istituti da esso regolati.

L'impatto sull'ordinamento italiano della nuova Direttiva n. 96/71 può comunque essere rilevante. L'art. 3, par. 1, nuovo c. 4, della Direttiva impone, infatti, agli Stati membri di pubblicare sul sito web ufficiale nazionale creato ai sensi dell'art. 5 della Direttiva n. 2014/67 «gli elementi costitutivi della retribuzione di cui al terzo comma» che le imprese straniere sono tenute a erogare. Tale obbligo si sovrappone, precisandone il contenuto, a quello già dettato dal citato art. 5, par. 4, della Direttiva n. 2014/67, che fa carico agli Stati membri di fornire informazioni ai prestatori di servizi stranieri e ai lavoratori distaccati in merito agli «elementi costitutivi» delle «tariffe minime salariali».

L'adozione della nuova Direttiva rende sempre più ineludibile un chiarimento in merito alle voci della retribuzione che, nell'ordinamento italiano, sono da considerare di obbligatoria applicazione per tutte le imprese che operano in un determinato settore. In proposito rileva il ruolo del ministero del Lavoro, dal momento che – ottemperando a quanto prescritto dal testé citato art. 5 della Direttiva n. 2014/67 – l'art. 7, par. 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 136/2016 prevede che siano rese note sul sito web ministeriale le informazioni in discorso (11).

4. — *La durata del distacco* — Il terzo punto di incidenza della Direttiva n. 2018/957 concerne la previsione di un limite massimo di durata del distacco transnazionale, sino a oggi affidato alla valutazione in merito al carattere necessariamente «temporaneo» dello stesso (cfr. art. 2, par. 1, della Direttiva n. 96/71).

(11) Con la circolare n. 1/2017 dell'Ispettorato nazionale del lavoro (di seguito, Inl) sono state individuate le voci che concorrono a determinare i «trattamenti retributivi minimi» cui rinvia l'art. 2, lett. *e*, del d.lgs. n. 136/2016. L'Inl vi include non solo la paga base, ma anche: l'elemento distinto della retribuzione (voce retributiva collegata, come la paga base, alla qualifica contrattuale); le indennità legate all'anzianità di servizio (se collegate all'inquadramento contrattuale in gruppi retributivi e/o alla natura del lavoro svolto); i superminimi (individuali o per gruppi di lavoratori se collegati all'inquadramento contrattuale in gruppi retributivi e/o alla natura del lavoro svolto); le retribuzioni corrispettive per prestazioni di lavoro straordinario, notturno e festivo; le indennità di distacco (se compensative del disagio dovuto all'allontanamento dei lavoratori dal loro ambiente abituale) e di trasferta. È quanto meno dubbio che tutte le voci elencate nella circolare ministeriale rientrino nella nozione di retribuzione costituzionalmente necessaria *ex* art. 36 Cost.

Con il par. 1-*bis* dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71 (12) si prevede che, dopo dodici mesi di presenza sul territorio di un altro Stato membro, ai lavoratori distaccati spettino «tutte le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro» stabilite da leggi, regolamenti e contratti collettivi efficaci *erga omnes* (13).

Pertanto, neanche al termine del periodo massimo di distacco può essere applicato quanto previsto dai contratti collettivi privi di efficacia generale e dai contratti aziendali. Inoltre, decorso il periodo massimo di distacco, lo Stato membro ospitante non può comunque applicare le «procedure, formalità e condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto di lavoro, comprese le clausole di non concorrenza» (nuovo par. 1-*bis*, c. 2, lett. *a*), ovvero la disciplina del licenziamento e – almeno così sembra – dei contratti non standard, nonché i regimi pensionistici integrativi di categoria. Il Considerando n. 10 della Direttiva n. 2018/957 precisa inoltre che, anche una volta scaduto il termine di dodici (più eventualmente sei) mesi, qualsiasi disposizione applicabile ai lavoratori distaccati deve essere compatibile con la libera prestazione di servizi (deve, cioè, essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, ed essere, a tal fine, proporzionata e necessaria) (14).

Il c. 4 del nuovo art. 3, par. 1-*bis*, contiene una norma antielusiva, che permette il calcolo per sommatoria della durata del distacco, nel caso in cui un lavoratore sia sostituito da un altro per svolgere «le stesse mansioni nello stesso luogo». Va segnalato che, nell'ipotesi di distacco in sostituzione di altro lavoratore distaccato, il Regolamento n. 883/2004 (sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociali nazionali) prevede, da subito, l'applicazione della normativa di sicurezza sociale dello Stato ospitante (non vale cioè la regola che consente di applicare la legge dello Stato di origine per 24 mesi: art. 12, par. 1). La Corte di Giustizia Ue ha recentemente precisato che la norma sulla sostituzione dei lavoratori in distacco riguarda anche il caso in cui i datori di lavoro distaccanti siano diversi, qualora i lavoratori ricoprano lo stesso posto di lavoro nell'impresa utilizzatrice (15).

(12) Paragrafo introdotto dall'art. 1, punto 2, lett. *b*, della Direttiva n. 2018/957.

(13) Il termine di dodici mesi è poi prorogato fino a diciotto mesi «qualora il prestatore di servizi presenti una notifica motivata» (nuovo par. 1-*bis*, c. 3, della Direttiva n. 96/71). Tale disposizione lascia rilevanti margini di incertezza in merito alla discrezionalità dello Stato ospitante di non ammettere la proroga.

(14) Il riferimento è ai consolidati criteri usati dalla Corte di Giustizia Ue per valutare la legittimità di restrizioni all'esercizio delle libertà economiche: C. Giust. 23.5.1996, C-5/94, *Gebhard*, punto 37.

(15) C. Giust. 6.11.2018, C-619/16, *Alperind*, ECLI:EU:C:2018:872.

L'importanza sistematica della nuova regola sulla durata massima di dodici mesi si coglie se si considera che essa modifica non solo e non tanto la Direttiva n. 96/71, quanto piuttosto il Regolamento Ue n. 593 del 2008 (cd. «Roma I») relativo alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Invero, con il nuovo par. 1-*bis* dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71 si intende introdurre un criterio di valutazione «rigido», fondato sulla durata della permanenza all'estero e tale, quindi, da permettere di identificare con certezza la legge applicabile: superato il periodo di dodici mesi, il lavoratore distaccato non può più considerarsi «temporaneamente» presente sul territorio dello Stato ospitante. La novità non è di poco conto, perché contraddice il carattere «flessibile» che tradizionalmente caratterizza le norme internazional-privatistiche. La *ratio* di tutela è da apprezzare, e tuttavia quello di dodici (ed eventualmente diciotto) mesi resta un tempo lungo di permanenza in distacco sul territorio di uno Stato straniero. Proprio per questa ragione diviene importante sostenere un'interpretazione dell'art. 3, par. 1-*bis*, come norma di ordine pubblico (ossia di protezione minima), tale da lasciare spazio a una valutazione sul carattere o meno «temporaneo» del distacco già durante i «primi» dodici (o diciotto) mesi di presenza sul territorio nazionale, secondo i criteri (flessibili) sino a oggi utilizzabili per identificare la natura «temporanea» della presenza all'estero ai sensi del Regolamento n. 593/2008.

Si vuol dire che la *ratio* di tutela del nuovo par. 1-*bis*, citato, verrebbe svuotata se si interpretasse quello dei dodici mesi come un limite che (*a contrario*) definisce la durata di un distacco presuntivamente genuino.

Dovrebbe anche restare rilevante la valutazione in merito all'effettiva instaurazione di un rapporto di lavoro prima che sia operato il distacco e in merito alla sua continuazione dopo che il distacco è terminato. Lo impone il Regolamento «Roma I», per il quale la presenza del lavoratore all'estero può considerarsi «temporanea» se il lavoratore «deve riprendere il suo lavoro nel paese d'origine dopo aver svolto il suo compito all'estero» (Considerando n. 36, a chiarimento dell'art. 8 del Regolamento). D'altra parte, la Direttiva n. 2018/957 non modifica l'art. 4 della Direttiva n. 2014/67, e resterebbero dunque validi gli indici di «temporaneità» ivi elencati. A questi indici – e a quelli (sempre previsti dall'art. 4 della Direttiva n. 2014/67) funzionali ad accertare la genuinità dell'attività d'impresa svolta all'estero dal datore di lavoro – si aggiungerebbe dunque il limite dei dodici mesi come limite massimo (superabile a discrezione dello Stato ospitante) di durata del distacco.

Superato il limite di dodici (o diciotto) mesi, non sorge invece l'obbligo di iscrizione del lavoratore distaccato presso gli enti previdenziali compe-

tenti dello Stato ospitante. Alle disparità di condizioni retributive, non pienamente colmabili – come visto nel paragrafo precedente – neanche attuando il nuovo testo della Direttiva n. 96/71, si aggiungono dunque le ancor più rilevanti disparità caratterizzanti il regime previdenziale applicabile ai lavoratori distaccati. Questi, infatti, restano iscritti per almeno ventiquattro mesi (od oltre, con l'accordo dei rispettivi organismi competenti) nel regime previdenziale dello Stato di origine, e ciò in virtù dello stesso diritto dell'Unione, che nel già citato Regolamento n. 883/2004 prevede una speciale deroga al principio di territorialità proprio in caso di distacco (vedi *supra*) (16).

5. — *Distacco e somministrazione di lavoro transnazionale* — Un quarto profilo toccato dalla Direttiva n. 2018/957 attiene al distacco operato da un'agenzia di somministrazione di lavoro con sede in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede l'utilizzatore.

La Direttiva del 2018 aggiunge un nuovo comma al par. 3 dell'art. 1 della Direttiva n. 96/71 in base al quale, in caso di fornitura di un lavoratore a una impresa utilizzatrice con sede in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede l'agenzia di somministrazione, l'impresa utilizzatrice medesima può, a sua volta, previa informativa all'agenzia, distaccare il lavoratore somministrato in un altro Stato membro, nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi; in tale ipotesi, «il lavoratore è considerato distaccato nel territorio di tale Stato membro dall'impresa di lavoro temporaneo o dall'impresa che effettua la fornitura con la quale sussiste un rapporto di lavoro». La disposizione mira a regolare il cd. distacco «a catena», evitando che sia utilizzato per eludere quanto previsto dalla Direttiva n. 96/71: il distacco «a catena», infatti, non rientrerebbe nell'ambito di applicazione di quest'ultima Direttiva, perché il rapporto di lavoro si instaura con l'agenzia di somministrazione, mentre la prestazione di servizi avviene tra l'utilizzatore e un soggetto terzo. Tuttavia, nel regolare il distacco «a catena», la Direttiva del 2018 finisce per legittimare tale forma di distacco (17).

(16) Sul punto potrebbe intervenire la proposta di Regolamento che modifica il Regolamento n. 883/2004 e il Regolamento n. 987/2009 (che stabilisce le modalità di applicazione del Regolamento n. 883/2004), per cui è attualmente in corso il «Trilogo»: Com(2016)815.

(17) Al contrario, per contrastare l'utilizzo fraudolento di tale forma di distacco, il documento della Commissione europea, *Practical guide on the applicable legislation in the European Union (EU), the European Economic Area (Eea) and in Switzerland*, Bruxelles, 2013, 13, prevede che, nel caso di distacco «a catena», si applichi il regime di sicurezza sociale del paese ove viene svolta la prestazione lavorativa. Per un caso di

La Direttiva n. 2018/957 ammette, altresì, che l'utilizzatore possa, a sua volta, somministrare un lavoratore messo a sua disposizione da un'agenzia di somministrazione: fattispecie che non dovrebbe essere consentita dalla Direttiva n. 2008/104, relativa al lavoro tramite agenzia. Di certo, tale fattispecie è vietata nell'ordinamento italiano.

Un'altra novità non di particolare rilievo, almeno per il nostro contesto nazionale, è quella contenuta nel par. 1-ter dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71 (18), ove si prevede che ai lavoratori distaccati da un'agenzia con sede all'estero venga applicato il principio della parità di trattamento (e le relative eccezioni) previsto nello Stato di distacco, in attuazione dell'art. 5 della Direttiva n. 2008/104. Gli Stati già erano facoltizzati ad applicare al distacco transnazionale operato da un'agenzia straniera, a norma del par. 9 dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71, le condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori somministrati da un'agenzia con sede nel territorio nazionale. Di fatto, la novità consiste, positivamente, nell'introdurre l'obbligo per lo Stato di distacco (anziché la facoltà) di applicare il principio di parità di trattamento tra lavoratori somministrati dall'estero e dipendenti dell'impresa utilizzatrice. Quest'ultima è inoltre obbligata a informare l'agenzia con sede all'estero circa le condizioni di lavoro e di occupazione da essa applicate (art. 3, par. 1-ter, c. 2).

Le novità – si diceva – non appaiono di particolare rilievo per il nostro contesto nazionale, in quanto il legislatore italiano ha già da tempo sfruttato la facoltà offerta dalla prima versione della Direttiva n. 96/71 (vd. in tal senso l'art. 4, c. 3, del d.lgs. n. 136/2016; ma già l'art. 4 del d.lgs. n. 72/2000). Esse tuttavia possono produrre effetti positivi nei contesti nazionali in cui sono ammesse deroghe, anche temporanee, alla parità di trattamento per i lavoratori in somministrazione transnazionale.

6. — *Subcontraenza* — Nel testo finale della Direttiva n. 2018/957 è stata cancellata la previsione – contenuta nella versione iniziale della proposta di Direttiva presentata dalla Commissione il 9.3.2016 (19) – orien-

distacco «a catena» si vd. C. Giust. 14.11.2018, C-18/17, *Danieli*, in cui la Corte ha ritenuto che l'Austria potesse richiedere il permesso di lavoro ai lavoratori croati dipendenti di un'impresa con sede in Croazia (paese entrato nel luglio 2013 nell'Unione europea, per cui l'Austria prevede un periodo transitorio), somministrati a un'impresa stabilita in Italia (paese che non prevede clausole transitorie per i lavoratori croati), e poi distaccati in Austria nell'ambito di una prestazione di servizi da parte dell'impresa italiana.

(18) Paragrafo introdotto dall'art. 1, punto 2, lett. b, della Direttiva n. 2018/957.

(19) Com(2016)128, final, 8.3.2016.

tata a rimediare agli effetti della sentenza resa dalla Corte di Giustizia Ue nel caso *Rüffert* (20), nella quale l'utilizzo delle clausole sociali di «equo trattamento» negli appalti pubblici è stato censurato in quanto potenzialmente contrario ai principi del mercato interno e ai vincoli posti dalla Direttiva n. 96/71.

Nella Direttiva n. 2018/957 si prevede esclusivamente l'obbligo, per la Commissione europea, di valutare, nella relazione sull'attuazione della nuova Direttiva da presentare entro il 30.7.2023 ai sensi dell'art. 2, par. 1, l'esigenza di introdurre misure in caso di subcontraenza (art. 2, par. 2, lett. a). Nel Considerando n. 25 si indica, inoltre, che gli Stati membri dovrebbero adottare misure in materia di responsabilità solidale di cui all'art. 12 della Direttiva n. 2014/67, che invece prevede la facoltà di introdurre tali misure (21).

7. — *Cooperazione amministrativa* — Il nuovo c. 1 dell'art. 4, par. 2, della Direttiva n. 96/71 (22) è volto a rafforzare la cooperazione amministrativa tra gli Stati membri per lottare più efficacemente contro le frodi in materia di distacco transnazionale. A integrazione di quanto disposto nella Direttiva n. 2014/67, si prevede che, qualora l'autorità competente dello Stato d'origine non sia in possesso delle informazioni richieste dall'autorità competente dello Stato di distacco, la prima sollecita l'ottenimento di tali informazioni presso altre autorità nello Stato d'origine. In caso di violazione dell'obbligo di trasmissione delle informazioni, «la Commissione ne è informata e adotta misure adeguate». Permane, tuttavia, l'assenza di un efficace meccanismo sanzionatorio per gli Stati che violano il dovere di leale cooperazione (di cui all'art. 4 del Trattato sull'Unione). Ciò è particolarmente grave nell'ambito del coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, in quanto, in caso di distacco illegittimo, il mancato rispetto del dovere di leale cooperazione da parte dello Stato d'origine – in particolare, la viola-

(20) C. Giust. 3.4.2008, C-436/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, in *Racc.*, 2008, I-1989.

(21) In materia, vd. C. Giust. 13.11.2018, C-33/17, *Čepelnik d.o.o.*, in cui la Corte ha ritenuto non compatibile con l'art. 56 TfUE la normativa austriaca che, in caso di ragionevole sospetto di infrazione amministrativa, consente all'autorità competente di imporre al committente stabilito in Austria di sospendere i pagamenti al prestatore di servizi e di costituire una cauzione di importo equivalente al compenso per la prestazione non ancora versato, a garanzia del pagamento dell'eventuale sanzione pecuniaria che potrebbe essere inflitta in caso di accertata violazione della normativa lavoristica.

(22) Come introdotto dall'art. 1, punto 3, della Direttiva n. 2018/957.

zione dell'obbligo di revocare un formulario A1 illegittimamente emesso – impedisce allo Stato di distacco di richiedere il pagamento dei contributi sociali (23).

Si noti infine che, per rafforzare la cooperazione amministrativa tra gli Stati membri e facilitare la lotta alle frodi transnazionali, è attualmente in discussione una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Autorità europea del lavoro: Com(2018)131.

8. — *Difesa dei diritti e sanzioni* — L'art. 1, punto 4, della Direttiva n. 2018/957 ha modificato l'art. 5 della Direttiva n. 96/71, prevedendo l'obbligo per gli Stati membri di vigilare affinché siano messe a disposizione dei lavoratori e/o dei loro rappresentanti «procedure adeguate ai fini dell'esecuzione degli obblighi» previsti dalla Direttiva.

La disposizione rafforza quanto già previsto dall'art. 11, par. 3, della Direttiva n. 2014/67 con riferimento alla possibilità per le organizzazioni sindacali di agire per conto o a sostegno del lavoratore distaccato per l'esecuzione degli obblighi derivanti dalla normativa sul distacco; disposizione che non è stata recepita nel d.lgs. n. 136/2016. È pertanto urgente che, sul punto, si intervenga in sede di recepimento della Direttiva n. 2018/957.

Quanto alle sanzioni in caso di distacco illegittimo, l'art. 5, nuovo c. 4, della Direttiva n. 96/71 prevede che, qualora «sia accertato che una impresa, in modo scorretto o fraudolento, simuli che la situazione di un lavoratore rientri nell'ambito di applicazione della presente Direttiva, lo Stato membro in questione garantisce che il lavoratore benefici della normativa e della prassi pertinenti».

La disposizione ribadisce quanto già affermato nel Considerando n. 11 della Direttiva n. 2014/67, senza dunque risolvere il problema dell'assenza di precise regole comuni sulle sanzioni applicabili in caso di distacco illegittimo.

(23) Cfr. C. Giust. 6.2.2018, C-359/16, *Altun*, in *RGL*, 2018, II, 421 ss., con nota di Ferrara, per cui, a determinate condizioni (elementi evidenti di frode, non collaborazione da parte dell'ente competente: nella specie, l'ente bulgaro), è possibile per l'Ispettorato del lavoro dello Stato ospitante (nella specie, il Belgio) procedere al disconoscimento del certificato A1; C. Giust. 11.7.2018, C-356/15, *Commissione c. Belgio*, che ha condannato la legge belga che permetteva alle autorità competenti nazionali di considerare come non presentato il certificato A1 (sottoponendo il lavoratore distaccato alla normativa di sicurezza sociale nazionale) qualora fosse stato emesso in maniera fraudolenta (il Belgio è stato condannato dalla Corte di Giustizia perché la legge nazionale non prevedeva alcuna procedura di dialogo e l'obbligo di attivare la procedura amministrativa prevista dal Regolamento n. 987/2009, con violazione del principio di leale cooperazione).

9. — *I settori esclusi* — La Direttiva n. 2018/957 non trova applicazione nei confronti del settore del trasporto su strada, per cui è in discussione di fronte al Parlamento europeo una proposta specifica (24). Se la disciplina specifica per il distacco nei trasporti verrà approvata nell'ambito della presente legislatura, la Direttiva n. 2018/957 si applicherà nella misura e con le modalità fissate dalla *lex specialis* (cfr. art. 3, par. 3, di questa Direttiva) (25).

Si noti che nella relazione sull'attuazione della Direttiva n. 2018/957 dovrà essere presa in considerazione la necessità di introdurre misure di tutela per gli autotrasportatori su strada (art. 2, par. 2, lett. b).

La questione del distacco nel settore degli autotrasporti è particolarmente ostica in quanto: da un lato, non è chiara la distinzione tra le differenti fattispecie (il trasporto nel territorio nazionale, a cui si applica tutta la normativa interna; il distacco, a cui si applica la Direttiva n. 96/71; il mero transito in un paese, a cui non si applica la normativa lavoristica del paese di transito); dall'altro, i controlli sono oltremodo complicati, richiedendo spesso la collaborazione tra diverse autorità (nel nostro paese, l'Ispektorato del lavoro e la Polizia stradale).

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2018), *Strumenti di contrasto al dumping nei settori della logistica e del trasporto merci*, in Allamprese A., Bonardi O. (a cura di), *Logistica e Lavoro*, in *Quaderni RGL*, n. 3, 110 ss.
- Borelli S. (2018), *Appunti e idee per il contrasto alle letterbox companies*, in Allamprese A., Bonardi O. (a cura di), *Logistica e Lavoro*, in *Quaderni RGL*, n. 3, 118 ss.
- Frosecchi G. (2018), *Distacco, cabotaggio e trasporto internazionale: un puzzle ancora da comporre*, in Allamprese A., Bonardi O. (a cura di), *Logistica e Lavoro*, in *Quaderni RGL*, n. 3, 43 ss.
- Giubboni S., Orlandini G. (2018), *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *DLRI*, 907 ss.
- Rasnača Z. (2019), *Mapping the national law on reimbursement for posted workers. Background analysis*, ETUI, Bruxelles.
- Ricci G. (2011), *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *LD*, n. 4, 635 ss.
- Rocca M. (2018), *The reform of the EU directive on posting of workers. Fortune smiles on the Juncker presidency?*, XXII Isssl World Congress Torino.

(24) Cfr. proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva n. 2006/22 per quanto riguarda le prescrizioni di applicazione e fissa norme specifiche per quanto riguarda la Direttiva n. 96/71 e la Direttiva n. 2014/67 sul distacco dei conducenti nel settore del trasporto su strada.

(25) Vd.: Allamprese 2018, 110; Borelli 2018, 118; Frosecchi 2018, 43.

ABSTRACT

L'articolo offre un commento critico delle modifiche apportate dalla Direttiva n. 2018/957 alla Direttiva n. 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori.

THE NEW DIRECTIVE ON TRANSNATIONAL POSTING OF WORKERS

The article offers a critical comment on the changes made by the Directive no. 2018/957 to the Directive no. 96/71 on transnational postings of workers.

Claire Kilpatrick ()*

L'EUROPA DELLA CRISI SI RIVOLGE ALL'OIL: COME È CAMBIATA LA MOBILITAZIONE SUI DIRITTI SOCIALI E DEL LAVORO (**)

SOMMARIO: 1. Portare la mobilitazione nella ricerca sull'Oil. — 2. Il cambiamento che lo studio della mobilitazione offre alla ricerca sui diritti umani. — 3. Fare ricerca sui cambiamenti della mobilitazione. — 4. Il gruppo di paesi europei con «debito sovrano» come nuovo centro di interesse per la mobilitazione Oil. — 4.1. L'Ue come «allievo migliore» nelle procedure di ratifica e supervisione delle convenzioni Oil. — 5. L'Oil come sede di mobilitazione nella crisi: gli attori, il sistema di supervisione e la relazione tra mobilitazione e impegno. — 5.1. Gli attori dell'Oil. — 5.2. La supervisione presso l'Oil: Ceacr e Cas. — 5.3. La recente attenzione dottrinale al sistema di supervisione Oil. — 5.4. Mobilitazione e coinvolgimento: perché ricorrere all'Oil è diverso dal ricorso alle Corti. — 6. Misurare il cambiamento della mobilitazione nella funzione di supervisione dell'Oil. — 6.1. L'Europa della crisi davanti al Ceacr. — 6.2. La prova di una strategia di mobilitazione transnazionale: «alla ricerca delle note a piè di pagina» — 6.3. I risultati della mobilitazione davanti al Ceacr. — 6.4. La crisi davanti al Cas. — 7. Speciali procedure Oil e crisi europea. — 7.1. Crisi europea e procedura dei reclami. — 7.2. La crisi europea innanzi al Comitato per la libertà di associazione. — 8. Come cambia la mobilitazione nell'Europa della crisi: l'Oil e oltre.

1. — *Portare la mobilitazione nella ricerca sull'Oil* — Nonostante la conoscenza ampia e articolata della mobilitazione sui diritti umani sviluppata negli ultimi decenni, lo studio del ricorso agli strumenti Oil è stato, con una recente e limitata eccezione (1), curiosamente assente dalla voluminosa letteratura su questa organizzazione. Il più importante contributo che l'approccio alla mobilitazione può fornire allo studio dell'Oil (e, più in generale, ai sistemi internazionali delle Nazioni Unite sui diritti umani) è quello

(*) Professoressa di Diritto sociale internazionale ed europeo presso l'Ue di Firenze. Traduzione dall'inglese a cura di Valeria Zeppilli e Fausta Guarriello. Il presente saggio rappresenta un completamento del Tema pubblicato nel n. 4/2018.

(**) Desidero ringraziare Hannah Adzakpa e Liam McHugh Russell per l'eccezionale assistenza nella ricerca e Joanne Scott per i commenti sulla prima versione del lavoro.

(1) L'eccezione è l'attenzione all'elaborazione della Convenzione Oil sul lavoro domestico recentemente adottata (C189); cfr. *infra*, nota 19, per ulteriori riferimenti.

di evitare la caratterizzazione e la valutazione di tali sistemi ricorrendo al binomio *hard law-soft law*. L'Oil è stata infatti particolarmente afflitta dall'etichetta di «tigre senza denti» (2) e da argomenti fondati sul binomio *hard law-soft law*. Un esempio è fornito da quanto scritto recentemente da Brian Langille sulla funzione di supervisione svolta dall'Oil:

«Sono tutti avvocati che parlano ad avvocati, incapaci di risolvere l'enorme e ingestibile obiettivo di provare a negoziare un semplice adempimento secondo diritto, senza contare l'adempimento di fatto. Il processo di supervisione è diventato un'isola legale all'interno dell'Oil, ampiamente disconnesso dal sostanziale "lavoro sul campo" dell'organizzazione [...] Il modo formale e legalista di procedere secondo *hard law* implica costi enormi per le capacità dell'Oil di lavorare, monitorare e raggiungere risultati nel mondo reale» (3).

La prospettiva di mobilitazione dei meccanismi di supervisione e di ricorso all'Oil è molto diversa dalla semplice descrizione del sistema. Una simile prospettiva non prende in considerazione solo la mobilitazione degli avvocati, ma anche degli attori della società civile. Essa osserva questi soggetti agire in sedi nazionali e internazionali (e non solo sedi giudiziarie) piuttosto che considerare la «giurisprudenza» degli organismi Oil come il meccanismo chiave attraverso cui le fonti Oil possono produrre effetti «nel mondo reale». A differenza degli approcci basati sul binomio *hard law-soft law*, quelli riguardanti la mobilitazione condividono la caratteristica di porre l'accento sulla necessità non tanto di calibrare la norma giuridica sui suoi risultati, quanto di sottolineare come il vero responsabile del cambiamento, ciò che rende le norme sui diritti umani vere forze di cambiamento nel mondo, sia il loro uso da parte degli attori (4). Quindi la natura *hard*

(2) Si veda, per un'analisi approfondita che riflette sulla opinione secondo cui l'Oil «*been around forever, but [...] also has done nothing forever, so [...] is not terribly interesting*» e una controargomentazione sulla rilevanza attuale dell'Oil negli studi sulle organizzazioni internazionali: Helfer 2009, 655.

(3) Langille 2016, 416. Gli studi di Brian Langille negli ultimi quindici anni o giù di lì, come riassunto e citato in questa pubblicazione, sono fortemente orientati sull'asse *hard-soft law* dell'Oil. La sua particolare prospettiva è che le norme Oil *dovrebbero essere soft*. Ciò implica, dal suo punto di vista, che l'«irrigidimento» delle norme Oil attraverso le Corti costituzionali o dei diritti umani è inaccettabile, e persino il monitoraggio dell'Oil è eccessivamente *hard* se comparato alle alternative preferite e più morbide di istruzione e consulenza. Ulteriori implicazioni di questo punto di vista sono indagate *infra*, alla nota 44.

(4) Si veda, per esempio, il commento di Engle-Merry (2006) sulla Cedaw: «*This is a form of global legality that depends deeply on its texts, not for enforcement but for the production of cultural meanings associated with modernity and the international. It is ul-*

o *soft* delle norme non è né determinante né necessariamente centrale. La prospettiva che assume la mobilitazione al centro della riflessione è, a mio avviso, eccezionalmente proficua nel contesto dell'Oil.

2. — *Il cambiamento che lo studio della mobilitazione offre alla ricerca sui diritti umani* — Le diverse prospettive offerte dalla letteratura in materia di mobilitazione sui diritti umani inducono l'osservatore a chiedersi: cosa misura la mobilitazione? A questa domanda sono state date risposte molto diverse. Nell'illustrarle si può meglio mettere a fuoco l'oggetto dell'analisi.

Per Beth Simmons, la mobilitazione nazionale spiega *perché* i trattati internazionali delle Nazioni Unite sui diritti umani inducono cambiamenti sul piano, ad esempio, dei livelli di istruzione delle donne, secondo la Cedaw. Quest'ultima costituisce oggetto specifico della sua analisi (5). Gráinne de Búrca si concentra, invece, sulla caratterizzazione dei trattati internazionali sui diritti umani, con i loro requisiti di *reporting* continuo e i resoconti ombra delle Ong, come un sistema di *governance* sperimentale. La mobilitazione o l'utilizzo da parte delle organizzazioni non governative dei trattati internazionali sui diritti umani costituisce un contributo essenziale all'obiettivo principale di mantenimento di un sistema di *governance* funzionale e vivace (6). Da una prospettiva di antropologia legale, lo studio di Sally Engle Merry sulla mobilitazione della Cedaw mette in luce la tendenza di molti individui a «testare» i diritti umani in maniera imprevedibile, stratificata e del tutto parziale, come quadro di conoscenza e di azione. Sono i traduttori che utilizzano pienamente la cornice dei diritti umani, anche rivolgendosi alle Nazioni Unite, che collegano il livello locale con quello globale nei processi di «vernacularizzazione» dei diritti umani (7). Altri, come Keck e Sikkink, si concentrano invece sul ruolo degli attivisti valutando come e quando questi creano collegamenti transfrontalieri e i processi che utilizzano per identificare e costruire campagne efficaci e reti come quelle sulla violenza di genere. Le analisi sulle reti di attivisti considerano le sedi e il linguaggio giuridico dei diritti umani come una possibile via attraverso cui possono essere assunte altre iniziative (come campagne mediatiche o manifestazioni pubbliche come i circoli del silenzio) (8).

timately dependent on generating political pressure on states from the Cedaw Committee, from sympathetic leaders within a Country, and from international and national non-governmental organizations».

(5) Simmons 2009.

(6) de Búrca 2017.

(7) Engle Merry 2006, in particolare i capitoli 3 e 5.

(8) Keck, Sikkink 1998, in particolare il capitolo 5. Vedi anche la relazione storica di Sarah Snyder sul *network* di Helsinki: Snyder 2011.

La mia analisi è diversa rispetto agli approcci sulla mobilitazione per i diritti umani sopra richiamati. Io sono interessata ai cambiamenti intervenuti nella mobilitazione, nella sua portata, negli attori coinvolti, nelle loro strategie. La mia analisi è basata sui diritti di uno specifico sistema (Oil) e utilizzata per valutare i cambiamenti conseguenti a uno specifico «shock dei diritti» derivato dalle condizionalità imposte dalle istituzioni sovranazionali e internazionali. La crisi europea del debito sovrano ha prodotto in effetti un vero e proprio sisma sul terreno dei diritti sociali e del lavoro, i cui effetti sui meccanismi e sulle istituzioni di supervisione, promozione e sostegno dei diritti sociali e del lavoro a livello internazionale restano tutti da verificare. Potrebbe tale shock indurre come conseguenza un più ampio ricorso da parte della società civile ai diritti internazionali sociali e del lavoro? La maggior parte degli studi sulla mobilitazione per i diritti umani identifica, sulle orme di Simmons, gli Stati «instabili» come quelli in cui i diritti umani destano maggior attenzione a causa dei rischi di una loro violazione, con la conseguenza che gli Stati dell'Ue, in particolare quelli occidentali, raramente hanno costituito oggetto di attenzione (9). L'Europa della crisi costituisce quindi un nuovo interessante fuoco di analisi. Essa pone l'interrogativo su quando e come uno Stato o una regione transitano da una fase di stabilità a una di instabilità. Tuttavia, piuttosto che concentrarmi sugli Stati già identificati come instabili, io sono interessata alla fase di cambiamento, allo shock o alla transizione, e a come questa si esprime attraverso la mobilitazione sui diritti. Inoltre, diversamente da Simmons, non intendo misurare i cambiamenti avvenuti in Europa come il risultato di tale mobilitazione, ma sono interessata piuttosto al funzionamento dei sistemi Oil come strumento per capire come vengono attivati e come rispondono alle profonde turbative dello *status quo* piuttosto che, come nell'analisi di de Búrca, concentrarmi su un sistema di *governance* che riceve *input* dalla società civile. Io intendo porre l'attenzione su come i nuovi attori e le nuove strategie vengono sviluppati sulla base degli *inputs* provenienti dall'Oil piuttosto che, come fa Engle Merry, investigare su chi, come i pensionati greci, preferisce utilizzare le norme Oil per risolvere controversie. In questa sede non intendo soffermarmi sulle possibili vie e azioni alternative per agire contro le dure condizioni imposte agli Stati per la concessione di prestiti, anche se penso che la gamma di strategie e di soluzioni rinvenute dalla società civile nella crisi dell'Europa costituisca un'area proficua per ulteriori analisi lungo le linee qui esplorate (10).

(9) Ad es., il *focus* di de Búrca sull'Albania, *supra*, nota 6.

(10) Per alcune prime mappature si veda Kilpatrick, de Witte (a cura di) 2014.

3. — *Fare ricerca sui cambiamenti della mobilitazione* — La sfida fondamentale posta dal focalizzare l'attenzione sui mutamenti della mobilitazione riguarda innanzitutto i dati: che cosa può e dovrebbe essere misurato? In che modo si possono valutare i cambiamenti nella mobilitazione dell'Oil e cosa essa comporta?

L'orientamento fondamentale che sembra più produttivo da adottare in tale misurazione è quello di confrontare l'epicentro della crisi con il periodo precedente (secondo la logica del prima/dopo). Tuttavia, sviluppare questo metodo non è un compito semplice, e gran parte dell'analisi tenta e testa diverse strade per misurare o tracciare la mobilitazione attraverso i sistemi Oil di supervisione e i reclami. Ciò comporta l'utilizzo di numeri e tabelle, che differiscono dai testi scritti tipici della dottrina giuridica. L'analisi mostra come certi dati, collegati a successive inchieste e interviste, possono costruire una narrazione coinvolgente e interessante che vede attori esperti collaborare a livello nazionale e sovranazionale per attivarsi contro le misure di *austerity* in diverse sedi Oil. La principale conclusione che questi dati mostrano è come la crisi in Europa abbia innescato un aumento e una varietà di forme di mobilitazione davanti all'Oil.

Un'ulteriore prospettiva che cambia la mobilitazione e la sua misurazione suggerisce che i sistemi di monitoraggio dei trattati internazionali a carattere non giudiziario — compresi l'Oil, i regimi dei diritti umani delle Nazioni Unite e la Carta sociale europea — hanno caratteristiche che li rendono meno semplici ma più adatti a studiare i cambiamenti della mobilitazione rispetto ai sistemi giudiziari internazionali sui diritti umani, come la Corte europea dei diritti dell'uomo. Ciò in quanto la natura sistemica e reiterativa di tali regimi — come enucleato in diversi modi da de Búrca ed Engle Merry —, contando su resoconti periodici, dà ai promotori continue opportunità di partecipare ai modelli esistenti di controllo sulla osservanza delle norme. Ciò permette a coloro che studiano la mobilitazione di verificare come l'utilizzo di tale opportunità varia nel tempo. Anche gli elementi paragiudiziali di molti di questi sistemi, che consentono di presentare denunce individuali o collettive, spesso hanno caratteristiche quali la specializzazione o una posizione specifica per i sindacati e le Ong, tali da renderli sedi più favorevoli e facilmente accessibili per la mobilitazione e il suo studio rispetto ai tribunali internazionali per i diritti umani. Allo stesso tempo, tuttavia, il modo in cui le Corti dei diritti umani considerano le pronunce degli organi di supervisione quasi-giudiziali può inibire il ricorso a questi organismi se i promotori preferiscono fare salva l'opzione del ricorso ai giudici togati. Tale circostanza

apre nuove strade a ricerche volte a esplorare come l'interazione tra le diverse sedi condiziona le scelte di mobilitazione. Le mie conclusioni rielaborano le conoscenze che un approccio basato sul cambiamento delle mobilitazioni può offrire.

4. — *Il gruppo di paesi europei con «debito sovrano» come nuovo centro di interesse per la mobilitazione Oil* — La crisi finanziaria dell'Ue e quella dei debiti sovrani hanno reso l'Ue un nuovo centro di interesse per la mobilitazione sui diritti sociali e del lavoro. Per la prima volta sono state le istituzioni europee, in molti casi insieme al Fmi, a richiedere cambiamenti su larga scala che hanno declassato i diritti sociali e del lavoro. I rapporti dell'Ue con i diritti sociali ed economici protetti a livello internazionale, di conseguenza, hanno subito un brusco mutamento di rotta durante l'eurocrisi. L'attenzione va dunque rivolta ai nove Stati membri con condizioni di lavoro e sociali specifiche modificate su richiesta dell'Ue e/o del Fmi a causa delle condizioni di debolezza provocate dal debito sovrano. A questi paesi si riferisce la Tabella 1. Di essi fanno parte sette paesi con salvataggio pieno – Cipro, Grecia, Ungheria, Irlanda, Lettonia, Portogallo, Romania –, così come Spagna e Italia, sottoposte a specifiche forme di condizionalità sociali in ragione della fragilità del sistema bancario e del debito sovrano. Vale la pena notare che non si tratta solo di Stati che applicano la moneta unica.

La crisi della bilancia dei pagamenti innescata dalla crisi finanziaria del 2007-2008 ha portato a testare le condizioni dei prestiti in Ungheria, Lettonia e Romania prima che la crisi del debito sovrano nell'eurozona portasse a una più ampia reazione dell'Ue dal maggio 2010 in poi. È importante notare che la durata delle condizionalità mutava considerevolmente all'interno di questo gruppo di paesi. L'Ungheria ha partecipato a un programma per un solo anno, mentre la Grecia ha partecipato al programma per almeno otto anni. E, circostanza ancora più importante, anche l'intensità e la gamma delle condizioni sociali e di lavoro mutavano considerevolmente all'interno del gruppo. La Tabella 1 indica anche le date entro cui si è applicato il requisito della condizionalità. Ciò spiega la necessità di concentrare l'analisi sul periodo 2010-2015 tenendo conto del sistema di supervisione dell'Oil. Il periodo 2010-2015 coglie l'epicentro della crisi – quando cioè il maggior numero di Stati dell'Ue stava vivendo gli effetti delle condizioni di prestito del debito sovrano – ed è quindi la finestra temporale più adatta per cogliere i mutati effetti di mobilitazione all'interno del meccanismo di supervisione.

Tab. 1 – Il gruppo di paesi Ue con debito sovrano

STATE	PERIOD	FORM OF CONDITIONALITY	FROM EU STATES (EUR BILLION)	IFI INVOLVEMENT (EUR BILLION)
HUNGARY	NOV 2008-NOV 2009	SOVEREIGN DEBT PROGRAMME	5.5	IMF: 9.1
LATVIA	JAN 2009-JAN 2011	SOVEREIGN DEBT PROGRAMME	2.9	IMF: 1.7
ROMANIA	MAY 2009-JUNE 2011	SOVEREIGN DEBT PROGRAMME	5	IMF: 13 WORLD BANK: 1
IRELAND	NOV 2010-DEC 2013	SOVEREIGN DEBT PROGRAMME	67.5	IMF: 22.5
PORTUGAL	MAY 2011-MAY 2014	SOVEREIGN DEBT PROGRAMME	78	IMF: 26
CYPRUS	MAY 2013-MARCH 2016	SOVEREIGN DEBT PROGRAMME	9 (70% DISBURSED)	IMF: 1
GREECE I	MAY 2010-MAR 2012 (SCHEDULED UNTIL 2014)	SOVEREIGN DEBT PROGRAMME	80	IMF: 30
GREECE II	MAR 2012-UNTIL END JUNE 2015 (SCHEDULED UNTIL END 2014, EXTENDED BECAUSE OF ELECTIONS WON BY SYRIZA IN JANUARY 2015)	SOVEREIGN DEBT PROGRAMME	145	IMF: 19.8
GREECE BRIDGING LO- AN	JULY 2015	SOVEREIGN DEBT PROGRAMME	7	REPAYMENT OF IMF ARREARS
GREECE III	AUG 2015-AUG 2018	SOVEREIGN DEBT PROGRAMME	85	IMF: NONE. IT WITHHELD SUPPORT UNTIL JULY 2017 WHEN IT IN PRINCIPLE APPROVED 1.6 SUBJECT TO EU ASSURANCES ON GREEK DEBT RELIEF. NO AGREEMENT ON DEBT RELIEF HAS BEEN REACHED
SPAIN	SUMMER 2011 JULY 2012-DECEMBER 2013	ECB BOND PURCHASE CONDITIONALITY BANKING SECTOR SPECIFIC SOVEREIGN DEBT PROGRAMME	41.3	NONE
ITALY	SUMMER 2011	ECB BOND PURCHASE CONDITIONALITY		NONE

Naturalmente, altri Stati membri dell'Ue hanno avuto sostanziali programmi di austerità con riduzione dei bilanci nello stesso periodo, in particolar modo il Regno Unito, e tali misure di austerità possono anche determinare importanti cambiamenti nei diritti sociali e, sia pur indirettamente, in quelli del lavoro. Perché quindi concentrarsi sul gruppo di paesi con debito sovrano piuttosto che identificare un più ampio spettro di Stati membri dell'Ue?

Ci sono tre ragioni collegate a questa scelta, tutte relative alla presenza di condizioni e prescrizioni internazionali e della Ue tendenti alla modifica dei diritti sociali e del lavoro. In primo luogo, a differenza delle misure di austerità interna – incentrate principalmente sull'intenso risanamento del bilancio con conseguente maggiore incidenza su quei diritti sociali gravanti sui conti pubblici –, le condizioni contenute nel programma sono più ampie e in genere essenzialmente finalizzate alla ristrutturazione del diritto del lavoro e delle istituzioni sociali. Quindi, i bruschi tagli alla spesa pubblica sono solo uno degli obiettivi.

In secondo luogo, la crisi del debito sovrano enfatizza il ruolo centrale delle istituzioni dell'Ue, in particolare della Commissione e della Bce, in quanto pianificatori, controllori ed esecutori delle condizioni sociali e lavorative applicate in questi Stati. Mai prima d'ora queste istituzioni dell'Ue erano state al centro di accuse di pesanti violazioni dei diritti sindacali e sociali. Tuttavia, l'Ue non è membro dell'Oil e solo gli Stati sono sottoposti alle sue norme. In terzo luogo, inoltre, il Fondo monetario internazionale è un attore chiave in quei sette Stati dell'Ue con piano di salvataggio completo.

Tutte queste caratteristiche possono influire sulla mobilitazione dell'Oil. Esse rendono più probabile che i programmi siano mirati ai diritti e alle istituzioni del lavoro. La loro origine nelle istruzioni a carattere normativo-istituzionale provenienti dal Fmi e da istituzioni dell'Ue può influire sulla volontà di mobilitarsi contro di loro. Sono queste istituzioni, insieme o piuttosto in alternativa agli Stati, ad apparire gli obiettivi principali delle decisioni e delle strategie di mobilitazione.

4.1. — *L'Ue come «allievo migliore» nelle procedure di ratifica e supervisione delle convenzioni Oil* — Il contrasto tra gli Stati membri dell'Ue prima e dopo l'inizio del debito sovrano deve essere chiarito. È proprio il contrasto tra la precedente storia positiva degli Stati dell'Ue in relazione al rispetto degli standard dell'Oil e la sfida rappresentata dalla diffusa applicazione del debito sovrano e della condizionalità sociale a rendere questa analisi interessante. C'è un chiaro distacco tra il prima e il dopo

che consente di rilevare cambiamenti significativi nella strategia di mobilitazione.

Confrontando gli Stati Ue con alcuni importanti casi di raffronto, è chiaro il motivo per cui essi sono stati tradizionalmente visti come «allievi modello» (11) all'interno dell'Oil. Quest'ultima ha qualificato 12 delle sue convenzioni come particolarmente importanti: otto fondamentali (12) e quattro sulla *governance* (13) o prioritarie. Queste, insieme al totale degli strumenti Oil ratificati (14), possono essere utilizzate come parametro di riferimento per comparare i tassi di ratifica, come mostrano le Tabelle 2 e 3. Esse evidenziano un tasso coerente di ratifica totale delle otto convenzioni considerate fondamentali dagli Stati membri dell'Ue e un tasso molto elevato di ratifica delle quattro Convenzioni sulla *governance* anche da parte degli Stati con debito sovrano evidenziati nella tabella. Rispetto ai dati sulla ratifica da parte delle altre economie avanzate e dei paesi Brics (15), di cui alla Tabella 3, gli Stati membri dell'Ue costituiscono davvero i migliori allievi dell'Oil. Inoltre, nel sistema di supervisione gli Stati dell'Ue hanno tipicamente generato un tasso relativamente

(11) Maupain 2013, 40 e 42.

(12) Le otto convenzioni fondamentali sono: 1. Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, 1948 (C87); 2. Convenzione sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva, 1949 (C98); 3. Convenzione sul lavoro forzato, 1930 (C29); 4. Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato, 1957 (C105); 5. Convenzione sull'età minima, 1973 (C138); 6. Convenzione sulle forme peggiori di lavoro minorile, 1999 (C182); 7. Convenzione sull'uguaglianza di retribuzione, 1951 (C100); 8. Convenzione sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni, 1958 (C111).

(13) Le quattro Convenzioni sulla *governance* sono: 1. Convenzione sull'ispezione del lavoro, 1947 (C81); 2. Convenzione sulla politica dell'impiego, 1964 (C122); 3. Convenzione sull'ispezione del lavoro (Agricoltura), 1969 (C129); 4. Convenzione sulle consultazioni tripartite relative alle norme internazionali, 1976 (C144).

(14) Ci si potrebbe chiedere quale sia il numero massimo totale di convenzioni e protocolli Oil ratificati per meglio valutare il «successo». Una risposta precisa a questa domanda non è possibile a causa delle difficoltà di abrogare le convenzioni obsolete. In effetti, per la prima volta nella sua storia, nel 2017 la Conferenza internazionale sul lavoro ha abrogato o ritirato sei convenzioni obsolete, facendo uso di un emendamento del 2007 alla Costituzione dell'Oil. Tuttavia, l'analisi della pubblicazione del 2014 dell'Oil (Oil 2014) mostra che l'Oil riconosce 72 convenzioni e protocolli come attualmente esistenti, e questo può essere utilizzato come utile riferimento globale.

(15) Per un confronto più ampio, Bob Hepple ha osservato che il 60% degli Stati ha ratificato meno di un quarto delle convenzioni dell'Oil e oltre il 20% degli Stati ne ha ratificate meno di un quarto (Hepple 2005, 35).

basso di violazione dei diritti (16), a differenza del modello di violazioni «complesse e pervasive» (17) identificato dall'Oil in alcuni Stati membri durante la crisi del debito sovrano.

Tab. 2 – L'Ue come regione modello nella ratifica delle convenzioni Oil

EU STATE/RATIFICATIONS	OF 8 FUNDAMENTAL CONVENTIONS	OF 4 GOVERNANCE CONVENTIONS	TOTAL NUMBERS OF RATIFIED CONVENTIONS AND PROTOCOLS IN FORCE
CYPRUS	8	3	51
GREECE	8	3	51
HUNGARY	8	4	51
IRELAND	8	3	47
ITALY	8	4	75
LATVIA	8	4	42
PORTUGAL	8	4	64
ROMANIA	8	4	38
SPAIN	8	4	86
AUSTRIA	8	3	44
BELGIUM	8	4	72
BULGARIA	8	4	64
CROATIA	8	3	46
CZECH REPUBLIC	8	4	65
DENMARK	8	4	53
ESTONIA	8	4	26
FINLAND	8	4	72

segue...

(16) Sebbene un'analisi recente per l'Europa (ad esempio, le cifre della transizione post 1989) non sia facilmente disponibile e sarebbe assai preziosa, uno studio condotto da Weisband che misura l'ottemperanza in diverse regioni del mondo guardando al numero di osservazioni per convenzione tra il 1964 e il 1995 mostra in quel periodo una migliore *performance* globale da parte dell'Europa (non dell'Ue) (Weisband 2000).

(17) Comitato degli esperti Oil, osservazioni sulla Grecia (2011).

Tab. 2 – ... segue

EU STATE/RATIFICATIONS	OF 8 FUNDAMENTAL CONVENTIONS	OF 4 GOVERNANCE CONVENTIONS	TOTAL NUMBERS OF RATIFIED CONVENTIONS AND PROTOCOLS IN FORCE
FRANCE	8	4	81
GERMANY	8	4	59
LITHUANIA	8	3	40
LUXEMBOURG	8	2	69
MALTA	8	2	47
NETHERLANDS	8	4	67
POLAND	8	4	66
SLOVAKIA	8	4	70
SLOVENIA	8	4	66
SWEDEN	8	4	66
UK	8	3	56

Tab. 3 – Termini di paragone per le ratifiche delle convenzioni Oil

STATE/RATIFICATIONS	OF 8 FUNDAMENTAL CONVENTIONS	OF 4 GOVERNANCE CONVENTIONS	TOTAL NUMBERS OF RATIFIED CONVENTIONS IN FORCE
US	2	1	12
CANADA	8	2	22
AUSTRALIA	7	3	41
JAPAN	6	3	34
BRAZIL	7	3	80
RUSSIA	8	3	55
INDIA	6	2	38
CHINA	4	2	23
SOUTH AFRICA	8	2	24

5. — *L'Oil come sede di mobilitazione nella crisi: gli attori, il sistema di supervisione e la relazione tra mobilitazione e impegno* — La mia analisi porta a concentrare l'attenzione sulla mobilitazione riguardo al ruolo di supervisione dell'Oil e alle attività a esso collegate. La letteratura sull'Oil non si concentra su questo aspetto (18) in contrasto con la fiorente e vivace letteratura sulla mobilitazione per i diritti umani sviluppata con riguardo ai regimi dei diritti umani delle Nazioni Unite, in particolare ai diritti civili e politici, già discusso nell'introduzione. Ma può anche attingere fruttuosamente a essa. Allo stesso tempo, questa analisi completa il nuovo interessante lavoro sociologico ed etnografico sulla mobilitazione e sul processo normativo dell'Oil in materia di definizione di standard nel quadro della recente Convenzione e Raccomandazione sul lavoro domestico (19).

L'analisi degli standard Oil qui sviluppata ha carattere istituzionale e comparativo. Il *focus* scelto è su come il meccanismo istituzionale dell'Oil ha operato durante la crisi del debito sovrano dei paesi Ue piuttosto che su come le norme Oil sono adottate, utilizzate o intese in una serie molto più ampia di sedi, come nei codici di condotta delle multinazionali, negli accordi commerciali o da parte dei tribunali nazionali o regionali. Molto del lavoro sull'Oil negli ultimi decenni rappresenta un esame di coscienza e una riflessione su come l'organizzazione possa trovare un proprio ruolo nel mondo contemporaneo (20). In particolare, viene posto l'accento sullo spostamento dall'impostazione tradizionale sulla creazione di norme, ai principi e ai ruoli che l'Oil e le sue norme o principi giocano nelle catene di approvvigionamento globali e negli accordi commerciali bilaterali o multilaterali (21). Senza voler in alcun modo negare l'importanza di tali riflessioni, osservare la mobilitazione attivata sulla base delle attuali convenzioni ratificate utilizzando i meccanismi di supervisione e di reclamo in risposta allo shock dei diritti sociali e del lavoro può dimostrarci e ricordarci l'utilità e la vitalità di quanto l'Oil ha già messo in atto. L'indagine comparata mira a confrontare i cambiamenti nell'uso della mobilitazione lungo tre dimensioni: attraverso più paesi; attraverso la gamma di strumenti Oil e su diversi periodi (prima della crisi/durante la crisi).

(18) Nella vasta e variegata dottrina sull'Oil non sono riuscita a trovare alcuna analisi incentrata su questo problema.

(19) Blackett 2012, spec. 791-794; Boris, Fish 2014; Kavar 2014.

(20) Si veda, ad esempio, il simposio delle recensioni del libro di Maupain (2013), cit., *supra*, alla nota 11: Blackett 2015, Rittich 2015; Charnovitz 2015; Langille 2015, e la replica di Maupain 2015; vd. anche Marx *et al.* (a cura di) 2015.

(21) Campling *et al.* 2016; Gravel 2008.

Nel complesso, l'obiettivo dell'analisi è di portare la prospettiva dei cambiamenti nella mobilitazione nel contesto inesplorato dell'Oil sul nuovo terreno dell'Europa della crisi. La ricerca mira a fornire a chi non abbia dimestichezza con le procedure Oil – vale a dire a coloro che, pur interessati ai diritti sociali e dei lavoratori o alla crisi dell'euro o alla mobilitazione nei forum internazionali, non hanno una conoscenza specifica dell'Oil – un interessante esempio che mostri i diversi modi in cui l'Oil funziona in quanto sede di mobilitazione proprio sul quel terreno. In altre parole, la speranza è che la macchina istituzionale dell'Oil, che potrebbe sembrare arcaica, complessa o poco interessante se descritta semplicemente come tale, possa essere animata allorché viene inserita nel contesto degli esperimenti su larga scala sui diritti sociali e del lavoro in Europa attraverso le condizionalità del debito sovrano. Una breve introduzione riguarderà sia gli attori che le modalità della supervisione. Una caratteristica dell'Oil è che offre diverse alternative. Quella dei reclami sarà trattata separatamente, per rendere l'analisi più chiara e consentire di sollevare questioni distinte riguardo alla scelta delle diverse vie.

5.1. — *Gli attori dell'Oil* — È risaputo che sindacati e datori di lavoro hanno un posto speciale accanto agli Stati nella *governance* dell'Oil, con la metà dei voti nella Conferenza internazionale del lavoro per la definizione delle norme così come nel Consiglio di amministrazione: l'organo esecutivo formato da 56 membri dell'Oil (22). Ciò vale anche per le fasi di supervisione e denuncia, rispetto alle quali alle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro vengono attribuiti ruoli speciali (vd. *infra*). La caratteristica natura tripartita dell'Oil ha indotto a resistere alle iniziative dei direttori generali dell'Oil volte negli ultimi decenni ad aprire l'Oil a una più ampia gamma di Ong e di attori della società civile con interessi nel campo dei diritti di tutti quelli che svolgono attività lavorativa, compresi coloro che operano al di fuori delle tradizionali categorie di lavoratore e datore di lavoro (23). La questione dell'allargamento dell'Oil a un maggior numero di costituenti è stata avanzata nella maniera più esplicita da Juan Somavia, direttore generale nel 1999, nella sua relazione alla Conferenza internazionale del lavoro:

«Le Ong hanno sostenuto molte iniziative volontarie che riguardano la cittadinanza nell'impresa e il benessere dei lavoratori, come i codici di con-

(22) È necessario un voto dei due terzi della Conferenza internazionale del lavoro per adottare una nuova convenzione Oil.

(23) Per un'analisi vd. Baccaro, Mele 2012.

dotta e l'etichettatura sociale. Le Ong di successo mostrano forza, flessibilità e immaginazione. Hanno i loro lati negativi: la loro azione può essere sporadica, la loro rappresentanza incerta, la durata della loro vita limitata e il loro finanziamento instabile. L'Oil deve supportare i modi in cui i suoi costituenti possono lavorare in modo più efficace in collaborazione con questi gruppi per perseguire obiettivi condivisi» (24).

Non va sottovalutato il rilievo e l'interesse di questi dibattiti. Tuttavia, è importante non tracciare una linea troppo netta, specialmente in periodi di crisi dei diritti sociali e del lavoro negli Stati, tra sindacati e Ong. In alcuni paesi europei, per esempio in Grecia, i principali attori della società civile organizzata che hanno resistito alle misure di austerità sono stati i sindacati (25). La stabilità, l'affiliazione e la rappresentanza su larga scala hanno molti profili positivi, specialmente in tempo di crisi. Allo stesso tempo, è anche importante non rappresentare i sindacati con lo stereotipo di rigide, vecchie burocrazie e le Ong come entità effervescenti, dinamiche e in continua evoluzione. Non solo può accadere il contrario, ma nell'Europa della crisi i sindacati hanno agito in modi nuovi degni di attenzione. Infine, non vanno trascurati i ruoli che le Ong svolgono già nelle procedure di supervisione dell'Oil, facendo uso del loro *status* di osservatori nel secondo pilastro: il Comitato per l'applicazione delle norme. Più di 20 Ong, cui è riconosciuto uno *status* ufficiale (26), di solito partecipano al Comitato (27).

(24) Oil 1999, 39-40.

(25) Psychogiopoulou 2014.

(26) L'Oil ha istituito un elenco speciale di Ong nel 1956 (Oil 1956). L'inclusione nell'elenco è soggetta a: «*The aims of organizations requesting admission to the ILO Special List should be in harmony with the spirit, aims and principles of the ILO Constitution and the Declaration of Philadelphia. The length of existence, membership, geographical coverage of the organization, its practical achievements and the international nature of its activities constitute the main criteria for such admission. A further requirement is that the organization have an evident interest in at least one of the fields of activity of the ILO*». Include Ong come il Forum europeo delle persone disabili, la Fidh e Women in Informal Employment: Globalising and Organising. Ogni anno, le Ong presenti in questo elenco richiedono l'accesso alle varie commissioni della conferenza di quell'anno e le decisioni sono prese dal Comitato di selezione della Conferenza.

(27) Va tuttavia notato che la maggior parte delle Ong internazionali che partecipano al Cas sono confederazioni sindacali internazionali o regionali; ad esempio, nel 2011, la Confederazione europea dei sindacati indipendenti, la Confederazione europea dei sindacati, la Confederazione generale dei sindacati e la Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti.

5.2. — *La supervisione presso l'Oil: Ceacr e Cas* — La regolare funzione di supervisione dell'Oil è svolta da due comitati, i due pilastri collegati del sistema di vigilanza, entrambi istituiti e funzionanti dal 1926: il Comitato di esperti sull'applicazione delle convenzioni e raccomandazioni (il Ceacr o comitato di esperti) e il Comitato per l'applicazione delle norme (Cas) (28). Il ruolo del comitato di esperti, composto da 20 giuristi che si riuniscono alla fine di ogni anno, è di fornire una valutazione imparziale e tecnica sull'applicazione delle norme internazionali del lavoro negli Stati. Tale organismo svolge la sua missione in molti modi, il più importante dei quali è la redazione di osservazioni (29) in una relazione annuale contenente commenti su questioni fondamentali poste dall'applicazione di una particolare convenzione da parte di uno Stato. Il Ceacr opera sulla base non solo di rapporti dei Governi (30) (attualmente (31) esiste un ciclo triennale di rapporti governativi sulle 12 Convenzioni fondamentali e di *governance* e un ciclo quinquennale su tutte le convenzioni ratificate), ma anche (potenzialmente) degli *input* delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavo-

(28) La base della Costituzione dell'Oil per la vigilanza è l'articolo 23 che prevede «1. *The Director-General shall lay before the next meeting of the Conference a summary of the information and reports communicated to him by Members in pursuance of articles 19 and 22.* 2. *Each Member shall communicate to the representative organizations recognized for the purpose of article 3 copies of the information and reports communicated to the Director-General in pursuance of articles 19 and 22.*». L'istituzione anticipata e la successiva elaborazione degli organismi di vigilanza per oltre un secolo su questa base costituzionale è influenzata dall'impossibilità e indesiderabilità di controllo effettivo esercitato solo nella formazione plenaria della Conferenza internazionale del lavoro.

(29) Nell'esaminare l'applicazione delle norme internazionali del lavoro, il Comitato di esperti formula due tipi di osservazioni: osservazioni e richieste dirette. Mi concentro sulle osservazioni perché, come afferma il Comitato, «*Observations are generally used in more serious or long standing cases of failure to fulfil obligations*» (Relazione generale, dichiarazione ripetuta ogni anno). Le richieste dirette riguardano domande più tecniche o richieste di ulteriori informazioni. Non sono pubblicate nella relazione della Commissione, ma sono comunicate direttamente ai Governi interessati. Per questo motivo, non le utilizzo per il grafico sulla mobilitazione. La relazione annuale del Comitato comprende anche una breve relazione generale che illustra come ha svolto il suo lavoro e questioni di interesse generale per l'adempimento degli obblighi dell'Oil da parte degli Stati membri, nonché, in una parte separata, un'indagine generale su una serie di strumenti Oil collegati quali, ad esempio, l'orario di lavoro o la sicurezza sociale.

(30) I Governi sono tenuti, ai sensi dell'articolo 22 della Convenzione Oil, a presentare rapporti sulle convenzioni ratificate.

(31) Nel 2009 il Consiglio di amministrazione ha convenuto di aumentare il ciclo di relazioni per le convenzioni fondamentali e di *governance* da 2 a 3 anni a partire dal 2012.

ratori. L'articolo 23.2 della Costituzione Oil obbliga i Governi a inviare copie di tutti i rapporti sulle convenzioni ratificate e non ratificate alle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori. Da ciò si è sviluppata una pratica in base alla quale tali organizzazioni possono avanzare qualsiasi osservazione tramite il loro Governo o direttamente all'Oil, che confermerà la ricezione e ne invierà una copia al loro Governo (32). Vale la pena sottolineare che negli ultimi venticinque anni si è assistito a un notevole aumento del numero di osservazioni da parte delle organizzazioni dei lavoratori al Ceacr (33). Inoltre, la procedura dell'ufficio Oil persegue l'obiettivo di garantire che le organizzazioni nazionali dei lavoratori e dei datori di lavoro ricevano copia dei commenti degli organismi di vigilanza e delle richieste di rapporti, in modo da incoraggiare la successiva partecipazione delle organizzazioni dei datori di lavoro o dei lavoratori. In effetti, il Ceacr e il Cas sottolineano regolarmente il valore dei commenti delle organizzazioni datoriali e sindacali, come mezzo per assisterli in particolare nella valutazione sulla effettiva applicazione delle convenzioni ratificate.

Il comitato degli esperti ha una serie di modalità per esprimere le sue preoccupazioni (34). Una di queste è la decisione stessa di fare un'osservazione su una particolare convenzione. Altre modalità saranno esaminate più avanti. Tuttavia, uno speciale strumento istituzionale di segnalazione va sottolineato. Si tratta dell'uso di «note a piè di pagina» o di note speciali come caratteristica essenziale dell'azione del Ceacr. Note siffatte possono specificare un precedente obbligo di segnalazione al Comitato di esperti (si parla di singola nota a piè di pagina) o chiedere al Governo di fornire tutti i dettagli sulla questione alla prossima Conferenza internazionale del lavoro (si parla di doppia nota a piè di pagina) (35). L'esistenza di osservazioni del co-

(32) Sul rilievo che la pratica delle osservazioni dei lavoratori e delle organizzazioni dei datori di lavoro non è chiaramente richiesta dall'articolo 23 della Costituzione Oil, accanto all'ampia intesa del 1986 su quali organizzazioni dei lavoratori possono fare osservazioni (cioè non solo le organizzazioni più rappresentanze di cui all'articolo 23.2) della Costituzione Oil, vd. Maupain 2013, 130. Egli suggerisce che ciò ha avuto un effetto di «sostituzione» della creazione dei reclami. Il secondo meccanismo di denuncia è discusso in seguito all'analisi della mobilitazione nel sistema di supervisione.

(33) Lo stesso Maupain (*ibidem*) rileva che nel 1993 ci sono state alcune osservazioni al Ceacr e successivamente «un'esplosione» con 1116 nel 2011. Un'analisi più approfondita di questo aumento sarebbe altamente produttiva dal punto di vista della mobilitazione.

(34) Va notato che il sistema di supervisione seleziona gli Stati anche per ragioni positive, notando casi di progresso, soddisfazione e interesse. Ma questo aspetto non è al centro della mia analisi.

(35) I criteri per l'applicazione delle note a piè di pagina sono stabiliti dal Comi-

mitato di esperti (in particolare quelle contenenti doppie note a piè di pagina) (36) è cruciale per il secondo pilastro del sistema di vigilanza: il Cas.

Il Cas è il comitato della Conferenza sulla applicazione delle norme: un grande (37) organo tripartito composto da rappresentanti dei Governi, delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro. Mentre il comitato è permanente, i suoi membri e coloro che detengono i ruoli chiave vengono scelti ogni anno. Il comitato seleziona 24 o 25 casi individuali (38) attingendo alle circa 700 osservazioni Ceacr prodotte ogni anno dalla discussione tripartita. Sulla base di queste discussioni esso presenta conclusioni che possono raccomandare specifici passi da parte degli Stati per porre rimedio a un problema o per invitare a missioni Oil o a forme di assistenza tecnica (39). Le situazioni di particolare interesse sono indicate in paragrafi speciali della relazione generale. Il rapporto Cas è presentato alla Conferenza internazionale del lavoro di giugno per la discussione in sessione plenaria. Come afferma Swepston, un ex funzionario di alto livello dell'Oil, i due comitati hanno un rapporto complementare piuttosto che gerarchico, costituendo «un elemento pubblico e politico di discussioni dirette con i Governi selezionati in un sistema tripartito per raccogliere ulteriori infor-

tato di esperti nella sua relazione generale ogni anno come segue, con la differenza nella decisione di emettere una nota singola o una doppia nota a piè di pagina:

- la gravità del problema; a tale riguardo, il Comitato sottolinea che una considerazione importante è la necessità di valutare il problema nel contesto di una particolare convenzione e di prendere in esame le questioni che riguardano i diritti fondamentali, la salute, la sicurezza e il benessere dei lavoratori, nonché qualsiasi impatto, anche a livello internazionale, sui lavoratori e altre categorie di persone protette;

- la persistenza del problema;

- l'urgenza della situazione; la valutazione di tale urgenza è necessariamente specifica del caso, secondo criteri standard in materia di diritti umani, come situazioni di pericolo di vita o problemi in cui è prevedibile un danno irreversibile;

- la qualità e la portata della risposta del Governo nei suoi rapporti o l'assenza di risposta alle questioni sollevate dal comitato, compresi i casi di rifiuto chiaro e ripetuto da parte di uno Stato di adempiere ai suoi obblighi.

(36) Il Comitato di esperti prende la posizione, come stabilito nella sua relazione generale ogni anno, «*that it exercises restraint in its recourse to "double footnotes" in deference to the Conference Committee's decisions as to the cases it wishes to discuss*».

(37) È un comitato di grandi dimensioni composto da oltre 230 membri e deputati. Per questo motivo, molte discussioni si concentrano sulla gestione del tempo di lavoro e sui limiti della *policy* sul tempo di parola dei membri del Comitato.

(38) La riduzione dell'elenco dei casi da 25 a 24 nel 2015 è stata contestata e deplorata dai membri dei lavoratori sul Cas.

(39) Vedi oltre, Oil 2012, 192, *The Committee on the Application of Standards of the International Labour Conference. A dynamic and impact built on decades of dialogue and persuasion*.

mazioni ed esercitare ulteriore pressione su di loro in un contesto pubblico per attuare le convenzioni da essi ratificate. Ciascun comitato basa il suo lavoro in gran parte sull'altro, in modo circolare e complementare» (40).

5.3. — *La recente attenzione dottrinale al sistema di supervisione Oil* — La recente dottrina sui meccanismi di supervisione dell'Oil (41) si concentra quasi esclusivamente sulla tutela di un solo diritto: il diritto di sciopero. L'ultimo decennio ha registrato un'ondata di studi sull'Oil e il diritto di sciopero indotta principalmente dall'interruzione nel 2012 della funzione di supervisione, per la prima volta dal suo avvio nel 1927, a causa di una controversia (42) molto discussa sul versante datoriale su come opera la supervisione con riferimento al diritto di sciopero. Questa disputa incrocia la presente ricerca sotto tre punti di vista. Innanzitutto perché la crisi dell'Europa ha avuto luogo durante la sospensione dell'attività di supervisione dell'Oil. Al tempo stesso, l'intensa analisi di questa disputa ha portato a una migliore spiegazione del disegno del sistema di supervisione e all'attenzione alla diffusione dei suoi risultati. Per quanto riguarda la concezione di supervisione, è stata sottolineata e sviluppata la natura complementare delle due componenti del sistema di controllo dell'Oil e la qualificazione delle decisioni del comitato di esperti come «interpretazioni operative» delle norme dell'Oil. Tale lettura sottolinea, da un lato, la «funzione interpretativa» di quel Comitato e lo riconcilia, dall'altro, al fatto che la Costituzione dell'Oil riserva la formale funzione interpretativa alla Corte internazionale di giustizia (43). L'accresciuta rilevanza della diffusione dei risultati scaturiti dal sistema di supervisione dell'Oil presso le giurisdizioni nazionali (soprattutto canadesi) e regionali (Cedu) o altrove, ha provocato la reazione datoriale volta a indebolire il ruolo di supervisione dell'Oil (44). Questa vicenda svela le complesse interazioni che possono svilupparsi tra

(40) Swepston 2013, 202-203.

(41) Un ulteriore elemento ricorrente di analisi del sistema di supervisione dell'Oil, in particolare il Ceacr, è che è vittima del suo stesso successo, collassando sotto il peso delle relazioni da esaminare, delle osservazioni da preparare e di altri compiti come il monitoraggio del *follow-up* dei reclami con una riunione del Comitato di sole tre settimane all'anno per svolgere il proprio lavoro. Maupain 2013, nota 32; Gravel 2004, e Simpson 2004.

(42) Vedi, per esempio: Swepston 2013; La Hovary 2016; Ewing 2013.

(43) Rilevando che il ruolo del Ceacr è simile a quello degli organi del trattato Ihr delle Nazioni Unite, La Hovary (2015); Swepston (2013), guardando le Osservazioni conclusive del Ceacr e il Comitato Cedaw, *supra*, nota 33.

(44) Vedi Vogt 2016. Obiettando con forza sul collegamento operato dalla Corte Suprema canadese con la commissione per la libertà di associazione dell'Oil per la sua

le dimensioni internazionali e transnazionali delle norme internazionali e della stessa funzione di controllo dell'Oil. Una terza dimensione dell'analisi del diritto di sciopero è all'attenzione dell'Ue: principalmente per il modo in cui le sentenze della Corte di Giustizia sul mercato interno (45) entrano in conflitto con le norme Oil e del Consiglio d'Europa sulla libertà di associazione e sugli appalti pubblici. Ciò si interseca con la presente analisi, nel senso che mostra l'Europa come luogo in cui la protezione dei diritti sociali e del lavoro non è più normalmente assicurata, sebbene si concentri solo su un esempio specifico.

5.4. — *Mobilitazione e coinvolgimento: perché ricorrere all'Oil è diverso dal ricorso alle Corti* — Ma non basta discutere solo della mobilitazione dell'Oil. Ha senso anche analizzare gli attori che si mobilitano attorno alle Corti, all'Oil e ad altri organi di controllo o risoluzione delle controversie sui diritti umani. Essi si attivano per cercare di ottenere l'interpretazione e l'applicazione – da parte di organismi considerati particolarmente autorevoli, legittimati o determinanti – delle norme per la risoluzione delle controversie. Tuttavia, non è possibile cogliere i ruoli dell'Oil nella crisi del debito sovrano dell'Ue, e in senso più ampio, senza considerare anche le sue azioni come agente e attore autonomo, ovvero ciò che potrebbe essere definito il coinvolgimento dell'Oil. A differenza dei tribunali, l'Oil non limita il proprio ambito e la sua missione alle funzioni di risoluzione delle controversie o alla supervisione. Naturalmente, i profili dell'attività dell'Oil hanno alcune somiglianze con i tradizionali ruoli giudiziari: è così quando il Comitato di esperti dell'Oil attinge ai rapporti presentati dai Governi per valutarne la conformità e ancor più quando il Comitato sulla libertà di associazione decide una controversia che gli sia stata sottoposta. Tuttavia, la crisi del debito sovrano dell'Ue esemplifica tanto la gamma molto più ampia di ruoli che l'Oil può giocare, quanto la sua peculiare attività, che la rendono assai più di un organismo di risoluzione delle controversie o di supervisione. Questi ruoli più complessi includono anche la sua missione di alto livello in Grecia nel 2011 (46), nonché le varie forme di interazione con le istituzioni dell'Ue e il Fondo monetario internazionale.

errata «elevazione» in fonte giudiziaria, con ampi riferimenti a Langille (2016), vedi Heenan 2016. Per una comparazione Canada/Ue vedi Fudge 2015.

(45) Il quartetto *Laval*: vedi, per un collegamento tra il diritto di sciopero in questi casi e gli sviluppi Oil, Novitz 2014; sui conflitti per gli appalti pubblici tra questa giurisprudenza e le norme dell'Oil vedi Bruun 2010.

(46) Oil 2012, 71.

Al tempo stesso è importante essere consapevoli che la dualità dell'Oil come sede di mobilitazione e come attore impegnato probabilmente implica modi di interazione che meriterebbero di essere indagati. Nel contesto di un'indagine sulla mobilitazione dell'Oil, la questione chiave è se queste interazioni tra l'attività dell'Oil come attore impegnato e come luogo di mobilitazione siano tali da rendere impraticabile occuparsi esclusivamente di quest'ultima funzione. Si potrebbe sostenere che proprio questa sarà trasformata o potrebbe essere trasformata dall'impegno dell'Oil, che potrebbe distorcere significativamente i dati che la riguardano. Certamente l'arco della crisi dell'euro solleva importanti interrogativi relativi sia alla misurazione diacronica della mobilitazione e dell'impegno in generale, sia alla ricerca, in particolare, di prove dell'apprendimento e dell'adeguamento istituzionale da parte dell'Oil e anche dell'Ue. Ad esempio, il primo e vasto impegno nel caso della Grecia ha fornito all'Oil non solo la conoscenza diretta dei problemi sollevati dalla condizionalità sociale del debito sovrano dell'Ue, ma anche la possibilità di agire preventivamente rispetto a successivi episodi di debito sovrano, come nella vicina Cipro, che è entrata in un programma tra marzo 2013 e marzo 2016, per cercare di prevenire violazioni analoghe, come l'assenza di dialogo sociale o il superamento legislativo dei contratti collettivi. Insomma, ciò che potrebbe leggersi come mobilitazione decrescente in realtà potrebbe essere il frutto di un efficace intervento preventivo dell'Oil o dell'Ue per evitare il riprodursi di aree di inosservanza delle norme dell'Oil. Malgrado queste interessanti considerazioni, l'attenzione alla mobilitazione risulta possibile e utile. Uno degli obiettivi principali dell'analisi è vedere se, nel complesso, durante la fase più alta del programma del debito sovrano, si sia registrato un aumento delle conclusioni dell'Oil sulla probabile violazione delle sue norme. Tale risultato resterà valido anche se si registra un qualche effetto derivante dall'impegno diretto dell'Oil. L'impegno dell'Oil, infatti, può essere una possibile spiegazione dei cambiamenti nella mobilitazione, la quale a sua volta può condurre all'impegno dell'Oil (47). L'esplorazione delle strategie di

(47) La missione di alto livello in Grecia lo illustra perfettamente. La Confederazione greca dei sindacati (Gsee) ha formulato osservazioni su un numero eccezionalmente alto di convenzioni. Di conseguenza, il Ceacr nel 2011, alla luce della complessità e della pervasività delle misure adottate nel quadro del meccanismo di sostegno, ha invitato il Governo greco ad avvalersi dell'assistenza tecnica dell'Oil e ad accettare una missione ad alto livello per facilitare una comprensione globale delle questioni prima di esaminare l'impatto delle misure in questione sull'applicazione delle convenzioni ratificate. Nel giugno 2011 il Cas ha discusso dell'applicazione della Convenzione n. 98 da parte della Grecia. Ha accolto con favore l'indicazione del

mobilitazione può quindi migliorare la conoscenza e offrire ulteriori percorsi per una ricerca sui molteplici ruoli svolti dall'Oil nella crisi del debito sovrano dell'Ue o più in generale.

6. — *Misurare il cambiamento della mobilitazione nella funzione di supervisione dell'Oil* — Come misurare la mobilitazione attraverso questi percorsi di analisi? Mentre la letteratura sulla mobilitazione per i diritti umani può fornire qualche utile suggerimento, l'assenza di attenzione nella letteratura sulla mobilitazione riguardo agli strumenti Oil solleva una serie di domande interessanti riguardo alla loro misurazione e caratterizzazione. In questa sede verifico vari metodi principalmente quantitativi per identificare e misurare la mobilitazione nella crisi dell'euro intorno alle possibili sedi offerte dal sistema Oil. Ciò dà il senso sia dei cambiamenti intervenuti nella mobilitazione che dei cambiamenti che tale mobilitazione apporta ai risultati dell'Oil.

6.1. — *L'Europa della crisi davanti al Ceacr* — La ricerca ha rilevato tutte le osservazioni fatte dal Ceacr tra il 2010 e il 2015 ai nove Stati coinvolti nell'eurocrisi. 53 diverse Convenzioni sono state oggetto di osservazioni in questi 9 Stati membri dell'Ue nel periodo 2010-2015 su un totale di 242 osservazioni. La domanda principale è: come valutare questi dati? Un primo approccio valutativo è contenuto nella Tabella 4, che confronta il numero di osservazioni rivolte a questi Stati nei sei anni precedenti il periodo dell'eurocrisi 2010-2015 per vedere se è possibile cogliere rilevanti differenze.

La tabella mostra che un confronto quantitativo così diretto è piuttosto limitato nell'indicare che la crisi dei diritti sociali verificatasi in questi Stati dell'Ue nel periodo 2010-2015 è stata avvertita all'interno del sistema di

Governo che stava lavorando ad accordi con l'Oil per la visita della missione ad alto livello proposta dal comitato di esperti. Ha ritenuto che il contatto con il Fmi e l'Ue avrebbe anche aiutato la missione a comprendere la situazione. L'obiettivo della missione, così come definito dal comitato di esperti e la richiesta avanzata dal Cas, era duplice. Da un lato, la missione di alto livello intendeva raccogliere informazioni sull'applicazione delle convenzioni che la Gsee ha portato all'attenzione degli organi di controllo nei settori della libertà di associazione e contrattazione collettiva, della protezione dei salari, della politica dell'occupazione, della sicurezza, non discriminazione e ispezione del lavoro. D'altra parte, mirava a facilitare una comprensione globale della situazione eccezionale in cui si trovava il paese e dell'impatto delle politiche delle organizzazioni internazionali in questo contesto, al fine di avanzare proposte costruttive su una possibile via da seguire.

*Tab. 4 – Osservazioni del Ceacr prima e durante la crisi
negli Stati del debito sovrano dell'Ue*

CYPRUS	16	11
GREECE	26	53
HUNGARY	12	17
IRELAND*	9	28
ITALY	25	23
LATVIA	20	10
PORTUGAL	31	33
ROMANIA	28	20
SPAIN	37	47
TOTAL	204	242
AVERAGE	22.7	27

* L'Irlanda, molto insolitamente per uno Stato Ue, non ha adempiuto ai suoi obblighi di rendiconto per un lungo periodo dal 2002 in poi. Ciò ha influito sulla natura delle osservazioni a essa indirizzate.

supervisione. C'è stato un aumento del numero medio annuo di osservazioni da 22,7 nel periodo precrisi a 27 in quello successivo. Tuttavia, la tabella mostra che ci sono importanti variazioni all'interno del gruppo degli Stati interessati. Mentre in alcuni di essi le osservazioni sono raddoppiate (Grecia) o più che triplicate (Irlanda), in altri sono diminuite (Cipro, Lettonia). Di conseguenza, la tabella non indica certo una trasformazione trasversale del modo in cui la crisi del debito sovrano Ue ha influenzato la valutazione degli Stati da parte del Ceacr. Si sarebbe potuto quindi concludere, se ci si fosse fermati qui, che il sistema di supervisione dell'Oil è stato nel migliore dei casi modestamente influenzato dai drastici cambiamenti dei diritti sociali causati dalle condizionalità imposte dal prestito fornito al debito sovrano.

Tuttavia, andando più a fondo si possono cogliere ulteriori risposte e maggiori informazioni contestuali. Una soluzione è quella di collocare il gruppo dei paesi con debito sovrano Ue all'interno dell'Ue a 28. Il che ci permette di verificare se il numero di osservazioni e il cambiamento quantitativo prima e durante la crisi differiscono in modo significativo (vd. Tabella 5).

Tab. 5 – Confronto tra Ue-28 e gruppo di paesi Ue con debito sovrano davanti al Ceacr

	EU-28	EU SOVEREIGN DEBT
AVERAGE ANNUAL OBSERVATIONS DURING CRISIS	19.6	27
TREND OF OBSERVATIONS BEFORE AND DURING 2010-2015	DOWN 606 (2004-2009) 548 (2010-2015)	UP 204 (2004-2009) 242 (2010-2015)

Nel complesso, possiamo vedere che il numero di osservazioni durante la crisi è salito negli Stati del debito sovrano (da 204 a 242), ma è sceso in tutta l'Ue (da 606 a 548). Sebbene non vi sia un'enorme differenza, i dati indicano un andamento diverso per i paesi con debito sovrano e per gli altri Stati dell'Ue nel periodo della crisi. E mentre il numero medio annuo di osservazioni per tutti gli Stati dell'Ue 2010-2015 è di 19,6, per quelli del debito sovrano è di 27. Collocare quest'ultimo gruppo all'interno dell'Ue a 28 evidenzia pertanto la tendenza verso una differente interazione del gruppo di paesi con debito sovrano con il sistema di supervisione dell'Oil durante il periodo della crisi.

Osservando la Tabella 4, bisogna chiedersi perché Spagna e Portogallo abbiano un tale record negativo di osservazioni in entrambi i periodi di tempo rispetto, ad esempio, a Cipro e Lettonia. Per rispondere a tali domande è necessario conoscere i canali attraverso i quali il Ceacr ottiene le sue informazioni e come queste varino nel tempo, vale a dire scoprire cosa determina le osservazioni e non limitarsi a contarne il numero. È questa la chiave per collegare la mobilitazione dell'Oil al suo sistema di supervisione, che si avvale, oltre che dei rapporti governativi, anche delle osservazioni fornite dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro. Le organizzazioni dei lavoratori sembrano la pista più promettente da seguire per analizzare i cambiamenti nella mobilitazione di fronte alla drammatica riduzione dei diritti sociali e del lavoro. Cosa emerge dalla rilevazione delle osservazioni avanzate dalle organizzazioni dei lavoratori contro le osservazioni Ceacr negli Stati del debito sovrano?

La Tabella 6 mostra un aumento molto significativo delle osservazioni delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, guidato da picchi drammatici di osservazioni inviate da un gruppo di Stati con debito sovrano. I dati riguardanti Lettonia, Portogallo e Romania mostrano tutti aumenti sostanziali (raddoppiati o prossimi al raddoppio), mentre gli incrementi sono

Tab. 6 – Mappa delle osservazioni delle organizzazioni dei lavoratori prima e durante l'eurocrisi

WORKERS OBSERVATIONSTO CEACR	2004-2009	2010-2015
CYPRUS	2	0
GREECE	10	57
HUNGARY	9	8
IRELAND	3	4
ITALY	39	32
LATVIA	6	15
PORTUGAL	22	50
ROMANIA	22	35
SPAIN	14	120
TOTAL	127	321
AVERAGE	14,1	35,6

esponenziali (cinque o dieci volte) per Grecia e Spagna. Si tratta di dati chiave sulla mobilitazione, che mostrano come i sindacati si siano rivolti al sistema di supervisione dell'Oil presentando molte più osservazioni durante la crisi. Se guardiamo chi ha avanzato osservazioni, emergono ulteriori dati interessanti. Un dato notevole negli Stati ove si è registrato il maggior numero di osservazioni nel periodo di crisi, Grecia e Spagna, è rappresentato da una partecipazione più ampia da parte di più organizzazioni sindacali nazionali di lavoratori. È quanto accaduto infatti in Grecia, ove il più significativo e sostenuto numero di osservazioni è stato presentato dalla Confederazione generale del lavoro (Gsee). Tuttavia, anche sindacati greci di settore hanno avanzato osservazioni, come due sindacati rappresentativi degli ispettori sulla salute e sicurezza del lavoro e le Federazioni greche dei lavoratori bancari. In Spagna, il ridotto numero di osservazioni precrisi presentate dalle *Comisiones Obreras* è diventato un'alluvione di osservazioni presentate sia dalle *Comisiones Obreras* che dall'Ugt, così come in ripetuti interventi da parte del sindacato internazionale Ituc sulle Convenzioni n. 87 e n. 98. Le federazioni di settore han-

no unito le forze a livello nazionale e internazionale per presentare osservazioni congiunte, come la Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti (Itf) e la Federazione dei marinai panellenici. Anche le federazioni sindacali globali – Ituc e Federazione mondiale dei sindacati – hanno presentato osservazioni sulla Grecia. Particolari circostanze possono modificare l'utilizzo del sistema di supervisione: come spiegare l'improvvisa interruzione nel 2015 delle osservazioni dei sindacati greci a seguito dell'elezione di Syriza come partito di Governo nel gennaio di quell'anno?

Se non è possibile stabilire una corrispondenza diretta e meccanica tra le osservazioni del Ceacr e gli *input* forniti dalle organizzazioni dei lavoratori, poiché tale organismo agisce anche sulla base di rapporti governativi (e, se presentate, delle osservazioni delle organizzazioni datoriali), tuttavia si può imparare molto e trarre nuovi interrogativi di ricerca se si combinano queste informazioni con i numeri delle osservazioni Ceacr, come indicato nella successiva Tabella 7. Si potrebbe addirittura avanzare un'ipotesi tutta da verificare, e cioè che il segnale di un sano ed efficace sistema di supervisione, specialmente se indotto dagli sviluppi della crisi, si ha quando le osservazioni delle organizzazioni dei lavoratori superano quelle del Ceacr (come, ad esempio, in Italia). Al contrario, quando le osservazioni di questo organo sono più numerose degli *input* sindacali (come, ad esempio, a Cipro, in Ungheria e in Irlanda), allora sono necessarie ulteriori indagini per scoprirne le ragioni (48). A questo proposito vale la pena notare che sia in Lettonia che in Spagna l'ordine è stato invertito durante il periodo di crisi, cosicché durante la crisi vi sono state più osservazioni dei lavoratori che osservazioni del Ceacr, mentre prima della crisi vi erano più osservazioni del Ceacr che dei lavoratori.

(48) Alcune risposte sono state fornite da funzionari sindacali irlandesi e ungheresi in un seminario Etui nel gennaio 2018 in cui sono stati presentati questi dati. La rappresentante del sindacato irlandese ha affermato che si è ritenuto che altre strategie industriali sarebbero state più produttive nel risolvere problemi lavorativi rispetto alla presentazione di osservazioni all'Oil. Ha respinto l'ipotesi secondo cui il mancato rispetto da parte dell'Irlanda degli obblighi di inviare rapporti periodici all'Oil per un lungo periodo ha influito sui calcoli sindacali. Il rappresentante sindacale ungherese ha affermato che non ci sono osservazioni dei lavoratori da parte dei sindacati ungheresi perché la pratica lì era di un apporto tripartito al rapporto governativo al posto dell'uso da parte dei datori di lavoro e delle organizzazioni sindacali del loro diritto di presentare osservazioni separate all'Oil. Allo stesso tempo, i sindacati ungheresi avevano la «valvola di sicurezza» di rivolgersi all'Ituc per chiedere di fare osservazioni, e in effetti il Cas ha fatto osservazioni sull'Ungheria durante il periodo di crisi.

Tab. 7 – Mappatura delle osservazioni sindacali e del Ceacr

	CEACR2004-2009	WORKER 2004-2009	CEACR 2010-2015	WORKER 2010-2015
CYPRUS	16	2	11	0
GREECE	26	10	53	57
HUNGARY	12	9	17	8
IRELAND	9	3	28	4
ITALY	25	39	23	32
LATVIA	20	6	10	15
PORTUGAL	31	22	33	50
ROMANIA	28	22	20	35
SPAIN	37	14	47	120

Questi dati lasciano intendere che la crisi ha spinto le organizzazioni dei lavoratori in un certo numero di Stati a utilizzare il sistema di supervisione. Purtroppo accade che, a differenza dei rapporti ombra delle Ong nel sistema di supervisione delle Nazioni Unite sui diritti umani, in quello Oil le osservazioni delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro non sono rese pubbliche. Se ciò avvenisse si potrebbero avviare indagini fruttuose sull'influenza che le osservazioni dei lavoratori hanno avuto sugli orientamenti del Ceacr. Nonostante ciò, è stato in precedenza dimostrato che il materiale esistente può essere valutato in modi che consentono di individuare i cambiamenti della mobilitazione nel sistema di supervisione. Tuttavia, ciò che non emerge dai dati è se si è trattato di una mobilitazione libera e non coordinata in ognuno degli Stati della crisi europea o se, piuttosto, sono rintracciabili elementi di una strategia comune transnazionale.

6.2. — *La prova di una strategia di mobilitazione transnazionale: «alla ricerca delle note a piè di pagina»* — I dati sulla mobilitazione nell'attività di supervisione dell'Oil suggeriscono che le interviste di *follow-up* potrebbero utilmente fornire ulteriori informazioni, ad esempio sulle decisioni di inviare osservazioni da parte delle organizzazioni sindacali e sui collegamenti tra sindacati nazionali e confederazioni internazionali nella strategia di far ricorso al Ceacr e al Cas. Una di queste interviste, con il responsabile legale globale dell'Itf (la Federazione internazionale dei lavoratori dei

trasporti) (49), lascia trasparire elementi di una strategia transnazionale. L'intervistato prende atto della chiara presenza di una strategia intersindacale concordata a livello globale mossa dalla convinzione condivisa che la natura Ue-Fmi dei requisiti del programma di eurocrisi ha reso questi ultimi una priorità globale da affrontare. Ma deve anche esserci un luogo per raggiungere un tale accordo transnazionale. Mentre i sindacati degli Stati con debito sovrano sono stati liberi di scegliere quale forma di mobilitazione dell'Oil seguire, una volta scelta questa strada c'è stata una decisione strategica di progettare le osservazioni dei lavoratori in modo da «cercare le note a piè di pagina» del Comitato di esperti nella loro relazione di dicembre.

La prima caratteristica istituzionale che favorisce una strategia transnazionale è la natura annuale del processo se la situazione di crisi si prolunga su più anni. Ciò che viene concordato e appreso nel primo anno può alimentare il processo di supervisione nell'anno successivo. La seconda caratteristica istituzionale cruciale che promuove la transnazionalizzazione della mobilitazione nel sistema di supervisione dell'Oil è la necessità di un accordo tripartito su un numero limitato di casi rispetto a tutte le osservazioni del Ceacr per accedere poi al Cas. Ciò induce le organizzazioni dei lavoratori di tutto il mondo a condividere, valutare e concordare priorità strategiche. Nel mese di marzo o aprile dell'anno successivo alla relazione di dicembre del Comitato di esperti, il comitato dell'Ituc si riunisce per stilare la lunga lista di casi che intende sottoporre all'esame del Cas a giugno. Ogni macroregione porta la sua lista dei desideri: in questi incontri si è convenuto che gli Stati con debito sovrano dell'Ue dovessero costituire una priorità: decisione sostenuta dalla decisione strategica precedente di «cercare le note a piè di pagina» del Comitato di esperti per tali Stati. Naturalmente, quella lista dei desideri sindacali deve far parte dei negoziati tripartiti prima di diventare uno dei 25 casi individuali considerati dal Cas. Questo resoconto del sistema di supervisione dell'Oil mostra dove e perché gli elementi di una strategia transnazionale possono essere promossi e sviluppati. La ragione dell'accordo transnazionale che ha riconosciuto priorità alla crisi dell'Europa è rinvenibile nel coinvolgimento di Ue e Fmi in una pluralità di Stati.

6.3. — *I risultati della mobilitazione davanti al Ceacr* — Il Ceacr ha una serie di modi per esporre le sue preoccupazioni nelle osservazioni. Per crea-

(49) Ruwan Subasinghe, Global Legal Officer, Itf, Brussels, 11 gennaio 2018, così riferisce: «Gli sono estremamente grata per le sue intuizioni e il suo interesse al progetto».

re i dati della Tabella 8 abbiamo segnalato solo le espressioni più negative dello spettro utilizzato: espressioni di (profondo) ramarico o preoccupazione evidenziate dallo stesso Ceacr e la decisione del Comitato di emettere note a piè di pagina, richiedendo o una relazione anticipata al Ceacr o anche l'obbligo per il Governo interessato di fornire dettagli alla Conferenza internazionale del lavoro. Si contano 76 valutazioni negative su un totale di 242 osservazioni. L'Irlanda è un'eccezione in quanto le sue valutazioni negative riguardano anche il mancato rispetto degli obblighi di presentare i rapporti nazionali. I diversi paesi possono essere collocati in tre gruppi. Ci sono quelli senza note a piè di pagina, ma anche con poca o nessuna mobilitazione sindacale nazionale attorno al Ceacr (Cipro e Ungheria). All'altra estremità dello spettro si collocano Grecia e Spagna, dove un numero eccezionalmente elevato di valutazioni negative e note a piè di pagina coincide con un numero molto alto di osservazioni dei sindacati dei lavoratori. A metà strada si trovano quegli Stati con livelli da bassi a moderati di osservazioni sindacali e valutazioni negative (Lettonia, Italia, Romania, Portogallo). Si può notare anche, osservando le convenzioni Oil che richiamano le valutazioni più negative, un chiaro addensamento attorno a 6 convenzioni (Tabella 9). Quelle che evidenziano maggiori criticità sono la Convenzione sul diritto di organizzazione e contrattazione collettiva (C98) e sulla politica dell'occupazione (C122). Anche la protezione dei salari (C95) e la sicurezza sociale (102) sono state al centro delle questioni relative all'ispezione sul lavoro (C81) e alla libertà di associazione (C87), calamitando anche l'attenzione del Ceacr. Osservando più nel dettaglio, negli Stati destinatari delle valutazioni più negative appare evidente come queste siano indotte dalla crisi. Ad esempio, di 13 osservazioni inviate alla Grecia nel 2011, tutte tranne una contenevano una nota a piè di pagina. Inoltre, la crisi e la situazione di debito di questo gruppo di paesi sono ripetutamente segnalate nelle osservazioni Ceacr (50). Il collegamento tra le due fasi nel sistema di supervisione ci consente di ricostruire le modalità con cui tali preoccupazioni confluiscono nella fase Cas.

6.4. — *La crisi davanti al Cas* — Circa venticinque casi individuali vengono selezionati dal Cas ogni anno, attingendo alle osservazioni del Ceacr, per il dibattito e le conclusioni. Durante la crisi europea, come osservato in precedenza, l'uso di questo strumento è stato compromesso dalla crisi

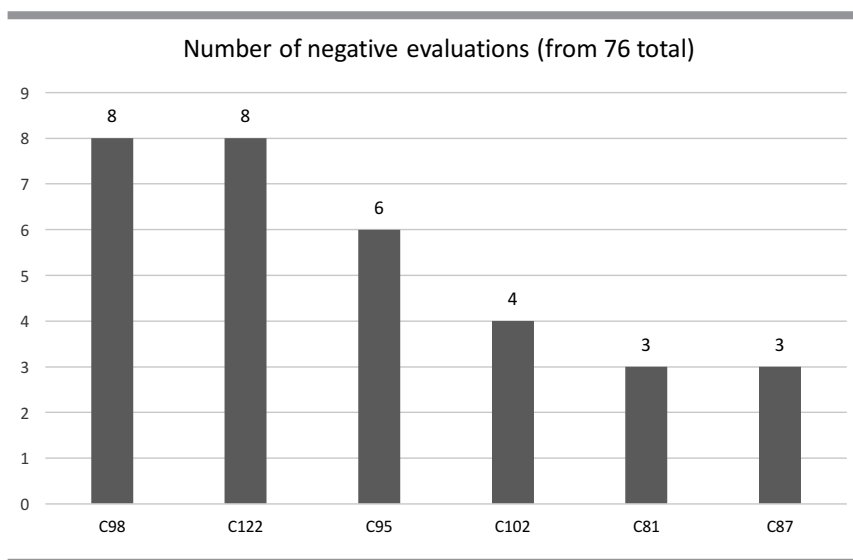
(50) Nelle 242 osservazioni indirizzate al gruppo di paesi Ue con debito sovrano dal Ceacr nel 2010-2015, ci sono 194 menzioni specifiche di «crisi» e 226 riferimenti più ampi alla «crisi» o al debito sovrano, come, ad esempio, i *memorandum* d'intesa.

*Tab. 8 – Valutazioni negative Ceacr sulla crisi in Europa.
Osservazioni 2010-2015 per Stato*

	TOTAL NEGATIVE EVALUATIONS	OF WHICH FOOTNOTES*
CYPRUS	1	0
GREECE	33	21
HUNGARY	0	0
IRELAND	13	3
ITALY	3	2
LATVIA	1	1
PORTUGAL	5	5
ROMANIA	4	2
SPAIN	16	13
TOTAL	76	47

* Tutte le note a piè di pagina, tranne una, sono singole. La doppia nota è stata indirizzata alla Grecia nel 2013 in relazione alla C102 (sicurezza sociale).

*Tab. 9 – Principali valutazioni negative Ceacr
sulla crisi dell'Europa per convenzione*



parallela sofferta dal sistema di supervisione dell'Oil. Pertanto, a causa delle obiezioni delle organizzazioni datoriali ostili alla supervisione Oil nei casi di esercizio del diritto di sciopero, questo settore del sistema di vigilanza si è mosso con difficoltà durante questo periodo e si è interrotto del tutto nel 2012 e, parzialmente, nel 2014. Nondimeno i dati ci dicono che la crisi dell'Europa è stata chiaramente identificata come un problema dal Cas: a parte la Croazia, ogni Stato dell'Ue selezionato come caso individuale nel 2011-2015 era nella zona della crisi. Inoltre, le Convenzioni selezionate su cui concentrare l'attenzione, sulla contrattazione collettiva (C98), sugli standard minimi di sicurezza sociale (C102) e sulla politica dell'occupazione (C122), segnalano anche particolari preoccupazioni legate alla crisi. Possiamo inoltre vedere il forte legame di queste convenzioni con il maggior numero di valutazioni negative del Ceacr e la selezione dei singoli casi da parte del Cas.

Tab. 10 – Il Cas e la crisi dell'Europa 2011-2015

CAS 2011	GREECE C098 ROMANIA C098
CAS 2012	CRISIS AT ILO, NO LIST OF INDIVIDUAL CASES AGREED
CAS 2013	GREECE C098 SPAIN C122
CAS 2014	CROATIA C98 GREECE C102 PORTUGAL C122 CRISIS AT ILO, LIST OF INDIVIDUAL CASES AGREED BUT NO CONCLUSIONS COULD BE AGREED
CAS 2015	SPAIN C122 ITALY C122

Ecco i vari modi con cui abbiamo misurato il sistema di supervisione: confrontando le osservazioni del Ceacr prima e durante la crisi, nonché i paesi colpiti dalla crisi con le osservazioni Ue-28; monitorando le osservazioni dei sindacati dei lavoratori e mappandole sulle osservazioni Ceacr e vedendo come le preoccupazioni sindacali e del Ceacr a loro volta si inseriscono nella seconda fase di supervisione nel Cas. Tutto ciò fornisce prove convincenti che la crisi ha cambiato la mobilitazione e ha creato mutamenti nel sistema di supervisione.

7. — *Speciali procedure Oil e crisi europea* — I meccanismi di supervisione non esauriscono le sedi Oil cui i sindacati possono rivolgersi. È quin-

di opportuno presentare brevemente i due meccanismi di reclamo dell'Oil attivi nel periodo della crisi europea: i reclami e il ricorso al Comitato per la libertà di associazione (51). Ancora una volta, va accertato se la crisi abbia provocato una svolta nell'utilizzo di tali istanze e in quali Stati Ue, per poter operare un raffronto tra il periodo precedente alla crisi e il periodo della crisi. Tuttavia, quanto alle procedure speciali – ricorso al Comitato per la libertà di associazione o reclami –, poiché non è prevista una scadenza annuale, ho potuto osservare l'evoluzione dal 2010 in avanti, senza fermarmi al 2015. Le molteplici sedi offerte dall'Oil ci consentono anche di identificare quali sono le preferenze di chi vi fa ricorso.

7.1. — *Crisi europea e procedura dei reclami* — La procedura dei reclami è disciplinata dagli articoli 24 e 25 della Costituzione Oil del 1919. La Costituzione garantisce a un'associazione di datori di lavoro o di lavoratori il diritto di presentare al Consiglio di amministrazione dell'Oil un reclamo contro qualsiasi Stato membro che, a suo avviso, «non ha provveduto in modo soddisfacente alla esecuzione di una convenzione a cui ha aderito». Un comitato tripartito può essere costituito dal Consiglio di amministrazione per la valutazione del reclamo. Esso presenta al Consiglio un rapporto sui fatti e sui profili giuridici e conclude con delle raccomandazioni.

Questa opportunità è stata utilizzata in maniera molto rilevante da Romania, Spagna e Portogallo, specie se confrontata con l'utilizzo fatto nel periodo precrisi (52). I sindacati rumeni hanno presentato i primi reclami della loro storia nel 2016 e 2017, relativi all'inosservanza della C95, la Convenzione sulla protezione dei salari, e della Convenzione sulla discriminazione nel lavoro (C155) (53). Quattro reclami ciascuno sono stati

(51) Un'ulteriore procedura speciale è la denuncia dei delegati alla Conferenza internazionale del lavoro, che viene trattata dal Consiglio di amministrazione Oil e può portare alla istituzione di una Commissione di inchiesta (articolo 26 della Costituzione Oil). Poiché si tratta di una procedura alquanto eccezionale, non utilizzata in Europa fino al 2000, io non la prendo in considerazione nella mia analisi. Esempi di denunce recenti riguardano: il Qatar (2014) sul lavoro forzato (C029) e l'ispezione sul lavoro (C081), e una serie di denunce sulla libertà di associazione e/o il diritto di organizzazione sindacale in Zimbabwe (2010), Myanmar (2010), Guatemala (2012) e Fiji (2013), e un'ampia serie di denunce contro il Venezuela (2015, 2016).

(52) E anche se confrontato con l'uso di questa strada negli ultimi decenni. Maupain (*supra*, nota 33, 2013, 135) osserva che ci sono tipicamente solo da 1 a 5 reclami ogni anno e attribuisce la marginalizzazione alla nuova apertura istituzionale e alla successiva preferenza per rendere le osservazioni dei lavoratori al Ceacr.

(53) Romania: *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Romania of the Protection of Wages Convention, 1949 (No. 95), made*

presentati da Spagna (54) e Portogallo (55) nel 2010, dopo che i sindacati di tali paesi non avevano utilizzato questa procedura per decenni. Dieci reclami sono stati presentati da una vasta gamma di sindacati diversi riguardo a un ampio ventaglio di temi, tra i quali la determinazione dei salari, le ispezioni sul lavoro e la cessazione del rapporto di lavoro. Di conseguenza, un cambiamento nella mobilitazione è evidente nell'uso di questo mezzo nell'Europa della crisi. Il numero di reclami mostra anche il diverso utilizzo degli strumenti Oil da parte degli Stati durante la crisi, giacché non si è fatto ricorso a questa procedura in paesi con una forte mobilitazione: sorprendentemente non ci sono stati reclami da parte della Grecia.

7.2. — *La crisi europea innanzi al Comitato per la libertà di associazione*
— Il Comitato per la libertà di associazione è un comitato speciale del Consiglio di amministrazione fondato nel 1951 come ente speciale di su-

under article 24 of the ILO Constitution by the Federation of Free Trade Unions of the Chemical and Petrochemical Industries (FSLCP) (GB.327/INS/6/1) (GB.330/INS/7/1); Representation alleging non-observance by Romania of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), made under article 24 of the ILO Constitution by the Federation of Trade Unions of Romanian Pathologists (FSMAPR) (GB.331/INS/19/2). Quest'ultima non è stata ritenuta ricevibile dal Consiglio di amministrazione.

(54) Spagna: *Representation of 2014 by Ugt and Cc.Oo. alleging non-observance by Spain of the Minimum Wage-Fixing Convention (C131) (Committee Report: GB.322/INS/14/8; GB.329/INS/20/4; Representation of 2014 by the Independent Judicial Forum Professional Association alleging non-observance of the Weekly Rest (Commerce and Offices) Convention (C106) (Committee Report: GB.322/INS/14/7; GB.328/INS/17/9); Representation of 2012 by Cc.Oo. and Ugt alleging non-observance of the Termination of Employment Convention (C158) (Committee Report: GB.316/INS/16/5; GB.317/INS/13/6; GB.321/INS/9/4); Representation of 2011 by the National Federation of Associations of Employment and Social Security Sub-Inspectors alleging non-observance of the Labour Inspection Convention (C147) (Committee Report: GB.312/INS/16/5; GB.321/INS/9/2).*

(55) Portogallo: *Representation of 2014 by the National Federation of Unions of Workers in the Public and Social Services alleging non-observance of the Forced Labour Convention (C029) and the Discrimination in Employment and Occupation Convention (C111) (Committee Report: GB.322/INS/14/4); Representation of 2013 by the Union of Labour Inspectors alleging non-observance of the Labour Inspection Convention (C081), the Labour Inspection (Agriculture) Convention (C129) and the OSH Convention (C155) (Committee Report: GB.319/INS/15/6; GB.324/INS/7/5); Representation of 2013 by various unions of stevedores, cargo-handlers and dockworkers alleging non-observance of the Dock Work Convention (C137) (Committee Report: GB.319/INS/15/4; GB.324/INS/7/8); Representation of 2011 by the Occupational Association of Professional Police Officers alleging non-observance of the OSH Convention (C155) (Committee Report: GB.311/10/3; GB.319/INS/14/8).*

pervisione delle denunce sulle violazioni della libertà di associazione (indipendentemente dal fatto che gli Stati abbiano o meno ratificato le Convenzioni chiave n. 87 e n. 98). Ha un presidente indipendente e tre componenti rispettivamente per i datori di lavoro, i lavoratori e i Governi. Decide sui fatti e verifica se c'è stata o meno una violazione della convenzione. Presenta una relazione al Consiglio di amministrazione e formula raccomandazioni su come porre rimedio in tali casi.

Tab. 11 – La crisi europea e il ricorso al Comitato per la libertà di associazione dal 2010 in poi (in grassetto, i reclami incentrati sulla crisi) rispetto al periodo precedente*

GREECE	HUNGARY	IRELAND	ITALY	PORTUGAL	ROMANIA	SPAIN
CASE 2820 OF 21 OCT 2010	CASE 2777 OF 5 AUG 2010	CASE 2780 OF 4 MAY 2010	CASE 2953 OF 31 MAY 2012	CASE 3072 OF 1 JUNE 2014	CASE 3182 OF 31 JULY 2015	CASE 2759 OF 19 JAN 2010
CASE 2838 OF 10 FEB 2011	CASE 2775 OF 3 MAR 2010				CASE 3129 OF 8 JAN 2015	CASE 2785 OF 3 JUNE 2010
						CASE 2918 OF 17 NOV 2011
						CASE 2947 OF 10 MAY 2012
						CASE 3093 OF 25 JULY 2014
NO, 5 IN PRECEDING DECADE	YES, ONE CASE IN EACH TWO PRECEDING DECADES	YES, ONLY TWO PREVIOUS CASES IN 1965 AND 1986	YES, LAST CASE IN 1979	NO, 3 IN PRECEDING DECADE	NO, 5 IN PRECEDING DECADE	YES, 1 CASE IN 2002 AND 2 IN 2001

La Tabella 11 illustra la crisi dell'Europa davanti al Comitato per la libertà di associazione. Emergono almeno tre questioni meritevoli di ulteriore riflessione. In primo luogo, in quattro dei nove Stati del debito sovrano – Ungheria, Italia, Spagna e Irlanda – c'è un contrasto con il precedente impegno davanti al Comitato. In secondo luogo, in almeno due di questi Stati – la Spagna e l'Italia – questo contrasto appare piuttosto sorprendente o marcato. In terzo luogo, per i cinque Stati in cui il dato non appare quantitativamente rilevante, ciò non significa che non vi sia stata nessuna attività significativa posta all'attenzione del Comitato. In Grecia e Romania, la crisi dell'Europa ha significato un utilizzo continuo di ricorsi al Comitato. Solo Cipro e Lettonia hanno perseverato nella loro strategia di non

appellarsi a questo organo. Il contenuto dei reclami – in grassetto nella Tabella 11 – mostra anche che la crisi dell'Europa è stata la ragione precisa dell'incremento nell'impiego di tale procedura in Grecia, Spagna e Portogallo. Negli altri Stati, come in Romania, la resistenza alle misure di austerità, che ha portato a un ricorso più ampio da parte dei sindacati o della società civile alle sedi ove si proteggono i diritti internazionali, potrebbe sortire effetti diffusi di mobilitazione tali da abituare i ricorrenti a utilizzarle anche per questioni non strettamente connesse alle misure del debito sovrano.

L'aggiunta delle procedure speciali all'analisi dei meccanismi di supervisione mostra come la pluralità di istanze Oil susciti interessanti interrogativi sulla scelta delle sedi Oil. L'analisi mostra che i sindacati greci hanno concentrato la loro attenzione sul sistema di supervisione e sul Comitato per la libertà di associazione. Quelli spagnoli, invece, hanno adottato una strategia di ricorso a tutte le sedi, con un'attività molto più intensa nel sistema di supervisione, in quella dei reclami e nell'accesso al Comitato per la libertà di associazione. I sindacati portoghesi hanno mantenuto i precedenti livelli di attività nella supervisione e dinanzi al Comitato, ma hanno aggiunto i reclami, scelti anche dai sindacati rumeni, che hanno in seguito optato anche per il sistema della supervisione.

8. — *Come cambia la mobilitazione nell'Europa della crisi: l'Oil e oltre* — L'interrogativo principale della presente analisi è stato se il cambiamento della mobilitazione si produca per effetto del trauma subito dal mondo del lavoro. La domanda può apparire ovvia, e tuttavia non è presente nella letteratura sulla mobilitazione a favore dei diritti umani o sull'Oil. Ciò significa che, al contrario di quanto ipotizzato (nelle considerazioni di Simmons) sul costante aumento attraverso il processo di apprendimento e di riscontro continuo (nella teoria della *governance* sperimentale di de Búrca), la mobilitazione per i diritti umani può aumentare o diminuire in relazione ai problemi, alle sedi e ai diversi periodi. Vale la pena analizzare e comprendere perché si manifestano queste variazioni nella mobilitazione per i diritti. L'analisi fin qui condotta ha esplorato la condizionalità del debito sovrano come fattore scatenante della mobilitazione e ha utilizzato l'esempio della crisi dell'Europa presso l'Oil per provarlo. Nel complesso, ha mostrato che si è trattato di un fattore scatenante significativo, ma non in tutti gli Stati del debito sovrano e con intensità e strategie diverse. Una prospettiva sul cambiamento nella mobilitazione è meno vincolata rispetto alla *governance* dei diritti umani internazionali dell'Onu o all'analisi degli effetti del Trattato sui diritti umani o di specifici trattati, e quindi ha il van-

taggio di offrire uno spazio più aperto alle scelte per l'intervento presso istanze di giudizio alternative. Pertanto, le opzioni di mobilitazione effettuate da vari sindacati vanno analizzate non solo per capire se essi seguano una pluralità di strade all'interno dell'Oil, ma anche se e perché mostrino altre preferenze, rivolgendosi piuttosto alla Corte di Giustizia, o presentino ricorsi collettivi ai sensi della Carta sociale europea o invochino l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo o, infine, invochino la tutela della disciplina dei diritti umani delle Nazioni Unite.

La mobilitazione in contesti mutevoli è il metro di misura della possibilità e del modo in cui gli attori della società civile modificano azioni e strategie in materia di diritti umani per reagire a fattori derivanti dalle violazioni dei diritti.

Il secondo interrogativo posto dalla ricerca attiene alla domanda su come misurare i cambiamenti nella scelta degli strumenti di mobilitazione all'interno di un sistema complesso di supervisione e reclami come quello dell'Oil. La ricerca ha analizzato come le diverse procedure funzionano testando la varietà di dati prima e dopo il ricorso a esse: confrontando le osservazioni del Comitato di esperti prima e durante la crisi; confrontando la crisi dell'Europa con le osservazioni Ue-28; monitorando le osservazioni delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e confrontandole con le osservazioni Ceacr e osservando come le preoccupazioni dei lavoratori e il Ceacr a loro volta si alimentino nella seconda fase di supervisione al Cas. L'analisi ha mostrato che è fondamentale osservare ciò che fanno i soggetti che si mobilitano (qui le organizzazioni dei lavoratori) e come ciò alimenta la loro mobilitazione. L'analisi ha anche mostrato le strategie transnazionali che accompagnano la mobilitazione interna negli snodi cruciali del sistema di supervisione dell'Oil. Essa è stata fortemente facilitata – dal punto di vista dei profili istituzionali – dalle caratteristiche progettuali del sistema di supervisione dell'Oil, in particolare dalla necessità di un accordo tripartito su un elenco di 25 casi da individuare per la discussione e dall'accurata osservazione centrata su un *pool* di oltre 700 opzioni.

In terzo luogo, sia le procedure speciali dell'Oil che il sistema di supervisione potrebbero essere meccanismi più affidabili per misurare i cambiamenti nella mobilitazione rispetto ai tribunali, compresi quelli dei diritti umani. Due caratteristiche meritano di essere sottolineate. La prima è la natura reiterativa della supervisione. La seconda è il meccanismo dell'accesso diretto a queste procedure da parte degli attori. Essi non sono tenuti, ad esempio, a esperire tutti i rimedi domestici, come accade dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, o, per considerare un ulteriore requisito di quella Corte che complica l'accesso, a dimostrare di

essere «vittime» (56). La caratteristica iterativa dei sistemi di supervisione e redazione di rapporti e l'accesso diretto agli organismi per i diritti umani li rendono un luogo privilegiato per misurare la mobilitazione. Tuttavia, i ricorrenti possono scegliere di rivolgersi ai tribunali ove ritengano che una sentenza favorevole sia dotata di maggior forza applicativa. Ciò a sua volta può generare un forte vincolo alla maggiore affidabilità della misurazione di certi modelli di mobilitazione stragiudiziale, nonché un ostacolo significativo all'accesso a più istanze di tutela dei diritti. E ciò perché i tribunali dei diritti umani possono rifiutare di ritenere ammissibili questioni già deliberate da altri organismi internazionali. Così la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato che le decisioni del Comitato per la libertà di associazione dell'Oil sul diritto di sciopero precludono l'ammissibilità di una denuncia sullo stesso tema ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (57). Ciò significa che chi si mobilita deve scegliere *ex ante* tra una mobilitazione giudiziale e una quasi-giudiziale, tenendo conto nella sua strategia se e quando ricorrere a una sede impedisca o possa impedire il ricorso a un'altra. In ogni caso, il ricorso a sistemi di supervisione dei diritti sociali non preclude l'accesso alle Corti.

Riferimenti bibliografici

- Baccaro L., Mele V. (2012), *Pathology of Path Dependence? The ILO and The Challenge of New Governance*, in *International Labour Review*, n. 65, 195 ss.
Blackett V. (2012), *The Decent Work for Domestic Workers Convention and recommendation 2011*, in *American Journal of International Law*, n. 106, 778 ss.

(56) Si vedano, ad esempio, nei casi sorti durante il periodo della crisi, i dubbi sollevati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sulla condizione di «vittima» del sindacato che si oppone alle misure dell'Unione europea nel primo programma di intervento sul debito sovrano della Grecia, *Koufaki and Adedy v. Greece*, appl. n. 57665/12 e n. 57657/12, sentenza 7.5.2013, paragrafo 30.

(57) Vd., ad esempio, Cedu, *Prison Officers Association v. UK*, appl. n. 59253/11, decisione del 21.5.2013, in cui la Corte ha dichiarato irricevibile un ricorso per l'applicazione dell'articolo 35 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che esclude la competenza della Corte nei casi che siano stati già stata sottoposti «a un'altra procedura di indagine o a un altro regolamento internazionale». I casi potranno essere giudicati laddove un reclamo individuale alla Corte Edu sia sufficientemente differenziato da una denuncia collettiva a un organo giudiziale o paragiudiziale internazionale come una denuncia al Comitato per la libertà di associazione o un reclamo collettivo al Comitato europeo dei diritti sociali.

- Blackett V. (2015), *Beyond the «Rules of the Game»*, in *International Labour Review*, n. 154, 73 ss.
- Boris E., Fish J. (2014), «*Slaves No More*»: *Making Global Labour Standards for Domestic Workers*, in *Feminist Studies*, n. 40, 411 ss.
- Bruun N. (2010), *ILO Convention No 94 in the aftermath of the Rüffert case*, in *Transfer*, n. 16, 473 ss.
- Campling L. et al. (2016), *Can Labour Provisions Work Beyond the Border? Evaluating the Effects of EU Free Trade Agreements*, in *International Labour Review*, n. 155, 357 ss.
- Charnovitz S. (2015), *Reinventing the ILO*, in *International Labour Review*, n. 154, 91 ss.
- de Búrca G. (2017), *Human Rights Experimentalism*, in *American Journal of International Law*, n. 111, 217 ss.
- Engle-Merry S. (2006), in *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, 86 ss.
- Ewing K.D. (2013), *Myth and Reality of the Right to Strike as a «Fundamental Labour Right»*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n. 29, 145 ss.
- Fudge J. (2015), *Constitutionalizing Labour Rights in Canada and Europe: Freedom of Association, Collective Bargaining, and Strikes*, in *Current Legal Problems*, n. 68, 267 ss.
- Gravel E. (2004), *Les mécanismes de contrôle de l'OIT: bilan de leur efficacité et perspectives d'avenir*, in J-C Javillier et al. (a cura di), *Les Normes Internationales du Travail: Un Patrimoine pour L'avenir – Mélanges en L'honneur de Nicolas Valticos*, 3 ss.
- Gravel E. (2008), *Is the Appropriation of International Labour Standards by new Actors Replacing or Complementing the ILO's Standards-Related Work?*, in Ilo, *Governance, International Law and Corporate Social Responsibility*, Ilo Research Series, n. 116.
- Heenan R. (2016), *Saskatchewan Federation of Labor and Strikes in the Public Sector: Confusing Social Rights with Fundamental Ones*, in *Canadian Lab. & Emp. LJ*, n. 19, 399 ss.
- Helfer L.R. (2009), *Understanding Change in International Organisations: Globalization and Innovation in the ILO*, in *Vanderbilt Law Review*, n. 59, 649 ss.
- Hepple B. (2005), *Labour Laws and Global Trade*.
- Kawar L. (2014), *Making the Machine Work: Technocratic Engineering of Rights for Domestic Workers at the International Labour Organisation*, in *Indiana Journal of Global Studies*, n. 21, 483 ss.
- Keck M.E., Sikkink K. (1998), *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*.
- Kilpatrick C., de Witte B. (a cura di) (2014) *Social Rights in times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights Challenges*.
- La Hovary C. (2015), *The ILO's Supervision bodies «soft law jurisprudence»*, in Blackett A., Trebilcock A. (a cura di), *Research Handbook of Transnational Labour Law*, 316 ss.

- La Hovary C. (2016), *The ILO's Employers' Group and the Right to Strike*, in *Transfer*, n. 22, 401 ss.
- Langille B. (2015), *Persuading the Prisoners*, in *International Labour Review*, n. 154, 97 ss.
- Langille B. (2016), «Hard Law Makes Bad Cases»: *The ILO (Nervously) Confronts New Governance Institutions*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n. 32, 402 ss.
- Marx A. et al. (a cura di) (2015), *Global governance of Labour Rights: Assessing the Effectiveness of Transnational Public and Private Policy Initiatives*.
- Maupain F. (2013), *The Future of the International Labour Organisation in the Global Economy*.
- Maupain F. (2015), *Revisiting the Future*, in *International Labour Review*, n. 154, 103 ss.
- Novitz T. (2014), *The Internationally Recognized Right to Strike: A Past, Present and Future Basis Upon which to Evaluate Remedies for Unlawful Collective Action?*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n. 30, 357 ss.
- Oil (1956), in <http://www.ilo.org/pardev/partnerships/civil-society/ngos/ilo-special-list-of-ngos/lang=en/index.htm>.
- Oil (1999), *Decent Work: Report of the Director-General*.
- Oil (2012), *Report on the High Level Mission to Greece*, Athens, 19-23 September 2011.
- Oil (2014), *Rules of the Game: A Brief Introduction to International Labour Standards*.
- Psychogiopoulou E. (2014), *Welfare Rights in Crisis in Greece: The Role of Fundamental Rights Challenges*, in Kilpatrick C., de Witte B. (a cura di), *Social Rights in times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights Challenges*, 5 ss.
- Rittich K. (2015), *The ILO: Challenges in Times of Crisis*, in *International Labour Review*, n. 154, 85 ss.
- Simmons B. (2009), *Mobilising for Human Rights: International Law in Domestic Politics*.
- Simpson W. (2004), *Standard Setting and Supervision: A System in Difficulty*, in J-C Javillier et al. (a cura di), *Les Normes Internationales du Travail: Un Patrimoine pour L'avenir – Mélanges en L'honneur de Nicolas Valticos*, 47 ss.
- Snyder S.B. (2011), *Human Rights Activism and the end of the Cold War*.
- Sweptston L. (2013), *Crisis in the ILO Supervisory System: Dispute over the Right to Strike*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n. 29, 199 ss.
- Vogt J. (2016), *The Right to Strike and the International Labour Organisation (ILO)*, in *King's Law Journal*, n. 27, 110 ss.
- Weisband E. (2000), *Discursive Multilateralism: Global Benchmarks, Shame and Learning in the ILO Labor Standards Monitoring System*, in *International Studies Quarterly*, n. 44, 643 ss.

ABSTRACT

L'articolo esamina i cambiamenti nella strategia di «mobilitazione» dell'Oil in risposta allo sconvolgimento dei diritti sociali e del lavoro indotto dalle regole imposte dall'Ue e dal Fmi sui debiti sovrani degli Stati membri nel quadro della crisi europea. L'esame della mobilitazione costituisce un nuovo approccio all'Oil. Analizzare i mutamenti intervenuti solleva molte questioni rispetto all'attuale conoscenza della mobilitazione in tema di diritti umani. In particolare, il saggio tenta di sottolineare i possibili vantaggi di questo nuovo metodo. Guardare all'Oil come a una fonte di «mobilitazione dei diritti» mostra la vitalità e l'interesse verso i meccanismi – in passato trascurati – di supervisione e reclamo di questa organizzazione. I cambiamenti intervenuti nella mobilitazione implicano nuovi temi di indagine all'interno della più generale tematica della mobilitazione sui diritti umani. La presente analisi indaga se, dove e perché la crisi europea dei debiti sovrani ha rinnovato la mobilitazione presso l'Oil, mostrando come alcuni attori potrebbero, ricorrendo all'Oil, costruire una strategia transnazionale all'interno del sistema di supervisione basata su un accordo globale. Essa mostra come il coinvolgimento dell'Ue-Fmi nel severo controllo dei debiti sovrani abbia indotto mutamenti tali nei diritti sociali e del lavoro da rendere tali modifiche una priorità globale da rimettere in discussione.

CRISIS EUROPE GOES TO THE ILO: TAKING THE MEASURE OF CHANGES
IN LABOUR AND SOCIAL RIGHTS MOBILISATION

This analysis investigates the changing mobilisation at the ILO in response to the labour and social rights shock created by EU and IMF demands in the EU sovereign debt crisis. Examining mobilisation is a novel approach to the ILO. To trace the changing mobilisation also raises different issues, both challenges and new insights, from those in the extant human rights mobilisation scholarship. I hope to evidence that the pay-off for this new approach is manifold. By viewing the ILO as a rights mobilisation structure, it shows the vitality and interest of doubted or neglected ILO supervision and complaints mechanisms. The changing mobilisation introduces new strands of inquiry into the broader human rights mobilisation scholarship, such as a focus on triggers for mobilisation and measuring mobilisation. The analysis explores when, where and why the EU sovereign debt crisis triggered mobilisation at the ILO. It reveals how certain actors, following decisions to «go to the ILO», could build a transnational strategy within the supervision system based on global agreement that EU-IMF involvement in sovereign debt changes to labour and social rights made them a global priority to challenge.

