

Collana delle pubblicazioni di “FA.RI sul lavoro”

Diretta da

E. Balletti, A. Bellavista, E. Gragnoli, F. Lunardon

A. Pizzoferrato, G. Proia, R. Santucci



Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori

a cura di

Alessandro Bellavista e Rosario Santucci



G. Giappichelli Editore

Collana delle pubblicazioni di “FA.RI sul lavoro”

Diretta da

E. Balletti, A. Bellavista, E. Gragnoli, F. Lunardon, A. Pizzoferrato, G. Proia, R. Santucci

Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori

a cura di

Alessandro Bellavista e Rosario Santucci



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2463-9

ISBN/EAN 978-88-921-7773-4 (ebook - pdf)

Volume pubblicato con i contributi finanziari del Dipartimento Diritto Economia Management Metodi Quantitativi (DEMM), Università del Sannio e del Fondo Ricerca di Ateneo dell'Università del Sannio (responsabile Prof. Rosario Santucci).

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
ALESSANDRO BELLAVISTA e ROSARIO SANTUCCI <i>Presentazione</i>	VII
FRANCESCO SANTONI <i>Brevi riflessioni iniziali</i>	1
MARCO MARAZZA <i>Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori. Brevi annotazioni introduttive</i>	5
ALBERTO LEVI <i>Il potere di organizzazione nell'economia digitale e i suoi limiti</i>	11
ENRICO GRAGNOLI <i>Il potere di controllo, le risorse digitali e gli algoritmi</i>	27
PIA DE PETRIS <i>Sul "potere algoritmico" dell'impresa digitale</i>	41
ANNA TROJSI <i>La sorveglianza digitale del datore di lavoro</i>	71
ALESSANDRO BELLAVISTA <i>Controlli tecnologici e privacy del lavoratore</i>	99
ANDREA SITZIA <i>I limiti ai controlli tra giurisprudenza nazionale e CEDU</i>	109

	<i>pag.</i>
ALESSANDRA INGRAO <i>La protezione dei dati personali dei lavoratori nel diritto vivente al tempo degli algoritmi</i>	127
GABRIELE FRANZA <i>La sorveglianza del lavoratore mediante social network</i>	139
LOREDANA FERLUGA <i>Nuove tecnologie e professionalità</i>	157
GIOVANNI ZAMPINI <i>Il rating reputazionale nell'era digitale tra potere direttivo/organizzativo e disciplinare. Alcune riflessioni</i>	181
ANNA ZILLI <i>Opportunità e interessi nella remotizzazione del lavoro (pubblico e privato)</i>	195
ROSARIO SANTUCCI <i>Notazioni sul diritto alla disconnessione</i>	215
ALBERTO PIZZOFERRATO <i>Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori – La disciplina giuridica delle decisioni automatizzate nell'ambito del rapporto di lavoro</i>	235
LINDA LOREA <i>Protezione del lavoratore nell'impresa tecnologicamente organizzata e ruolo del sindacato</i>	243
MARIO CERBONE <i>La privacy del lavoratore alla prova del Covid-19</i>	255
<i>Abbreviazioni</i>	267

PRESENTAZIONE

Le tecnologie digitali – come noto – hanno prodotto una vera e propria rivoluzione economica e sociale, presentando per un primo verso opportunità di progresso e sviluppo e per un secondo verso anche insidie per la persona che lavora, tanto più nel contesto di una concorrenza mondiale non regolata e di ravvicinate e persistenti crisi economiche, come quella innescata dalla pandemia da Covid-19 e dalla guerra. Esse, incidendo sull'intensità dei vincoli gerarchici e sulla natura e le modalità di esercizio dei poteri dell'imprenditore nei confronti di chi presta lavoro, inducono ad interrogarsi sugli effetti specifici che ne derivano per i principi di dignità, libertà e sicurezza sanciti dalla Costituzione, e su quali siano le risposte dell'ordinamento giuridico sul piano della delimitazione di quei poteri e della salvaguardia di quei principi.

La proliferazione delle *labour platform* ha incrementato il dibattito sulla qualificazione del rapporto con il prestatore di lavoro, complicando la riconduzione alle categorie giuslavoristiche tradizionali (subordinazione, autonomia, “parasubordinazione”), che, pur alla luce di recenti riforme, presenta ancora evidenti criticità. Le nuove morfologie di organizzazione del lavoro, dominate dall'automazione, trasformano notevolmente i ruoli, le funzioni e i poteri datoriali, nonché le modalità di esecuzione dell'attività lavorativa, resa “disintermediata”, frammentata e flessibilizzata, e ravvivano la riflessione sull'adeguatezza delle attuali tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori. Pertanto, si è indotti a riflettere sulla tenuta delle categorie giuridiche tradizionali dinnanzi alla creazione di relazioni ibride, caratterizzate dall'affermazione di inediti strumenti di esercizio di poteri unilaterali, orientati verso rinnovate forme di verticalizzazione (impiego di sistemi manageriali automatizzati, *management by algorithms*, “artificializzazione” dei poteri datoriali), sistemi di *rating* reputazionale, diffusione di innovative forme di esternalizzazione del lavoro nel mercato digitale, e quindi globale. Parimenti devono valutarsi i nuovi diritti dei lavoratori o raffinare e integrare quelli già affermati: diritto alla disconnessione, all'equilibrio tra

tempo della persona e di lavoro, alla riservatezza, al contrasto delle discriminazioni.

Nel contesto lavorativo digitale si aggravano anche le difficoltà delle forme tradizionali di rappresentanza degli interessi dei lavoratori. La digitalizzazione frantuma i legami tra i soggetti coinvolti nella stessa organizzazione e produce una forte individualizzazione e atomizzazione del lavoro. Ciò costituisce una precondizione negativa per lo sviluppo di coalizioni e per l'esercizio di diritti sindacali.

L'obiettivo della giornata di studio, promossa dal gruppo FA.RL. a Benevento l'8 aprile 2022, presso il Dipartimento di Diritto Economia Management e Metodi Quantitativi dell'Università del Sannio è stato quello di contribuire a riflettere, con la focalizzazione degli aspetti più rilevanti e attuali, tanto sugli specifici assetti determinati dalla rivoluzione digitale nel lavoro, quanto sulle tecniche normative, attuali e potenziali, di bilanciamento dei diritti e di tutela del lavoro economicamente e contrattualmente debole (subordinato e no). Impostato il confronto scientifico sia sulla concretezza e l'attualità delle questioni, sia sul pluralismo delle idee, la giornata di studi ambisce anche ad estendere il punto di vista su nuove modellazioni delle relazioni di lavoro, che si fondino su una più chiara e razionale convivenza tra uniformità e varietà di regole ben "contemperate".

Alessandro Bellavista
Rosario Santucci

BREVI RIFLESSIONI INIZIALI

*Francesco Santoni**

Ringrazio gli organizzatori per l'invito a partecipare a questa importante iniziativa volta a fare il punto sulla tutela dei lavoratori di fronte all'evoluzione delle nuove tecnologie.

Il titolo primo della legge n. 300/1970 aveva infatti evidenziato la necessità di dare prevalenza alla tutela della dignità dei lavoratori sui luoghi di lavoro anche perché il diritto del lavoro, come ricordava Luigi Mengoni, appartiene non tanto al diritto dei beni quanto al diritto delle persone. Per tale motivo, il legislatore aveva limitato i diritti patrimoniali dell'impresa, anche se ai fini della salvaguardia delle esigenze organizzative, produttive o della sicurezza sul lavoro il datore poteva impegnare sistemi di controllo a distanza, la cui installazione era regolata dall'art. 4, comma 1, legge n. 300/1970, ora novellato dall'art. 23, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151. La legge aveva posto, così, in primo piano il problema della ricerca di un punto di equilibrio tra gli interessi contrastanti meritevoli di tutela, attribuendo a vari soggetti funzioni autorizzatorie e finanche talora precettive.

La norma statutaria ha manifestato una lunga capacità di sopravvivenza per oltre un quarantennio, pur di fronte all'evoluzione dei nuovi sistemi di produzione e di organizzazione del lavoro anche in ragione del suo contenuto generale e astratto, fino a quando la necessità di tenere conto degli strumenti di ultima generazione, non soltanto informatici, ha indotto a modificarne l'originaria disciplina.

La nuova disposizione ha mantenuto comunque la regola secondo cui gli impianti audiovisivi o altre apparecchiature dai quali derivi la possibilità del controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale. In tali casi per l'installazio-

* Professore emerito di Diritto del lavoro – Università di Napoli “*Federico II*”.

ne di tali impianti ed apparecchiature si richiede ancora un preventivo accordo con le rappresentanze sindacali presenti in azienda ovvero, in mancanza di accordo, una autorizzazione amministrativa della sede territoriale dell'Ispettorato nazionale del lavoro o, qualora si tratti di imprese dislocate in più ambiti territoriali, della sede centrale dello stesso Ispettorato.

L'art. 4, comma 2, come modificato dal d.lgs. n. 151/2015, esclude tuttavia l'accordo o l'autorizzazione qualora si tratti di strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e nel caso di apparecchiature funzionali alla registrazione degli accessi e delle presenze nei luoghi di lavoro. Di conseguenza, mentre la nuova norma ha lasciato in vigore il precedente limite sulla utilizzazione di impianti giustificata da esigenze o finalità particolari a condizione dell'accordo preventivo con le rappresentanze sindacali aziendali, ovvero con la prescritta autorizzazione amministrativa, ne ha invece escluso l'applicabilità qualora si tratti di strumenti idonei a rendere la prestazione di lavoro o a verificare gli accessi e le presenze in azienda. Si tratta di una innovazione significativa tenuto conto che l'introduzione dei computer nel mondo del lavoro e l'utilizzo delle tecnologie correlate, come *software* di controllo, accessi internet, posta elettronica, utilizzo di *tablet* e cellulari, ecc. aveva offerto una casistica nuova rispetto a quella sulla quale era stata modellata l'originaria soluzione normativa dell'art. 4, legge n. 300/1970, tanto da evidenziarsi la necessità di un adeguamento legislativo.

La soluzione offerta nel nuovo testo propone evidentemente un punto di equilibrio a favore degli interessi dell'impresa poiché tutti gli strumenti idonei a rendere la prestazione lavorativa non richiedono alcun accordo o autorizzazione, così avallandosi il rilievo della natura difensiva di quei controlli finalizzati alla verifica dell'adempimento della prestazione con strumenti informatici o alla registrazione delle presenze sui luoghi di lavoro e dell'accesso ad aree riservate, dove pure si rende necessario accertare il passaggio selettivo dei dipendenti ammessi o che vi si rechino. In tal modo si conferma la legittimità dell'uso di *badge* o altri dispositivi elettronici collegati ad un sistema di rilevamento centralizzato, l'utilizzo di dati biometrici, come impronte digitali, riconoscimento dell'iride o della voce, che già non erano ritenuti assoggettati alla precedente disciplina dei controlli a distanza, ma solo ad interventi regolativi del Garante per la protezione dei dati personali. Una ulteriore disposizione più favorevole agli interessi dell'impresa è contenuta pure nel comma 3 del nuovo testo dell'art. 4, secondo cui le informazioni raccolte sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, a condizione che vengano fornite al lavoratore adegua-

te informazioni sulle modalità d'uso degli strumenti e sulla effettuazione dei controlli nel rispetto del Codice della *privacy*.

In tal modo, il legislatore ha raccolto le indicazioni del Garante per la protezione dei dati personali che aveva emanato alcune linee guida sull'utilizzo della posta elettronica e della rete internet nei rapporti di lavoro. Questi provvedimenti già prescrivevano al datore di lavoro l'onere di individuare preventivamente i lavoratori ai quali era permesso l'utilizzo della posta elettronica, l'accesso ad internet e le misure di tipo tecnologico, come l'installazione di filtri per prevenire la navigazione su determinati siti.

Alla luce della nuova disposizione dovrebbero quindi rimanere in vigore i divieti della lettura delle mail personali e l'eventuale memorizzazione delle pagine web visualizzate dal lavoratore, anche se non può escludersi un rilievo disciplinare di eventuali violazioni da parte di quei lavoratori che utilizzino gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa in maniera difforme dagli interessi dell'impresa, ovvero violino gli accessi nelle aree riservate nei luoghi di lavoro.

Oltre ad essere confermata quindi l'operatività del divieto di controllo a distanza mediante le tecnologie informatiche, anche dopo il nuovo intervento normativo non può escludersi la legittimità di quei comportamenti datoriali volti ad accertare la congruità delle condotte dei lavoratori la cui violazione può configurare un inadempimento contrattuale. Così come resta impregiudicato il potere di accertamento del giudice del lavoro nell'ipotesi in cui si debba valutare un utilizzo abusivo di strumentazioni di proprietà aziendale.

In definitiva, l'impostazione corretta della questione permane non tanto quella di verificare se il trattamento dei dati sul posto di lavoro sia o meno attività lecita, ma piuttosto quella di determinare il livello di tollerabilità dell'intrusione in relazione alla natura dell'impiego e delle circostanze che influenzano il rapporto lavorativo.

Mi auguro pertanto che il dibattito, animato dalla presenza di tanti studiosi che hanno già affrontato la questione con importanti contributi dottrinali, sia proficuo e possa dare anche nuove indicazioni sulla ragionevole aspettativa di tutela della *privacy* dei lavoratori a fronte delle possibili e diverse modalità di controlli esperibili dal datore di lavoro nel mutevole contesto delle innovazioni tecnologiche.

TECNOLOGIE DIGITALI, POTERI DATORIALI E DIRITTI DEI LAVORATORI. BREVI ANNOTAZIONI INTRODUTTIVE

*Marco Marazza **

1. Non entrerò verticalmente ed in modo specifico su uno dei tanti temi posti all'attenzione del dibattito dall'incontro di studi organizzato dal gruppo FA.RI e da Rosario Santucci. Il compito che mi è stato affidato è solo quello di introdurre i lavori e, partendo dalla constatazione che il rapporto tra lavoro, poteri e tecnologia tocca trasversalmente molteplici istituti dell'area del diritto di cui ci occupiamo, mi soffermerò in questo breve intervento di apertura su due possibili chiavi di lettura del fenomeno:

– l'una che guarda al rapporto tra lavoro e tecnologia da un punto di vista dei contenuti patrimoniali dello scambio che prende vita con il contratto di lavoro;

– l'altra che guarda, invece, al rapporto tra lavoro, poteri e tecnologia dal punto di vista delle esigenze di tutela degli interessi e dei diritti più strettamente personali di chi lavora.

2. Con riguardo alla prima chiave di lettura, quella più strettamente patrimoniale, anticipo subito che l'inarrestabile incremento dell'utilizzo della tecnologia nell'ambito del rapporto di lavoro non sembra implicare stravolgimenti dei fondamentali della nostra materia. Il fatto che il potere direttivo, un tempo esercitato in maniera personale, cioè fisicamente da persona a persona, si manifesti ora anche in maniera digitalizzata ha un'incidenza, a ben vedere, più "estetica" che sostanziale; il potere direttivo, il po-

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università Cattolica del Sacro Cuore.

Il presente contributo è tratto dalla trascrizione dell'intervento al seminario FA.RI "Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori", Benevento 8 aprile 2022.

tere di istruzione, il coordinamento e la etero organizzazione sono fattispecie che restano invariate a prescindere dalle loro modalità di esercizio perché anche nell'eventualità che il potere, l'ordine, venga trasmesso digitalmente, o addirittura sia elaborato da un algoritmo, non è poi così difficile sussumere le sue manifestazioni concrete nelle fattispecie astratte ad oggi disponibili (art. 2094 c.c., 409, n. 3, c.p.c., d.lgs. n. 81/2015).

Ciò non vuol dire che la questione non sia di interesse, anzi. È indubbio, infatti, che le nuove modalità di esercizio "tecnologico" dei poteri esercitano una rilevante incidenza sulle tecniche di tutela del lavoro e sugli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento per garantire l'effettività dei diritti del lavoratore. Lo si può riscontrare a partire dal necessario (ed in parte avviato) aggiornamento dei diritti informazione di lavoratori e sindacati sulle modalità di funzionamento delle tecnologie, a partire dalla logica dell'algoritmo, ma anche, e soprattutto, considerando che i contenziosi orientati alla verifica del rispetto dei limiti dei poteri del datore di lavoro oggi implicano il coinvolgimento di competenze e professionalità informatiche. Ciò con problematiche di particolare spessore che attengono, per un verso, alla tutela delle proprietà industriale (art. 98, d.lgs. n. 30/2005) ed ai limiti che lo stesso consulente tecnico può avere nell'accedere ad alcuni dati di funzionamento dell'algoritmo e, per l'altro, al rischio di marcati disallineamenti tra realtà fattuale e realtà processuale. Al rischio, in altri termini, che le difficoltà di accertamento delle reali modalità di esercizio del potere si traduca in una perdita di tutela per il lavoro anche a fattispecie invariate. Non di meno, pur trattandosi di aspetti assai rilevanti, tutto ciò, a ben vedere, attiene alla tecnica che deve presidiare l'effettività delle tutele più che alla sostanza delle fattispecie sulle quali è costruita la nostra materia. A partire dal contenuto del potere direttivo e, di conseguenza, dai requisiti che qualificano il rapporto di lavoro come autonomo o subordinato (a prescindere dalla modalità, analogiche o digitali, di esercizio del potere).

In questa prospettiva la casistica da considerare è molto variegata ed eccede ampiamente la questione della qualificazione del lavoro come autonomo, coordinato, etero organizzato o subordinato.

Va segnalata, ad esempio, la profonda incidenza sul tema della somministrazione irregolare di manodopera delle possibili connessioni tecnologiche di apparati organizzativi/produttivi di imprese tra loro legate da contratti di appalto. Ciò perché, tra l'altro, le nuove modalità di coordinamento tecnologico del committente sull'appaltatore possono mettere in discussione la genuinità dell'appalto finanche in assenza di continuità fisica tra committente e appaltatore e, di conseguenza, tra i dipendenti del primo e

del secondo. Si pensi al committente di un'impresa di logistica dotato di un sistema informatico in grado di guidare, a distanza, l'organizzazione logistica di tutti i prodotti gestiti dal suo fornitore ed anche le attività delle persone adibite all'attività di movimentazione.

Analoghe considerazioni si possono sviluppare con riferimento alla qualificazione della fattispecie del ramo di azienda, dove, come si evince dagli ultimi orientamenti giurisprudenziali, i requisiti dell'autonomia funzionale e della preesistenza risultano condizionati dalla puntuale individuazione e valutazione degli strumenti digitali utilizzati nel ciclo produttivo del ramo presso il cedente e dalla loro inclusione del perimetro oggetto di cessione. Pur restando invariata la fattispecie, per qualificare se un ramo d'azienda è tale, oppure no, si tende a verificare se il perimetro ceduto sia funzionalmente autonomo perché dotato di tutti i sistemi informatici necessari al suo funzionamento e ciò, come detto, richiede accertamenti che implicano conoscenze tecniche non proprie del giuslavorista.

Si tratta di questioni rilevanti che cambiano l'approccio degli interpreti alla tecnica di tutela; che modificano il tipo di accertamento necessario a verificare l'esistenza di una violazione di diritti e che, soprattutto, impongono al giuslavorista un approccio interdisciplinare sempre più spinto verso aree del sapere estranee alla scienza umanistica. Tutto ciò cambia il processo, richiede nuovi strumenti di informazione ma, per rimanere ai casi ora riportati, non determina (né forse richiede) un aggiornamento della fattispecie della interposizione di manodopera o del ramo di azienda.

3. Un'evoluzione più decisiva è, forse, quella che si coglie guardando al rapporto tra lavoro, poteri e tecnologie dal punto di vista delle sue notevoli implicazioni sulla persona che lavora. Se ne ricava l'impressione, infatti, che la nuova dimensione digitale del lavoro, proprio per quanto attiene all'esercizio dei poteri datoriali, impatta in modo rilevante sul compito che il diritto del lavoro ha di circoscrivere il coinvolgimento della persona nello scambio patrimoniale del rapporto di lavoro a ciò che è strettamente necessario a dare esecuzione al contratto.

3.1. Se andiamo per ordine possiamo esemplificativamente considerare il tema della selezione del personale e della costituzione del rapporto ove è opportuno interrogarsi, tra l'altro, sull'evoluzione del perimetro del campo di applicazione dell'art. 8 della legge n. 300/1970. Ciò per chiedersi se il concetto di "indagine" si identifica o meno nella acquisizione di un fatto non altrimenti noto e se, di conseguenza, i profili *social* pubblici sono uti-

lizzabili dal datore di lavoro per maturare una convinzione rilevante ai fini dell'assunzione o dello svolgimento del rapporto di lavoro. Se dovessimo considerare "indagine" l'acquisizione di fatti non altrimenti noti dovremmo dire che il profilo aperto è un profilo che contiene informazioni disponibili e che l'accesso a queste ultime non costituisce indagine ai sensi dell'art. 8 dello Statuto. Ma il Gruppo di lavoro art. 29 per la protezione dei dati, istituito in virtù dell'art. 29 della direttiva 95/46/CE, su questo specifico punto ha chiarito, tra l'altro, che anche il profilo pubblico non possa essere oggetto di un'indiscriminata attenzione da parte del datore di lavoro; in questo caso si passa, probabilmente, dalla tutela della riservatezza alla tutela della propria identità. E mi chiedo quanto questo incida sull'aggiornamento dell'art. 8 dello Statuto, sull'aggiornamento di ciò che deve considerarsi utile ai fini delle attitudini professionali del lavoratore o, per altro verso, sul profilo della tutela antidiscriminatoria.

3.2. Da non sottovalutare anche l'impatto che la digitalizzazione ha nel coinvolgimento della vita extra-lavorativa del lavoratore, partendo dall'assunto che la funzionalità del contratto di lavoro risente anche di ciò che il lavoratore fa al di fuori dello spazio strettamente necessario all'esecuzione della prestazione in senso patrimoniale. È in questo ambito, alla luce della digitalizzazione del lavoro, ma anche della vita privata di tutti noi, che il perimetro della sfera extra-lavorativa del lavoratore rilevate ai fini del concetto di lavoro tende a modificarsi e necessita attenta considerazione da parte della dottrina.

Con riferimento al superamento dei limiti del diritto di critica, ad esempio, assume particolare importanza il tema della definizione del concetto di corrispondenza privata e, a tal proposito, la giurisprudenza della Cassazione, in modo a mio avviso piuttosto discutibile, ad oggi qualifica come corrispondenza privata, quindi coperta da segretezza, anche la *mailing list* cui partecipano numerosi dipendenti, sindacalisti, attivisti. Per la Cassazione trattandosi di uno strumento di comunicazione privata i contenuti scambiati all'interno di quei contenitori non dovrebbero avere una rilevanza esterna e, quindi, anche se diffamatori, non potrebbero incidere sulla funzionalità del rapporto di lavoro legittimando l'esercizio del potere disciplinare. Ma a questo stesso proposito i costituzionalisti sembrano proporre ragionamenti ben più sofisticati che valorizzano, con riferimento al caso concreto, la valutazione nel concreto del rischio di diffusione verso l'esterno di ciò che si scambia nella *chat* privata. Se ne ricava che ai fini della possibilità di invocare o meno il principio della inviolabilità della corrispondenza privata per

i costituzionalisti, che sembrano seguire una prospettiva più evoluta di quella dei giuslavoristi, è necessario tenere conto anche del numero di partecipanti e della consapevolezza del rischio che ciò che viene scambiato nella *chat* privata possa essere diffuso all'esterno.

Ancora più interessante può essere considerare l'evoluzione dei possibili limiti alla libertà di manifestazione di pensiero (art. 21 Cost.). Ci si chiede, ad esempio, in che misura l'utilizzo dei nuovi *social*, per quanto aperti, può incidere sulla funzionalità del rapporto di lavoro ponendo un limite a ciò che il lavoratore può dichiarare nella sua sfera privata digitale. E per restare al tema dell'incontro di studi in questa prospettiva sono certamente da indagare il fondamento ed i limiti del potere regolamentare del datore di lavoro che intende preventivamente disciplinare l'utilizzo dei *social* nella sfera privata del lavoratore stabilendo regole puntuali per il caso in cui sia lo stesso lavoratore a dichiarare, sui *social*, l'esistenza di un collegamento tra lui e il datore di lavoro.

Se poi consideriamo il diritto alla riservatezza ampi margini di analisi per la dottrina e per la giurisprudenza residuano sul complesso tema della profilazione, ancora poco indagato soprattutto in connessione con l'utilizzo di sistemi decisionali automatizzati (che, a ben vedere, sono strumenti di esercizio del potere direttivo). Ma lo stesso si può dire sulla questione della rilevanza del consenso del lavoratore al trattamento dei dati laddove è lo stesso regolamento europeo a metterne in discussione la genuinità in considerazione della situazione di soggezione rispetto al datore di lavoro.

Una nuova prospettiva di tutela della riservatezza del lavoratore è poi quella che attiene ai suoi rapporti con le organizzazioni sindacali. Ciò tenuto conto che l'attività di proselitismo che in passato veniva svolta in maniera fisica incontrando il lavoratore, e così acquisendo implicitamente il suo consenso ad ascoltare, oggi è sviluppata tramite strumenti digitali senza che, fino ad oggi, sia stato posto un problema di tutela della *privacy* del dipendente. Ciò almeno nel caso in cui il sindacato, componendo *mailing list* ottenute dai sistemi aziendali, esercita i suoi poteri di proselitismo rivolgendo a tutti i lavoratori le proprie comunicazioni senza distinguere tra lavoratori propri aderenti, lavoratori non aderenti e lavoratori aderenti ad altri sindacati.

Ma guardando alla libertà sindacale come manifestazione della libertà della persona non è superfluo, infine, aggiungere che le nuove tecnologie in modo sempre più evidente manifestano l'esigenza di un aggiornamento delle misure di bilanciamento tra prerogative del sindacato e delle libertà economiche. La digitalizzazione delle modalità di esercizio dei diritti sin-

dacali, a partire dal proselitismo di cui prima si diceva, ed analoghe considerazioni si possono fare sulle procedure di costituzione delle rappresentanze sindacali in azienda e sull'esercizio del diritto assemblea, richiama l'attenzione della dottrina sulla necessità di accertare se esistono alterazioni, in un senso o nell'altro, degli equilibri raggiunti nel 1970. E non sempre, a mio giudizio, è possibile adattare in via interpretativa le norme alla nuova realtà digitale, come ad esempio si potrebbe fare per ciò che attiene alla natura antisindacale o meno della interlocuzione diretta tra datori di lavoro e lavoratori su questioni di rilevanza collettivo-sindacale. Ambito nel quale la diffusione di strumenti di comunicazione che collegano le comunità aziendali sembrano difficilmente compatibili con un netto divieto per il datore di lavoro di confrontarsi con il lavoratore anche su tematiche di rilevanza collettiva fermo restando il preventivo rispetto dei diritti del sindacato (in primo luogo, in termini di diritti di informazione e contrattazione).

Un cenno conclusivo lo merita l'impatto delle nuove tecnologie sulla tutela della salute del lavoratore per ciò che attiene, ad esempio, alla materia del diritto alla disconnessione. Un diritto che, in molti ordinamenti, a partire dalla Francia, esiste a prescindere dallo *smart working*. Ciò pur dovendo segnalare che il diritto alla disconnessione necessariamente richiede determinazioni, contrattuali o unilaterali, di livello aziendale per la oggettiva difficoltà di costruire modelli di tutela applicabili a prescindere dalla considerazione della specificità del singolo contesto produttivo.

4. Si tratta solo di alcuni spunti che spero riescano a trasmettere l'idea di quanto, alla luce delle nuove tecnologie, presenti tanto nella organizzazione aziendale che nella sfera privata del lavoratore, sia importante per la dottrina giuslavorista impegnarsi sull'aggiornamento sia delle tecniche poste a presidio della effettività dei diritti del lavoro che, per altro verso, dei fondamentali principi che delimitano il livello di coinvolgimento della persona nello scambio patrimoniale che prende vita con il contratto di lavoro.

IL POTERE DI ORGANIZZAZIONE NELL'ECONOMIA DIGITALE E I SUOI LIMITI

*Alberto Levi**

1. Il fenomeno della digitalizzazione e le sue ricadute sulla fisionomia dell'impresa, del datore di lavoro e del lavoratore

Il potere dell'imprenditore di organizzare il fattore lavoro risente in modo diretto, nelle sue dinamiche esplicative, della trasformazione epocale indotta dalla digitalizzazione, attraverso i suoi strumenti che sono le piattaforme, gli algoritmi e la robotica intelligente.

La necessità di focalizzare l'attenzione sul potere imprenditoriale di organizzazione del fattore lavoro in generale (vale a dire del lavoro subordinato, ma non solo, cioè anche eterodiretto, eterorganizzato, coordinato o addirittura del tutto autonomo) deriva dal fatto che la digitalizzazione dell'economia "implica una profonda riconsiderazione del lavoro, della sua organizzazione, del suo senso sociale e della sua regolazione giuridica"¹, che va ben oltre i confini della subordinazione e che intensifica l'ormai lungo dibattito sull'opportunità di una riparametrazione delle tutele da riconoscere in generale alla persona che lavora.

C'è un tratto significativo che – di fronte alla massiccia implementazione delle tecnologie digitali – accomuna il pur diverso atteggiarsi del potere di organizzazione dell'imprenditore nell'ambito del lavoro subordinato, parasubordinato o autonomo che sia, tratto dal quale è opportuno prendere le mosse: il ribaltamento del tradizionale rapporto uomo-macchina, per cui non è più la macchina a fare quello che l'uomo vuole, ma viceversa. Situazione che arriva a culminare in quella che ormai da tempo è stata definita

* Ordinario di Diritto del lavoro – Università di Modena e Reggio Emilia.

¹ Così A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 18.

come “algocrazia”². Si tratta di un rovesciamento rapportuale, rispetto al *taylorismo* classico, che fa emergere con ancora maggiore rilevanza la fondamentale di valori che devono fungere da limiti all’esercizio del potere di organizzazione, come la dignità e la libertà della persona che lavora e che instaura una relazione con la macchina intelligente, valori che dovranno essere correttamente rapportati anche all’etica del *robot*³, prima ancora che al diritto⁴.

In argomento, peraltro, è opportuno fare subito due premesse.

La prima riguarda la vastità e l’eterogeneità delle nuove forme di lavoro indotte dall’economia digitale. In particolare, da un punto di vista tassonomico, il lavoro digitale presenta tipologie applicative molto variegata e disomogenea, che non si esauriscono evidentemente nelle piattaforme, ma che riguardano modelli di digitalizzazione che vanno dalle forme più *soft*, tra cui rientra molto spesso il caso del lavoro agile (anche se qui, a stretto rigore, l’uso delle strumentazioni tecnologiche non è secondo la legge indispensabile), fino a modelli che applicano le cosiddette intelligenze artificiali *strong*, le quali consentono, per esempio, di servirsi di *microrobot*, grazie ai quali “le tecnologie possono essere utilizzate per (...) governare o controllare l’attività, affiancare o implementare le capacità umane, connettive, cognitive e di processo dei dati sì da rendere puntuale, corretta e più rapida l’esecuzione della prestazione lavorativa o potenziarla”⁵.

Quanto alla seconda premessa, invece, per definire il contesto complessivo in cui va ad innestarsi il potere di organizzazione dell’imprenditore digitale, è opportuno svolgere qualche considerazione introduttiva sulla evoluzione del concetto di impresa, di datore di lavoro e di lavoratore, all’esito dell’implementazione delle tecnologie digitali.

Innanzitutto, la tecnologia ha profondamente inciso sulla fisionomia dell’impresa classica, che non necessita più di un luogo fisico perché possano esser combinate le attività complessive necessarie per conseguire quel

²In argomento, si veda L. ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell’era dell’intelligenza artificiale*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT”, n. 446/2021, p. 2.

³In argomento, si vedano: L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Cortina, Milano, 2022; F. COSTANTINI, *Intelligenza artificiale, design tecnologico e futuro del lavoro nell’UE: i presupposti e il contesto*, in LG, n. 8-9, 2021, p. 807 ss.

⁴Si veda V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in ADL, 2018, p. 1441, che sottolinea come divenga per questa via inevitabile “iniziare a ragionare anche di limiti e presidi sul piano del confronto relazionale, tra lavoratore e *robot*”.

⁵Così S. MAINARDI, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, in MGL, 2020, p. 355.

risultato utile che è il bene o il servizio da porre sul mercato. Come ampiamente noto, tale luogo fisico si dematerializza, cedendo il passo ad un contesto digitale, nel quale viene inesorabilmente a sbiadire l'importanza delle categorie lavoristiche classiche del luogo e del tempo di lavoro. Ed è questo un primo punto.

Parallelamente all'impresa, poi, si evolve la figura datoriale, ricostruita tradizionalmente proprio sulla base dell'esercizio dei poteri di organizzazione che le sono propri e per questo destinata a diventare attraverso la tecnologia digitale in certi casi addirittura evanescente. Non è un caso che nella dottrina italiana, con riguardo al fenomeno delle piattaforme digitali, sia stato sottolineato come il datore di lavoro potrebbe essere talvolta identificato nella piattaforma stessa⁶, o addirittura nell'algoritmo matematico che ne determina il funzionamento⁷.

Accanto a quest'ultima considerazione, poi, sempre con riguardo alla specificità tipica della piattaforma digitale, va preso in esame il ruolo del cliente-fruitori, ampiamente valorizzato nelle dinamiche lavoristiche al punto che la *customer satisfaction* può incidere talora in misura notevole sull'operatività del rapporto, in certi casi pregiudicandone addirittura la regolare prosecuzione. Circostanza che – nella scia generale dell'economia della condivisione – ha spinto taluno a ritenere che possa così venire ad emersione una sorta di codatorialità sostanziale, la quale vedrebbe contemporaneamente coinvolti nel ruolo di datore di lavoro non più uno, bensì due *joint employers*, tra cui, appunto, anche il cliente della piattaforma⁸. Fino poi ad arrivare, proprio alla luce di questa trilateralità di cui si è appena detto, a quelle suggestioni minimaliste secondo le quali la piattaforma – lungi

⁶ In argomento, si vedano: F. BANO, *Il lavoro on demand nella gig economy*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, Cacucci, Bari, 2021, p. 101; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, in *DRI*, 2021, p. 112; R. VOZA, *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione*, in AA.VV. *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, in *RGL, Quaderno n. 2*, 2017, p. 73. In ordine alla difficoltà di riconoscere alla piattaforma il ruolo di mero intermediario digitale, si veda A. DONINI, *Il lavoro su piattaforma digitale "prende forma" tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?*, in *DRI*, 2016, p. 166 ss.

⁷ In tal senso, si veda R. SCIOTTI, *Brevi considerazioni su innovazione tecnologica e subordinazione*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, cit., p. 2454.

⁸ In argomento, si veda M. LAI, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in *DRI*, 2017, p. 997. In senso contrario, peraltro, R. VOZA, *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione*, cit., p. 80.

dall'assumere il ruolo datoriale – si limiterebbe a svolgere una funzione di mera intermediazione tra lavoratore autonomo e cliente-fruitoro effettivo della prestazione⁹.

Quanto, invece, all'evoluzione della figura del lavoratore, fin dalla fase genetica del rapporto, l'offerta di lavoro digitale che passa attraverso la rete evoca l'idea di un lavoratore che, ancor prima di essere tale, è un utente della rete. È questa, del resto, la circostanza che ha suggerito l'opportunità di valutare le possibili contiguità tra la figura del lavoratore digitale e quella del consumatore, al fine di invocare le tutele che il codice del consumo riconnette alla posizione di contraente debole¹⁰.

Inoltre la piattaforma digitale qualche volta arriva a spersonalizzare la relazione lavorativa al punto da porre al centro di tutto la predeterminazione di parametri qualitativi cui la prestazione richiesta deve rispondere, ciò al fine di offrire al cliente la garanzia di un determinato *standard*. In questo caso, la rispondenza a tali parametri è elemento necessario (e sufficiente) per prestare la propria attività nell'ambito della piattaforma. Per questa via il tratto personalistico-fiduciario che connota la relazione di lavoro tende così a sbiadire. Quasi a dire che se lo *standard* è rispettato, è irrilevante da chi viene svolta la prestazione. Senza poi considerare che tra datore di lavoro e lavoratore spesso non vi è alcun contatto personale (come invece accade tra prestatore e cliente).

Tutte circostanze, queste di cui si è detto, da cui può essere fatta derivare anche una sorta di tendenziale fungibilità personale del lavoratore, almeno in buona parte delle attività rese nella piattaforma digitale (anche se non evidentemente in tutte), elemento sostanzialmente inedito per il contesto tradizionale del lavoro subordinato, ma anche, a ben vedere, per il lavoro autonomo, che comunque presuppone un *facere* di natura (quanto meno prevalentemente) personale. L'elemento fiduciario del rapporto di lavoro, insomma, così come elaborato nella sua versione classica, sembra uscirne irrimediabilmente ridimensionato.

⁹ Ancora F. BANO, *Il lavoro on demand nella gig economy*, cit., p. 101. In argomento, si veda G. QUADRI, *Il lavoro tramite piattaforma digitale: il problema della qualificazione del rapporto*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, cit., p. 2107 ss.

¹⁰ In argomento, si vedano: A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bologna University Press, Bologna, 2019, p. 172 ss.; R. PESSI, *Il diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, Bari, 2019, p. 147 ss.; P. TULLINI, *Quali regole per il lavoratore-utente del web? Scambio economico e tutele*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 158 ss.

Tra l'altro, dal punto di vista organizzativo, la progressiva perdita di rilevanza dell'elemento personalistico-fiduciario è anche conseguenza del frequente fenomeno di *iper-parcellizzazione* delle prestazioni di lavoro richieste ai lavoratori delle piattaforme, chiamati ad apportare un segmento a volte estremamente ridotto dell'attività complessivamente organizzata¹¹. Tale fenomeno di parcellizzazione delle prestazioni di lavoro riguarda evidentemente il lavoro in generale, non solo quello prestatato attraverso le piattaforme digitali. In quest'ultimo contesto, tuttavia, tratti come l'ampia platea di destinatari cui la piattaforma si rivolge, la tendenziale assenza di contatto personale tra impresa e lavoratore, la tendenziale fungibilità della prestazione, concorrono tutti a determinare una peculiare rimodulazione della fisionomia del debitore della prestazione, sulla quale la dottrina dovrà necessariamente riflettere a fondo, al fine di approntare un adeguato sistema di tutele.

2. *Il conseguente trend di evoluzione del potere di organizzazione, nei suoi profili quali-quantitativi*

Alla luce dell'epocalità, oltre che della trasversalità, degli impatti generati dalla *digital transformation* (fenomeno nuovo ma al tempo stesso in rapidissima evoluzione¹²), provare ad immaginare fin da questa fase iniziale in quale direzione possa evolversi nel "futuro" il potere di organizzazione dell'imprenditore è esercizio senza dubbio complesso, se non quasi impossibile.

¹¹ In proposito, si vedano: T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in LD, 2017, p. 371; R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT", n. 336/2017, p. 8. Come ha avuto modo di osservare la dottrina, peraltro, non esiste un modello operativo omogeneo, con la conseguenza che a volte la piattaforma attribuisce *micro-tasks*, di basso contenuto professionale, altre volte *macro-tasks*, che richiedono un livello di competenza elevato, come avviene, per esempio per il settore della consulenza legale, di medicina specialistica, o di grafica (in questo senso, si veda M. LAI, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, cit., p. 987).

¹² Come si è osservato, del resto, "occuparsi dell'impatto della quarta rivoluzione industriale (...) significa immergersi in un «presente» fortemente dinamico e complesso, che diventa rapidamente «passato»" (R. SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori tra libertà di impresa e diritti della persona*, in R. SANTUCCI, *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro. Saggi di un quinquennio*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 19).

A questo proposito, peraltro, è stato già colto nella dottrina lavoristica un primo importante tratto di evoluzione del potere organizzativo di ordine qualitativo, nel senso che “l'utilizzo delle risorse informatiche fino alle intelligenze artificiali in senso forte dà o può dare luogo a nuove modalità di esercizio dei poteri di gestione dell'impresa”, per cui il lavoratore si troverà sempre più spesso ad interagire, anziché con una persona umana, con un “*automatic management* «che assegna le mansioni, determina il ritmo di lavoro, stabilisce la durata e la collocazione delle pause»” e così via¹³.

Da un punto di vista strettamente “relazionale”, cioè con riguardo al già accennato ribaltamento del rapporto uomo/macchina, tale circostanza apre scenari futuri per certi versi preoccupanti. È stato ad esempio messo in luce che l'intelligenza artificiale, “grazie ai dati elaborati e ai dettami della psicologia comportamentale”, potrebbe essere in grado di esercitare “abilmente un potere induttivo sui lavoratori”¹⁴. Ragion per cui viene fin da subito ad emersione il tema dei limiti al potere direttivo dell'imprenditore (tra cui, appunto, la necessità del necessario temperamento con la fondamentale esigenza di tutela della libertà e della dignità del lavoratore), tema del quale, peraltro, si dirà nel successivo par. 3.

Dunque, il processo di *decision making*, fino ad oggi prerogativa della persona umana, oggi può essere gestito autonomamente dalla tecnologia. Si pensi, per esempio, ad uno specifico processo di selezione del personale, che deve portare alla individuazione della persona da assumere. Oppure si pensi, per esemplificare ulteriormente, alla scelta inerente al migliore impiego delle risorse umane esistenti, da un punto di vista organizzativo.

Ebbene, in questi casi, l'intelligenza artificiale è in grado di compiere l'intero procedimento di ordine logico-realizzativo che porta alla decisione organizzativa finale che di volta in volta deve essere presa e, per ciò che riguarda il tema in esame, è in grado di individuare le direttive conseguenti che devono essere impartite ai lavoratori¹⁵. Una sorta, quindi, di “procedimentalizzazione algoritmica” del potere di organizzazione, che diventa prerogativa dell'intelligenza artificiale, tanto con riguardo alla fase elaborativa della scelta da prendere, quanto alla fase realizzativa. Tale circostanza – sebbene possa implicare potenzialità negative che saranno da individuare

¹³ Così S. MAINARDI, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, cit., p. 350.

¹⁴ Così V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, cit., p. 1441.

¹⁵ In argomento, si veda S. BINI, *Persona e robot nel diritto del lavoro digitale*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, cit., p. 286.

e da circoscrivere – ha però in sé anche potenzialità assolutamente positive. L'esempio che a questo proposito può essere fatto è alla sicurezza sul lavoro, contesto nel quale troppo spesso l'infortunio è legato ad un errore umano. Mentre, con tutta evidenza, la procedimentalizzazione tecnologica del potere organizzativo può servire proprio ad evitare l'azione errata o l'omissione dell'uomo, in fase di elaborazione e di esercizio del potere datoriale. Quasi a dire che ciò che talvolta può sfuggire umanamente alla persona umana, non sfugge invece alla intelligenza artificiale correttamente programmata, con le evidenti ricadute positive ad esempio sul piano prevenzionistico.

C'è poi un secondo profilo di evoluzione del potere di organizzazione che viene in rilievo – questa volta – dal punto di vista quantitativo.

Se si eccettuano quelle particolari e limitate fattispecie in cui l'autonomia del lavoratore digitale nell'esecuzione della prestazione lavorativa viene ridotta ai minimi termini, in ragione della necessità di rispettare pedissequamente la procedura informatica standardizzata che il *computer* impone¹⁶, tanto che anche il più banale degli scostamenti renderebbe impossibile portare a “buon fine” la procedura medesima, nella maggioranza delle situazioni l'implementazione della tecnologia (non soltanto quella digitale) implica, da un certo punto di vista, un'inevitabile restringimento degli interventi autoritativi datoriali¹⁷, determinando di riflesso un'attenuazione del potere direttivo, almeno così come tradizionalmente inteso. Del resto, come ormai da tempo la dottrina lavoristica ha evidenziato già con riguardo, per esempio, ai modelli organizzativi conseguenti alla innovazione tecnologica degli anni '80, si assiste ad una forte riduzione delle mansioni tipicamente ripetitive dello scenario fordista.

In particolare, il lavoro digitale è tendenzialmente caratterizzato da una maggiore autonomia del lavoratore nella gestione del “dove” e del “quando” lavorare, con la conseguenza che, da un punto di vista strettamente quantitativo, la latitudine classica del potere organizzativo dell'imprenditore si riduce.

¹⁶ In argomento, si vedano: R. FABOZZI, *Il diritto del lavoro nell'era della digital economy*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, cit., p. 938; M. FORLIVESI, *Sindacato*, in M. NOVELLA, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 155.

¹⁷ In proposito, si veda M. NOVELLA, *Impresa*, in M. NOVELLA, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., p. 20, il quale peraltro sottolinea come, a dire il vero, tale tendenza sia “certamente legata alla diffusione delle tecnologie digitali”, ma più in generale dovuta “alla torsione del sistema produttivo verso la valorizzazione del lavoro cognitivo come fattore decisivo di competitività”.

Oltre che con riguardo al “dove” e al “quando”, anche poi relativamente al “come” lavorare, al lavoratore digitale è richiesto di essere sempre più *smart*, nel senso di acquisire quella capacità di autodeterminazione che la trasformazione della organizzazione del lavoro sembra ormai perlopiù imporre.

Con la conseguenza, appunto, che – del tutto specularmente – il potere direttivo, così come inteso nella sua elaborazione classica, tendenzialmente si attenua nella sua dimensione strettamente quantitativa, fatta eccezione come si è detto per quelle situazioni particolari nelle quali l’assoggettamento ad una procedura informatica rigida da rispettare potrebbe al contrario implicare un ampliamento dell’eterodirezione.

Diversa, invece, è la situazione in ordine al potere di controllo, che la *digital transformation* sembra, al contrario, intensificare¹⁸, con le inevitabili ricadute sul piano del potere disciplinare. Ma la riflessione in ordine ai due poteri datoriali appena richiamati esula dal tema in esame.

3. La riparametrazione dei limiti al potere direttivo del datore di lavoro

Dunque, la contaminazione tra diritto e tecnologia diviene davvero profonda, al punto che – ai fini del tema in esame – della posizione giuridica di “potere”, tradizionalmente riconducibile alla persona, diventa titolare la macchina. Una sorta – verrebbe quasi da dire – di “soggettività digitale”, benché una soggettività di diritto a tutti gli effetti, che ha fatto emergere in dottrina il grande tema della imputazione delle responsabilità giuridiche derivanti da un illecito commesso dall’intelligenza artificiale, come può essere, nell’ambito del tema in esame, l’esercizio illegittimo del potere organizzativo.

A quest’ultimo riguardo, in particolare, in quella nuova disciplina che si va delineando che prende il nome di *iusrobotica*, alla polarizzazione tra la responsabilità del produttore e la responsabilità dell’utilizzatore dell’algoritmo, si affianca “la via incertissima sul piano giuridico di immaginare una qualche soggettività giuridica autonoma per i *robot* intelligenti”¹⁹, la quale se già mal si attaglia alla responsabilità civile ed alla responsabilità ammini-

¹⁸In argomento, si vedano: T. TREU, *Introduzione*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e pensiero, Milano, 2018, p. XVI; E. DAGNINO, *Dalla fisica all’algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019, p. 85 ss.

¹⁹Così V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, cit., p. 1432.

strativa, diventa addirittura impensabile per la responsabilità penale. Si pensi, ad esempio, ad una scelta organizzativa discriminatoria che integri un vero e proprio reato. È questo, senz'altro, in generale, uno dei temi che attraversano trasversalmente il diritto, andando ben oltre il contesto lavoristico e dunque rappresentando un possibile spazio comune di riflessione proficua (si pensi, per esempio, al tema delle responsabilità derivanti dalla circolazione degli autoveicoli, in rapporto alla frontiera ormai vicinissima della guida autonoma).

Come si è detto, l'intelligenza artificiale, che autoapprende e automodifica le proprie decisioni, individua le direttive da impartire a livello organizzativo.

È questa, con tutta evidenza, una tappa epocale dello sviluppo della scienza dell'organizzazione, anche per i suoi riflessi sul concetto di subordinazione. Così come nel lavoro a domicilio la subordinazione si evolve nel concetto di subordinazione "tecnica", oggi comincia a prendere forma per questa via una nozione di subordinazione digitale che implica la soggezione tecnologica ad un decisore digitale.

Tra l'altro, a questo riguardo, è stato sottolineato in dottrina che l'interazione tra il lavoratore digitale e la tecnologia intelligente obbliga ad un ripensamento della nozione giuridica di adempimento/inadempimento dell'obbligazione lavorativa digitale, poiché, appunto, "quando le funzioni di coordinamento (... sono) affidate ad un sistema tecnologico intelligente, si modifica lo spazio della volontà individuale e si pone in tensione il criterio della diligenza (art. 2104 c.c.) richiesta al lavoratore subordinato nell'adempimento contrattuale"²⁰. In particolare, quando è la macchina a valutare l'uomo, diventa fondamentale prevedere meccanismi di valutazione della prestazione lavorativa che ammetta margini di tolleranza "umana", oltre che valutazioni basate sulla ragionevolezza²¹.

Del tutto parallelamente, anche a tutela della persona del lavoratore, la forte contaminazione tra diritto e tecnologia fa riemergere ancora una volta i classici diritti fondamentali a tutela della dignità e della libertà del lavoratore, oltre a diritti "di nuovo conio"²², com'è il caso, ad esempio del diritto

²⁰ Così P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, cit., p. 7.

²¹ Ancora V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, cit., p. 1441.

²² Così B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche*

alla disconnessione. Si tratta, come ben noto, di un diritto giuridificato nell'ambito del lavoro agile, ma in realtà di valenza ben più ampia, trasversale, riferibile a tutto il lavoro digitale e posto a garanzia della dignità della persona che lavora, per le sue implicazioni che lambiscono il tema del riposo, in rapporto ad un equilibrato bilanciamento tra tempi di lavoro e tempi di vita.

Inoltre, l'ordinamento giuridico sembra andare alla ricerca di inedite rimodulazioni in termini di effettività dei diritti, come ad esempio accade per le modalità di protezione dei diritti per via tecnologica, come accade ancora una volta per il caso del diritto alla disconnessione.

A questo proposito, la legge ha previsto che il patto individuale tra datore e lavoratore agile stabilisca "le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro" (art. 19, comma 1, della legge n. 81/2017). Nella contrattazione collettiva, non è infrequente che le parti sociali abbiano ritenuto di declinare tale previsione legislativa individuando, in concreto, misure di natura organizzativa e informatica volte ad assicurare (tecnologicamente ed organizzativamente) che il lavoratore sia di fatto impossibilitato ad utilizzare gli strumenti tecnologici al di fuori dell'orario di lavoro.

Prende così forma l'idea che, per dare effettività al diritto alla disconnessione, il datore adegui opportunamente la propria organizzazione, magari attraverso l'implementazione di dispositivi tecnologici, al fine di imporre la fruizione della disconnessione in modo quasi automatico e, potrebbe aggiungersi coattivo, nel senso di rendere tecnologicamente impossibili – proprio grazie alla tecnologia – comportamenti di segno contrario, anche eventualmente voluti dal solo lavoratore. Può accadere, infatti, che sia talvolta il lavoratore stesso, di sua spontanea volontà e contro le direttive impartite dal datore di lavoro, a rendersi inosservante del diritto alla disconnessione.

Come si è avuto modo di anticipare, oltre alla tutela della dignità e della libertà del lavoratore, altro limite che parallelamente va preso in considerazione è il divieto di discriminazione. In particolare, benché una gestione tecnologica del potere organizzativo appaia neutra (addirittura più garantista per il lavoratore, in quanto de-soggettivizzata), in realtà, la dottrina ha evidenziato a questo riguardo che: da un lato, l'intelligenza artificiale potrebbe essere appositamente e fraudolentemente programmata per porre

di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT", n. 439/2021, p. 41.

in essere condotte discriminatorie molto raffinate; da altro lato, stante la potenzialità in termini di autoapprendimento dell'IA, potrebbe generarsi l'effetto – questa volta non voluto in sede di programmazione – di una mutazione degli algoritmi inizialmente programmati in modo neutro²³. Il tutto accompagnato dall'aggravante per cui l'intelligenza artificiale, *a posteriori*, potrebbe essere molto più abile dell'uomo nell'andare alla ricerca di una giustificazione neutra della condotta discriminatoria.

Poi c'è un ulteriore fronte sensibile, che è quello del divieto delle indagini sulle opinioni e, più in generale, della tutela della riservatezza del lavoratore. Si tratta di un profilo strettamente interconnesso con l'esigenza di tutela della dignità della persona del lavoratore, oltre che con il divieto di porre in essere discriminazioni. Infatti, è quasi scontato osservare che la tecnologia consente oggi la gestione selettiva di *big data* che può rappresentare per le sue potenzialità invasive un grave *vulnus* alla sfera di riservatezza del lavoratore²⁴. In questa direzione, l'art. 6, par. 5, della Proposta di direttiva europea del 9 dicembre 2021 prevede come punto fermo il fatto che non possa essere trattato alcun dato in riferimento allo stato emotivo o psicologico del lavoratore o al suo stato di salute, così come qualsiasi altro dato che non sia rilevante ai fini della prestazione, o che si riferisca a conversazioni private o comunque al di fuori del tempo di lavoro²⁵.

A ciò va aggiunto il rischio di profilare i lavoratori attraverso dati personali che attengono ad un contesto extra-lavorativo, evenienza oggi assai più frequente di un tempo e sicuramente facilitata dall'uso della tecnologia e dei *social network*²⁶. Discorso, questo, che si ricollega a doppio filo con il precedente, attraverso quelli che sono stati definiti in dottrina come gli *algorithmic bias*²⁷, non voluti da chi ha progettato le regole di funzionamen-

²³ V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, cit., p. 1439. In argomento, si veda T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2021/10/Tiziano-Treu-La-digitalizzazione-del-lavoro-Conversazioni-sul-lavoro-a-distanza-definitivo-05-10-2021-1.pdf>, p. 13.

²⁴ In generale, in ordine alla necessità di evitare che l'esercizio dei poteri datoriali per il tramite della tecnologia comporti un'illegittima ingerenza nella vita privata del lavoratore, si veda M. D'APONTE, *La tutela dei diritti umani nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2021, I, p. 398.

²⁵ In proposito si veda F. PISANI, *La proposta di direttiva UE per i lavori delle piattaforme digitali e il Real Decreto-Ley 9/2021 spagnolo*, in *LPO*, 2022, p. 77.

²⁶ A questo riguardo, si veda P. TULLINI, *Dati*, in M. NOVELLA, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., p. 116.

²⁷ In argomento, si vedano: G. DE SIMONE, *Discriminazione*, in M. NOVELLA, P. TUL-

to dell'algoritmo, ma non per questo meno gravi sul piano della realizzazione di pratiche discriminatorie con potenzialità lesive sul piano del genere, dell'età, del credo religioso o dell'etnia.

4. Una possibile mappatura delle regole di fondo che dovrebbero governare il cambiamento

Infine, un'ultima considerazione in ordine alla prospettiva *de iure condendo*. In uno scenario così mutato, si avverte con chiarezza la necessità di individuare i canoni regolativi fondamentali da porre a garanzia della persona del lavoratore, nella fase specifica in cui viene fatta destinataria del potere organizzativo algoritmico.

Ebbene, a questo riguardo, in generale si è evidenziato in dottrina che ciò che può fungere da elemento di orientamento nella regolazione di un processo così epocale è il canone della trasparenza, cioè della trasparenza dei meccanismi decisionali con i quali l'intelligenza artificiale arriva ad una certa determinazione organizzativa²⁸.

In dottrina, per esempio, si parla a questo proposito della opportunità di stabilire un "generale diritto del lavoratore a non essere sottoposto a decisioni che incidano sul proprio rapporto di lavoro basate unicamente su valutazioni automatizzate dell'intelligenza artificiale"²⁹, diritto che appunto sarebbe effettivo soltanto nella misura in cui fosse garantita la possibilità di controllare in modo trasparente il processo decisionale dell'algoritmo³⁰.

LINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., p. 127 ss.; S. MAINARDI, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, cit., p. 358; M. MOCELLA, *Riders e lavoro in piattaforma: un problema (ir)risolto?*, in *MGL*, 2020, *Numero straordinario*, p. 149; M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *LLI*, 2021, vol. 1, p. 55 ss.; G. GAUDIO, *Algorithmic management, sindacato e tutela giurisdizionale*, in *DRI*, 2022, p. 45 ss.

²⁸ A questo proposito c'è già un riferimento alla regola della trasparenza nella Proposta di direttiva del 9 dicembre 2021, oltre che nell'Accordo quadro europeo del giugno 2020. In argomento, si vedano: F. PISANI, *La proposta di direttiva UE per i lavori delle piattaforme digitali e il Real Decreto-Ley 9/2021 spagnolo*, cit., p. 77; T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, cit., p. 13.

²⁹ Ancora V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, cit., pp. 1436-1437. Sul punto si veda anche la Proposta di direttiva del 9 dicembre 2021 (artt. 6-8).

³⁰ In argomento, si veda A. ALLAMPRESE, *Tempi, luoghi di lavoro e potere di controllo datoriale nella gig economy*, in M. AIMO, A. FENOGLIO, D. IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Esi, Napoli, 2021, p. 400, il quale – richiamando una decisione del

Sempre in una prospettiva *de iure condendo*, un'altra regola da implementare dovrebbe essere quella relativa ad un obbligo di informazione al lavoratore e alle organizzazioni sindacali ogniqualvolta il potere organizzativo sia esercitato con l'ausilio della (o addirittura interamente dalla) intelligenza artificiale, con l'eventuale istituzione di organismi paritetici di garanzia, abilitati ad intervenire per valutare ed eventualmente correggere gli eccessi decisionali del *robot*³¹, in grado di danneggiare la persona del lavoratore³². In questa direzione, del resto, la Proposta di direttiva del 9 dicembre 2021 introduce un diritto di accesso a favore dei lavoratori delle piattaforme, con obbligo di informazione sui sistemi di monitoraggio automatico della prestazione lavorativa oltre che sui sistemi utilizzati per prendere decisioni automatizzate che rilevano sulle condizioni di lavoro³³.

Peraltro, è stato evidenziato in dottrina che in un contesto così delicato come quello in esame, non è comunque sufficiente la previsione di regole e di principi generali (appunto come la trasparenza, o l'obbligo di informazione). Servirebbe anche "la previsione di procedure condivise rivolte a verificare la configurazione e l'applicazione degli strumenti digitali, con poteri di controllo delle parti collettive"³⁴.

Viene in questo modo confermata ancora una volta la fundamentalità del ruolo attivo e partecipativo del sindacato, in un momento di transizione così profonda per il lavoro³⁵, come del resto già evidenziato in sede di

T.a.r. Lazio (13 settembre 2019, n. 10.964) che ha annullato un provvedimento di assegnazione delle sedi didattiche disponibili ai docenti adottato da un algoritmo – sottolinea innanzi tutto come secondo il T.a.r. medesimo "verrebbe ad essere inficiato lo stesso concetto di «procedimento amministrativo» con un *vulnus* (...) all'obbligo di motivazione"; senza poi considerare che "ad essere inficiato sarebbe anche il diritto di difesa del soggetto sottoposto alla procedura automatizzata ex art. 24 cost., perché, venendo a mancare le motivazioni, non potrebbe essere percepito (...) l'iter logico seguito dall'amministrazione".

³¹ In dottrina, ad esempio, è stato richiamato a questo proposito il caso delle aziende di trasporto appaltatrici di *Amazon*, in riferimento alle quali il sindacato ha sottoscritto un accordo istitutivo di una commissione paritetica per la gestione dei dati che l'applicativo acquisisce (A. INGRAO, *Data-Driven management e strategie collettive di coinvolgimento dei lavoratori per la tutela della privacy*, in *LLI*, n. 2, 2019, p. 135). In argomento, si veda anche M. FORLIVESI, *Sindacato*, cit., p. 157.

³² V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, cit., p. 1442.

³³ Si veda in tal senso l'art. 6, par. 1, lett. a) e b), della Proposta di direttiva.

³⁴ Così T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, cit., p. 18.

³⁵ In argomento, si vedano: M. BIASI, *Brevi spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale, tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working)*, in *LPO*, 2021, p. 185; M. AVOGARO, *Verso una rappresentanza tailor made? Interrogativi e sviluppi del diritto sindacale*

elaborazione dell'Accordo quadro europeo sulla digitalizzazione del giugno 2020.

Tra l'altro il contratto collettivo, specie di secondo livello, nel sistema delle fonti manifesta una evidente adeguatezza regolativa, legata all'effettività, come è stato sperimentato, ad esempio, con riguardo al diritto alla disconnessione, cui si è accennato, nell'ambito del quale l'autonomia collettiva è andata alla ricerca delle soluzioni più calzanti per la specifica realtà da regolare.

Il tema che affiora per questa via è quello delle fonti regolative del cambiamento, che rappresenta senza dubbio uno dei nuclei argomentativi di fondo del dibattito giuridico sul lavoro nell'economia digitale. Il Diritto del lavoro, in particolare, a questo riguardo ha evidenziato fin da subito la piena consapevolezza della necessità di una *multilevel governance* accurata, non soltanto a livello nazionale, come del resto testimonia l'attenzione dimostrata dall'Unione Europea, con i vari documenti e provvedimenti assunti in materia³⁶, a partire dal Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale³⁷, fino alla Proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale³⁸, oltre che alla Proposta di direttiva sul lavoro nelle piattaforme del 9 dicembre 2021³⁹.

Accanto alla prospettiva europea, poi, va considerata la dimensione transnazionale, tenuto conto innanzi tutto che la *digital transformation* è un fe-

italiano nell'era digitale, in G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T.C. NAHAS (a cura di), *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano University Press, Milano, 2021, p. 21 ss.

³⁶ Con riguardo all'attività svolta in materia da parte del Parlamento europeo e della Commissione europea, si vedano: D. GOTTARDI, *Intelligenza artificiale, robotica e diritto del lavoro*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, cit., p. 1318 ss.; T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2022, p. 190 ss.

³⁷ Il Libro Bianco citato nel testo – COM(2020) 65 final – è stato adottato il 19 febbraio 2020 e mira, come esso stesso prevede, alla definizione di un'adeguata strategia europea per l'implementazione dell'Intelligenza artificiale, per sfruttare appieno le opportunità e affrontare le sfide derivanti dalla tecnologia.

³⁸ Si tratta della Proposta di Regolamento del 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final.

³⁹ In argomento, si vedano: T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, cit., p. 6, che richiama anche il documento della Commissione del 15 giugno 2021 sulla consultazione delle parti sociali sulle piattaforme digitali; F. CAPPONI, *Dalla Commissione Europea una proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma digitale: il punto sulle previsioni in materia di qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Bollettino ADAPT* 13 dicembre 2021, n. 44; F. PISANI, *La proposta di direttiva UE per i lavori delle piattaforme digitali e il Real Decreto-Ley 9/2021 spagnolo*, cit., p. 65.

nomeno assolutamente globale. Inoltre, la destrutturazione della fabbrica, intesa come luogo tradizionale di lavoro, è elemento di fatto che sicuramente ben si concilia la transnazionalità delle piattaforme⁴⁰, in quanto le tecnologie “consentono di delocalizzare non già la produzione di beni e servizi, bensì il lavoro necessario per tale produzione”⁴¹. Non è un caso, del resto, che le statistiche dicano che il fenomeno in questione riguarda ormai oltre un terzo del totale⁴².

Di conseguenza – alla luce delle difficoltà insite nel diritto internazionale del lavoro ad imporre *standard* di tutela adeguati ed omogenei a livello globale – risulta ancora una volta fondamentale l'azione della contrattazione collettiva, nel sistema delle fonti, a testimonianza ancora una volta della fundamentalità del ruolo del sindacato nella transizione epocale che il diritto del lavoro si sta apprestando a regolare.

⁴⁰ Si veda C.M. CAMMALLERI, *Vecchie risposte a nuovi problemi: l'antropomorfizzazione dei robot e degli algoritmi. Osservazioni critiche e una proposta eterodossa: l'IVISS*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, cit., p. 419.

⁴¹ Così A. MARESCA, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle diseguglianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2022, p. 176.

⁴² Si veda T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, cit., p. 6.

IL POTERE DI CONTROLLO, LE RISORSE DIGITALI E GLI ALGORITMI

Enrico Gragnoli *

1. Il potere di controllo e la legge n. 300/1970

Nell'ambito dell'evoluzione della disciplina interna di matrice comunitaria, per prima la legge n. 675/1996, ormai abrogata da tempo e caratterizzata da una difficile attuazione¹, fino al d.lgs. n. 196/2003, ha fatto comprendere quanto fosse intelligente l'approccio della legge n. 300/1970² o, per lo meno, così è capitato a me, per quanto possa valere questo ricordo di una fase ormai lontana della mia ricerca³. A differenza di una non persuasiva concezione oggettiva dell'informazione, da sempre patrimonio della disciplina europea, concentrata sul concetto equivoco di "dato", peraltro rimasto centrale (con grandi questioni applicative)⁴, il nostro ordinamento aveva compreso come il farsi del sapere possa essere regolato in modo incisivo solo con la diretta considerazione dei comportamenti preparatori al sorgere della conoscenza. Infatti, per la sua stessa natura di esito di un insondabile processo intellettuale⁵, questa non è una *res*, per quanto la

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Parma.

¹ Invece prima della legge n. 675/1996, v. V. FROSINI, *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*, in AA.VV., *Banche dati, telematica e diritti della persona*, Cedam, Padova, 1984, p. 31 ss.

² V.: A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 25 ss.

³ V.: E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, *passim*.

⁴ V.: M. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Esi, Napoli, 2003, p. 29 ss.

⁵ V.: A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *ED*, vol. XXI, p. 482 ss.

tesi opposta abbia da sempre noti sostenitori⁶ e annoveri il consenso delle fonti comunitarie⁷. La “notizia” è una espressione linguistica volta a ricavare una astrazione utile al dialogo quotidiano⁸ e al ragionamento giuridico, ma con una forzatura della classificazione di quanto accade in ogni istante, vale a dire dell'appuntarsi delle facoltà di ciascuno di noi sugli infiniti oggetti esposti alla nostra attenzione⁹.

Non fuorviata dalle implicazioni delle tecniche moderne, le quali hanno cominciato a imporsi pochi anni dopo¹⁰, la legge n. 300/1970 ha regolato i comportamenti aziendali vedendoli per come sono, cioè la manifestazione dell'analisi dell'impresa, tanto più pericolosa per la stretta correlazione personale e organizzativa tipica di qualunque struttura produttiva, sia sull'adempimento delle obbligazioni, sia su fattori comunque interessanti, per motivazioni razionali, per pregiudizi o per la semplice curiosità, comunque inevitabile¹¹. A prescindere dal fatto che la “notizia” o il “dato” non esistono¹², se non come risultato di scelte lessicali, comuni, ma poco precise sul versante epistemico, essi non possono assumere rilevanza giuridica se non in relazione a elementi significativi per gli interessi di terzi, a proposito del modo del processo intellettuale, del suo oggetto o di altri profili da cui si possa dedurre la minaccia ad aspettative meritevoli di protezione. In quanto manifestazione delle facoltà individuali, il sapere non può essere disciplinato in sé, ma per comportamenti rivelatori e, comunque, indicativi di un possibile disvalore sociale¹³, appunto da contenere tramite divieti mirati, concernenti non la conoscenza, ma condotte destinate a provocarla.

Di questa convincente impostazione la legge n. 300/1970 era avveduta; non a caso, i suoi principi restano centrali, se non per l'inevitabile impatto

⁶ V.: V. ZENO ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, vol. IX, 1993, p. 421 ss.

⁷ V.: P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *RDC*, 1990, p. 326 ss.

⁸ V.: A. MELONCELLI, *L'informazione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 1983, p. 59 ss.

⁹ V.: S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *ED*, vol. IX, 1961, p. 45 ss.

¹⁰ V.: F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *DLRI*, 1985, p. 224 ss.

¹¹ V.: G. SUPPIEJ, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in *AA.VV., I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 29 ss.

¹² V.: A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, cit., p. 485 ss.

¹³ V.: M. DE CRISTOFARO, *Il divieto di indagine su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale*, in *RIDL*, 1983, I, p. 39 ss.

delle risorse tecniche¹⁴, tanto cambiate da avere creato una società forse neppure paragonabile a quella del 1970, sebbene la sola trasformazione prescrittiva abbia riguardato l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori¹⁵, a dire il vero con soluzioni tali da provocare dubbi più che risposte¹⁶. Se l'ordinamento comunitario avesse seguito l'esempio della legge n. 300/1970, la sua disciplina sarebbe stata di più facile comprensione e avrebbe avuto risultati migliori di quelli, assai discutibili, raggiunti fra mille difficoltà in vari lustri¹⁷.

Fermo il fatto che l'informazione non è un oggetto, ma l'esplicarsi dei sensi di una persona¹⁸, con le relative acquisizioni cognitive, qualunque regolazione ha un significato ed è razionale solo se affronta in modo consapevole il problema della rilevanza del tema, poiché infinti processi intellettivi hanno luogo uno dopo l'altro, senza soluzione di continuità, e la stragrande maggioranza è priva della minima importanza per l'ordinamento¹⁹, che presuppone un taglio selettivo delle prescrizioni, a differenza delle singolari convinzioni del sistema comunitario, non a caso fonte di inutili complicazioni attuative. La legge n. 300/1970 aveva compreso il punto ed era partita dall'esperienza dei grandi stabilimenti industriali degli anni '60. Ciò ha permesso un fruttuoso collegamento fra i precetti e l'organizzazione aziendale, appunto colta nei suoi profili problematici e meritevoli di una disciplina.

2. Il sistema di protezione della legge n. 300/1970 e quello di matrice europea

Nonostante si possa ritenere il contrario, visto l'incalzare del diritto eu-

¹⁴V.: C. SMURAGLIA, *Rivoluzione tecnologica e tutela della personalità*, in RGL, 1985, IV, p. 77 ss.

¹⁵V.: R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 28 del decreto legislativo n. 151 del 2015)*, in RIDL, 2016, I, p. 99 ss.; M.T. CARINCI, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il job acts (art. 23 del decreto legislativo n. 151 del 2015): spunti per un dibattito*, in LLI, n. 1, 2016, p. 3 ss.

¹⁶V.: M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), del controllo (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT", n. 300/2016, p. 15 ss.

¹⁷V.: A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 79 ss.

¹⁸V.: A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Jovene, Napoli, 1967, p. 5 ss.

¹⁹V.: S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, cit., p. 114 ss.

ropeo e delle trasformazioni tecniche²⁰, la legge n. 300/1970 mantiene una meritoria attualità, proprio per il convincente metodo seguito. Al contrario, l'opposto sistema comunitario, imperniato sulla fallace idea dei "dati", pone quesiti di difficile soluzione per chi ritenga errato sul piano concettuale il suo impianto, in quanto fuorviato da una non persuasiva rappresentazione del significato e del valore sociale dell'informazione. Come si può dare attuazione a norme incoerenti non solo con esigenze sistematiche, ma con la stessa comprensione del fenomeno considerato, nel suo manifestarsi nella nostra esperienza? Il risultato è stata una prassi esecutiva di matrice burocratica²¹, per lo più affidata alle autorità incaricate di vigilare in ciascun Paese, con costanti correttivi e tentativi di razionalizzazione episodici, come dimostrato dal recente caso della vaccinazione per l'epidemia²², dove le indicazioni a difesa della riservatezza sono state alquanto singolari²³.

Se si accetta la riconduzione dell'informazione a una dimensione soggettiva²⁴, nel suo manifestarsi non è suscettibile di regolazione, in quanto frutto dell'applicazione delle facoltà intellettive. Possono trovare una disciplina compiuta solo condotte preparatorie o, comunque, collegate e, in particolare, devono essere qualificate in relazione alle modalità di acquisizione della conoscenza, per il suo carattere intenzionale, come le indagini dell'art. 8 dello Statuto dei lavoratori, o per le tecniche utilizzate, dal ricorso alle guardie giurate, alle ispezioni, all'uso di strumenti audiovisivi, nel significato ora proprio dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, con la sua inevitabile e recente attenzione all'informatica in senso ampio²⁵. Si può discutere sul fatto che siano sufficienti le fattispecie concepite dalla legge n. 300/1970 e, a tacere del tempo trascorso, la sua strategia di protezione è

²⁰ V.: P. CHIECO, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Cacucci, Bari, 2000, p. 15 ss.

²¹ Per una visione meno pessimistica, v. A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, cit., p. 37 ss.

²² V.: R. SANTUCCI, *Vaccinazione contro il covid – 19 ed effetti sulle posizioni soggettive nel contratto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, p. 325 ss., per una diversa impostazione, sull'importanza dell'intervento del medico competente.

²³ V. il provvedimento dell'Autorità garante per il trattamento dei dati personali 13 maggio 2021, in *VTDL, sito*, 2021.

²⁴ V.: A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, cit., p. 9 ss.

²⁵ V.: I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, n. 1, 2016, p. 5 ss.

impostata in modo frammentario in via originaria e deliberata²⁶. Infatti, sono esaminate alcune ipotesi ritenute di specifica portata lesiva.

Se mai, ci si è chiesti con insistenza se le disposizioni del 1970 fossero e siano sufficienti a paragone dell'innovazione tecnica²⁷; sul versante giurisprudenziale, è stato difficile riferire i precetti a un mutato contesto sociale, soprattutto a proposito dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, ma non sono comparse molte questioni nuove, se non per l'introduzione di strumenti aggiornati²⁸. La legge n. 300/1970 non risponde alla frequente domanda sulla possibilità per il datore di lavoro di aprire i messaggi di posta elettronica del dipendente, proprio perché, inerendo alla qualificazione delle stesse comunicazioni, la questione è sorta decenni dopo, a dire il vero con risposte sorprendenti²⁹.

Nonostante le risorse telematiche e i rischi indotti, la selezione dei comportamenti rilevanti operata dalla legge n. 300/1970 rimane credibile³⁰ e, in ambito professionale, copre senza troppe difficoltà i temi cui vorrebbe rispondere la disciplina europea con la sua opposta visione oggettiva dell'informazione e, quindi, con una strategia basata sui "dati"³¹. Per esempio, il ricorso alle loro cosiddette "banche" comporta sicuri rischi aggiuntivi, ma cade senza difficoltà nel concetto di indagini dell'art. 8 dello Statuto dei lavoratori, se hanno per oggetto fattori estranei all'idoneità professionale³². Se mai, ci si può chiedere se, in ordine all'effettività, il sistema europeo abbia aggiunto qualche presidio e, se vi è da dubitarne per l'impianto prescrittivo prolisso e macchinoso, la questione rimanda al ruolo

²⁶ V.: R. PESSI, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i suoi nuovi limiti dopo la legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *RDL*, 1973, I, p. 91 ss.

²⁷ V.: U. ROMAGNOLI, "Noi e loro": *diritto del lavoro e nuove tecnologie*, in *RIDPcom*, 1986, p. 377 ss.

²⁸ V.: A. SITZIA, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 St. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *LLI*, n. 1, 2016, p. 5 ss.

²⁹ Sulla legittimità del controllo, v. Cass. 10 novembre 2017, n. 26682, in *GI Rep.*, 2017, quindi senza il riconoscimento della protezione propria della corrispondenza cartacea. V. anche Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, *ibid.*, 2012; Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, *ibid.*, 2010.

³⁰ V.: R. ROMEI, *Controllo sull'attività dei lavoratori e nuove tecnologie*, in *NGCC*, 1987, II, p. 411 ss.

³¹ V. già G. GIACOBBE, *La responsabilità civile per la gestione di banche dati*, in AA.VV., *Le banche dati in Italia. Realtà normative e progetti di regolamentazione*, Jovene, Napoli, 1985, p. 130 ss.

³² V.: A. BELLAVISTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro nella elaborazione giurisprudenziale*, in *QDLRI*, n. 15, 1994, p. 221 ss.

dell'Autorità garante, i cui interventi in tema di rapporti di lavoro sono stati incisivi, seppure non sempre convincenti³³.

La centralità della legge n. 300/1970 non è stata intaccata dalle indicazioni europee, le quali, in tema di lavoro subordinato, hanno mantenuto un rilievo periferico, con molti adempimenti amministrativi, ma senza una immediata interferenza con le questioni centrali, concentrate intorno ai temi colti nel 1970, quindi con un continuo riferimento all'informazione quale espressione di un processo cognitivo e dell'applicazione delle relative facoltà³⁴. Soprattutto, la considerazione dei comportamenti e non dei risultati, cioè delle notizie, ha permesso di guardare non all'occasionale percezione di fatti emersi nella vita di relazione, ma al deliberato appuntarsi dell'attenzione, cioè a una verifica intenzionale³⁵. Tale taglio selettivo non contribuisce solo a rendere più solido l'approccio prescrittivo, ma a disciplinare precise strategie organizzative, lasciando libero il dispiegarsi della vita nella comunità creata sul luogo di lavoro³⁶. Poco importa che cosa si apprenda, ma che cosa si voglia scoprire e, soprattutto, come.

Talvolta, tale differenza fra il modello italiano tradizionale e quello comunitario è un po' sottostimata, per la sopravvalutazione del loro inerire a temi simili. Al contrario, i due sistemi partono da visioni opposte del medesimo fenomeno, in un caso con una implicita, ma chiara concezione soggettiva dell'informazione, nell'altro con quella oggettiva. Però, per quanto si possa avere fiducia nelle risorse moderne e nella loro capacità di catalogazione³⁷, persino nell'intelligenza artificiale³⁸, a volere accettare questa

³³ V.: Autorità garante per il trattamento dei dati, ordinanza ingiunzione del 13 maggio 2021, in *VTDL*, sito, 2021, per cui "considerato il fatto che la linea di confine tra l'ambito lavorativo e professionale e quello privato non può sempre essere tracciata in modo netto, vi sono rilevanti aspettative di riservatezza sul luogo di lavoro anche qualora il dipendente sia connesso ai servizi di rete messi a disposizione dal datore di lavoro o utilizzi una risorsa aziendale attraverso dispositivi personali". Il principio di diritto è opinabile, a maggiore ragione se si considera l'applicazione di una pesante sanzione amministrativa.

³⁴ V.: C. PISANI, *I controlli a distanza sui lavoratori*, in *DLRI*, 1987, p. 121 ss.

³⁵ V.: M. DE CRISTOFARO, *Il divieto di indagine su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale*, cit., p. 43 ss.

³⁶ V.: G. GHEZZI, F. LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, in *DLRI*, 1986, p. 354 ss.; P. ZANELLI, *Innovazione tecnologica e controllo sui lavoratori*, in *DInf*, 1985, p. 296 ss.

³⁷ V. già A. LOIODICE, *Informatica, banche dati e diritto all'informazione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 637 ss.

³⁸ V.: M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *LLI*, 2021, fasc. 7, p. 49 ss.

discutibile espressione di uso corrente, la conoscenza è un farsi, non un bene, e come tale deve essere considerata dall'ordinamento.

3. La sfida delle moderne tecnologie digitali

La tesi sul preteso carattere oggettivo del sapere nasconde una attenzione ingiustificata per le risorse tecniche, come se potessero trasformare il senso stesso dell'applicarsi dell'intelletto ai fenomeni e, dunque, comportassero una modificazione epistemica³⁹. Nonostante questa impostazione abbia riscosso consenso presso il legislatore italiano ed europeo, non può essere condivisa, perché le facoltà dell'uomo non cambiano per le macchine utilizzate, le quali potenziano la possibilità di indagine, ma non conferiscono a essa differenti qualità. Se mai, si può discutere di eventuali limiti all'assunzione di decisioni nei confronti dei prestatori di opere sulla base di sistemi automatici, tali per cui, nella finale determinazione, non interverrebbe la scelta umana.

La questione merita apposita considerazione e non è affrontata dalla legge n. 300/1970⁴⁰. Se mai, rileva ai fini della sua analisi, perché dimostra come vi sia una chiara distinzione fra processi automatici di assunzione delle decisioni e l'informazione raccolta dall'impresa⁴¹. Se la seconda è legata all'immutabile struttura del processo intellettuale, che non si modifica, a prescindere dai mezzi utilizzati, la prima mostra dove stia la novità del progresso tecnico. Escluso il divieto anacronistico di simili meccanismi, poiché il luddismo non ha mai avuto molto successo, l'idea tradizionale è stata di costringere l'impresa a svelare i presupposti della valutazione, perché i lavoratori possano comprendere come siano giudicati⁴². La pubblicità aiuterebbe una consapevole reazione dei prestatori di opere⁴³, ma questa indicazione presenta due limiti evidenti.

³⁹ V.: P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, cit., p. 337 ss., sull'intrinseca incertezza dell'informazione, sebbene si parta dalla sua riconduzione alla categoria del bene.

⁴⁰ V.: R. SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori*, in *LG*, 2021, p. 19 ss.

⁴¹ V.: S. BORELLI, M. RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*, in *LLI*, 2021, fasc. 7, p. 118 ss.

⁴² V.: E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *NLCC*, 2018, p. 1209 ss.

⁴³ V.: M. NOVELLA, M. VALLAURI, *Presentazione*, a *Dimensioni e itinerari del potere nel-*

Per un verso, vista l'attuale struttura del processo civile, se l'impresa dichiara come effettui i suoi giudizi automatici, il controllo sulla veridicità delle affermazioni ha costi e tempi improponibili e, quindi, non vi è una realistica sanzione per chi menta. È difficile stabilire se e in quale misura le aziende siano tentate di occultare i loro sistemi valutativi dietro descrizioni di comodo. Tuttavia, per la complessità dei modelli matematici e la natura di un processo civile, se le imprese presentassero tesi inattendibili, ciò non sarebbe mai scoperto, nell'ordinaria dinamica di un giudizio, in cui una ricostruzione dell'impostazione di un algoritmo è di fatto impossibile⁴⁴.

Questa affermazione può sorprendere e la dimostrazione non è facile, se ci si rivolge a chi non abbia esperienza di un processo civile. Tuttavia, la conclusione è scontata, perché il giudizio non è la sede in cui si possano approfondire questioni scientifiche così complesse. Il ricorso a consulenze tecniche segue modelli consolidati su aspetti molto diversi dall'impianto di un algoritmo e, per la loro stessa natura, tali problemi non possono trovare definizione con gli schemi processuali tradizionali.

Per altro verso, si può molto discutere sulla tutela accordata al lavoratore dall'informazione preventiva sugli elementi significativi per la valutazione automatica; si cerca di ricreare situazioni organizzative simili a quelle delle decisioni affidate all'uomo, mentre l'innovazione provoca un contesto del tutto diverso. Se si ragiona di un algoritmo, la posizione di chi subisca la determinazione non è paragonabile a quella di chi sia apprezzato in modo personale, comunque sotto il dominio delle emozioni e di quella complessa articolazione di opinioni e di suggestioni tipica della nostra mente. L'algoritmo non può essere avvicinato alla scelta soggettiva, per la profonda differenza nell'assumere una decisione.

L'ordinamento deve accettare le determinazioni automatiche per quello che sono, senza pensare di affrontarle costringendole ad assumere tratti o componenti propri di quelle tradizionali. L'impianto delle moderne tecnologie non deve essere regolato con la riproposizione di schemi e di obblighi pensati per la persona e, prima di tutto, qualunque norma deve essere discussa sulla base della sua probabile effettività. Poiché non vi può essere un sindacato giudiziale sulla conformazione di un algoritmo e il nostro

l'impresa, in *LD*, 2021, p. 435 ss., per cui “la razionalità tecnico – produttiva che era stata incanalata nella definizione delle causali tipiche del potere non è più identificabile con la razionalità umana sulla quale cadeva l'enfasi della teoria economica classica”.

⁴⁴ V.: J. GORELLI HERNANDEZ, *Algoritmos y transparencia: pueden mentir los numeros?* *Los derechos de informacìon*, in *Trabajo y derecho*, 2002, fasc. 86, p. 1 ss. (dell'estratto).

processo civile non è pronto ad affrontare la sfida, tanto meno a costi accessibili per un lavoratore subordinato, l'ordinamento deve fare una professione di realismo. Quali obiettivi possono essere perseguiti nell'ambito del rapporto di lavoro e, quindi, di uno caratterizzato dalla collaborazione continuativa, affinché il ricorso inevitabile a decisioni automatiche sia conciliabile con la protezione delle ragioni del prestatore di opere? Sovente, a proposito di questo tema, si è portati a invocare una sorta di "umanizzazione" delle tecnologie e dei loro metodi, con una prospettiva affascinante dal punto di vista etico, ma improponibile sul versante applicativo.

A prescindere dal fatto che, comunque sia immaginato, un algoritmo è diverso dalla ragione umana, se non altro perché questa non è mai asettica nella considerazione degli elementi sottoposti alla sua analisi e risente del conflitto interiore e dell'impatto delle emozioni, nonché di quanto sfugga a un calcolo preciso, ci si deve domandare che cosa si possa stabilire in un processo civile sul funzionamento effettivo delle tecniche decisionali automatiche, e la risposta è sconcertante. Se anche fosse possibile impostare una analisi sull'algoritmo e se fosse superata l'enorme complessità del quesito, con esperti disponibili e tempi accettabili per il processo, i costi sarebbero insostenibili in qualsiasi controversia di lavoro, a fronte degli interessi ivi protetti. Per questo, rispetto alle dinamiche effettive delle controversie, le decisioni automatiche sono incomprensibili, perché non si riesce a chiarire come funzionino e, di fatto, rileva la versione fornita dalle imprese, insuscettibile di un sindacato credibile sulla sua veridicità. Quanto sfugge all'analisi empirica del giudice si presenta come un meccanismo da lui non dominabile, una sorta di terreno ignoto, che, per un verso, condiziona lo sviluppo del rapporto di lavoro e, per altro verso, non trova una cognizione piena, perché il modo di operare è descritto dall'azienda, senza che si possa sapere se le corrispondenti affermazioni siano vere.

4. L'uso di algoritmi nei rapporti di lavoro, il principio consensualistico, l'azione sindacale e quella di carattere amministrativo

L'art. 22 del regolamento dell'Unione europea n. 679/2016 solo in apparenza vieta decisioni basate su trattamenti automatici, poiché le ammette nell'esecuzione di contratti. Infatti, per un verso, l'art. 22, par. 1, ha un taglio generale, perché, all'affermazione di principio per cui vi sarebbe il "diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato", è affiancata una precisazione di difficile interpre-

tazione, per cui il divieto opera qualora la decisione “produca effetti giuridici” che riguardino l’interessato o che incidano “in modo analogo significativamente sulla sua persona”, con un rilevante spazio lasciato alla successiva cognizione giudiziale. Tuttavia, per il rapporto di lavoro subordinato, il problema maggiore è sollevato dall’art. 22, par. 2, lett. a), per cui il principio del par. 1 è derogato qualora la “decisione automatizzata” “sia necessaria per la conclusione o l’esecuzione di un contratto tra l’interessato e un titolare del trattamento”, e questo è il caso del dipendente, con una previsione di estesa applicazione, inerente sia alle determinazioni assunte in una fase selettiva, in attesa dell’assunzione, sia a quelle concernenti la successiva collaborazione.

Né si può immaginare una lettura restrittiva del concetto di “necessità” dell’art. 22, par. 2, lett. a), perché la locuzione non si riferisce a un comportamento indispensabile sul piano oggettivo, ma a una valutazione aziendale e, cioè, all’interesse dell’impresa, seppure inerente alla stipulazione o all’attuazione dell’accordo, e di questa lettura vi sono tracce significative nella motivazione⁴⁵. Se, poi, a dire il vero in modo imprevedibile, l’art. 22, par. 2, lett. a), avesse una esegesi selettiva a opera dei giudici, la condizione del prestatore di opere non migliorerebbe molto, poiché la determinazione basata sull’algoritmo sarebbe comunque consentita alla stregua dell’art. 22, par. 2, lett. c), per cui è sufficiente “il consenso dell’interessato”.

Nella massima debolezza sociale nel momento della stipulazione del contratto di lavoro, per il reperimento di una collocazione professionale, spesso agognata da tempo, il dipendente non può esercitare alcun potere negoziale e non può opporre resistenza nei confronti dell’azienda, che richieda la manifestazione dell’assenso a processi decisionali automatici, secondo uno schema noto nel diritto del lavoro, con il minimo risalto di forme di protezione basate sugli strumenti consensuali. L’interesse aziendale a introdurre valutazioni vincolanti imperniate sugli algoritmi riceve piena soddisfazione a proposito del rapporto di lavoro proprio dall’art. 22, par. 2, lett. c), poiché la sua piana attuazione rende irrilevante qualsiasi interpretazione rigorosa e restrittiva dell’art. 22, par. 2, lett. a).

Né si può ravvisare un significativo riequilibrio delle posizioni del datore e del prestatore di lavoro a opera dell’art. 22, par. 3, per cui, in caso di attuazione dell’art. 22, par. 2, lett. a) e lett. c), “il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interes-

⁴⁵ V. il punto n. 71: “è opportuno che sia consentito adottare decisioni automatizzate”, seppure regolate ai sensi dell’art. 22.

si” della persona coinvolta, prima di tutto per il carattere generico della disposizione, senza alcuna precisazione limitativa, a maggiore ragione a fronte di strumenti matematici complessi, il cui funzionamento non ha realistiche possibilità di essere svelato in un giudizio e, tanto meno, di essere compreso in via preventiva. La norma non specifica alcun vincolo e, se mai, rimanda alla cognizione giudiziale, affinché possano essere identificate forme di contemperamento fra aspettative opposte, con una effettività differita nel tempo (al momento nel quale vi sarà una significativa giurisprudenza) e limitata dall’impossibilità di dominare l’azione degli algoritmi.

Non a caso, l’art. 22, par. 3, introduce una protezione minima, indicativa dello scarso valore dell’iniziale affermazione di principio, poiché si prevede “almeno” (e la parola è importante, in quanto svela la creazione di ... una sorta di tutela di retroguardia!) “il diritto di ottenere l’intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione”. Come si ricava dal punto n. 71 della motivazione, le tre limitazioni non sono state pensate per il rapporto di lavoro, ma per attività commerciali e per strategie di vendita a largo raggio, in particolare in via telematica, con l’identificazione di possibili acquirenti di beni di generale consumo. Infatti, nell’organizzazione aziendale, l’art. 22, par. 3, non ha prospettive di incidere, poiché, in primo luogo, il richiedere il cosiddetto “intervento umano” non modifica l’impatto della “decisione automatizzata”, non solo perché la valutazione personale può essere successiva a quella prodotta dai meccanismi matematici, ma perché non sono esclusi in alcun modo una semplice conferma e un avallo successivo degli esiti raggiunti, senza che questi debbano essere eliminati o modificati, né nella loro genesi, né nelle loro conseguenze.

In secondo luogo, le stesse considerazioni valgono per il diritto del dipendente di “esprimere la propria opinione”, con un contraddittorio di scarso significato, in quanto si colloca a seguito dell’assunzione della determinazione, e destinato a condizionare poco lo “intervento umano”, così che entrambi sono deboli e di portata limitata, nella dinamica organizzativa frenetica della maggiore parte dei contesti produttivi. Né aiuta il principio per cui il lavoratore può “contestare la decisione”, poiché ciò è scontato in ogni ordinamento, che, comunque, ammette la cognizione giudiziale sugli atti unilaterali dell’impresa. Se ci si volesse riferire a una opposizione stragiudiziale, mancherebbe comunque qualunque suo effetto immediato sull’esercizio del potere aziendale, il quale trasformerebbe la condizione del collaboratore, in attesa di quel processo tanto costoso, quanto difficile, per la scarsa possibilità di un sindacato sul funzionamento degli algoritmi.

Anzi, se volesse (e non è sempre plausibile), l'impresa si potrebbe avvalere senza troppe difficoltà dei "dati particolari" dell'art. 9, par. 1, poiché, ai sensi dell'art. 22, par. 2, il divieto è apparente, in quanto opera la deroga dell'art. 9, par. 2, lett. a), e la proibizione è rimossa in caso di consenso del cosiddetto interessato. Proprio perché in grave debolezza contrattuale al momento dell'assunzione, il lavoratore è portato a manifestare il suo assenso e di rado può esercitare una risoluta opposizione. Non riequilibra molto la situazione l'ultima parte dell'art. 22, comma 4, per cui, ai fini della valutazione dei "dati particolari", devono essere in vigore "misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato", ancora una volta con espressioni generali di scarsa portata limitativa e con il rinvio a una dubbia iniziativa giurisprudenziale, lenta nella sua formazione e condizionata dalla scarsa capacità di comprensione del fenomeno.

5. Una possibile prospettiva di risposta alle sfide indotte dalle tecnologie digitali

L'impresa deve essere libera di usare strumenti matematici di sua scelta anche per l'assunzione di decisioni, salva la codificazione di diritti (a opera della legge) con presupposti vincolati per i provvedimenti fondamentali. Una strategia oppositiva rispetto all'innovazione tecnica non può portare a duraturi successi, a maggiore ragione se il fenomeno da regolare sfugge a un credibile ed effettivo sindacato del giudice. L'ordinamento dovrebbe suddividere le possibili scelte automatiche in due versanti, l'uno lasciato libero per l'incondizionata applicazione degli strumenti matematici, l'altro regolato in modo stringente, perché inerisce alla necessaria protezione di interessi fondamentali del prestatore di opere, nei quali l'intervento automatico può creare turbative rispetto alla realizzazione di valori tutelati.

In tali aree, a prescindere dalle risultanze delle analisi automatiche, le determinazioni devono corrispondere a motivi selezionati, con la dimostrazione a carico del datore di lavoro. Per rispettare la legge, questi dovrebbe impostare i suoi ausili informatici (per quanto sofisticati) con riferimento a una griglia condizionante, la cui osservanza dovrebbe provare in giudizio. Negli altri ambiti, sarebbe libero di impiegare le strategie decisionali da lui preferite. La tutela sarebbe selettiva e non riguarderebbe qualsiasi decisione, ma solo quelle su beni importanti, di risalto cruciale per il lavoratore. Questa protezione più intensa, ma circoscritta costringerebbe le imprese a un confronto nel merito con indicazioni cogenti. Da una disciplina su tutti

i percorsi decisionali automatici si passerebbe a una salvaguardia molto più intensa solo per alcuni, per esempio in tema di retribuzione, di affidamento degli incarichi, di trasferimenti, di occasioni formative e di licenziamento.

È illusoria la tutela basata sulla spiegazione dei metodi decisionali; il lavoratore non deve pensare di dominare gli algoritmi utilizzati per decisioni nei suoi confronti. In modo più modesto, ma a presidio dell'effettività della disciplina, si dovrebbe accontentare di vincoli sostanziali sulle determinazioni assunte in alcune materie, in cui, libera di elaborare le informazioni, l'impresa dovrebbe motivare secondo linee di scelta prestabilite, mentre resterebbe senza condizionamenti in altre aree. Si dovrebbero creare due percorsi alternativi, uno regolato dall'ordinamento con riguardo all'oggetto della valutazione e l'altro lasciato in uno spazio vuoto di diritto, con la possibile applicazione delle soluzioni automatiche preferite.

A fronte di una collaborazione articolata e continuativa, come quella tipica del rapporto di lavoro subordinato, si moltiplicano le occasioni per decisioni basate sulle scelte automatiche. Proprio per tale ragione, la risposta giuridica deve essere selettiva, in quanto una regolazione complessiva delle determinazioni affidate ad algoritmi presupporrebbe la loro precisa comprensione e la dimostrazione in giudizio del loro funzionamento, mentre tali risultati non possono essere conseguiti, né vi sono prospettive di superamento di questi ostacoli, poiché, se bene si intende, la complessità delle risorse informatiche è destinata ad aumentare e a risultare sempre più ostica per la disciplina positiva. Se si vogliono attenuare le difficoltà proposte dal contesto tecnologico, la selezione di obiettivi mirati e circoscritti è il primo passo, in quanto consente di concentrare l'attenzione su questioni nelle quali gli interessi di protezione del dipendente sono più avvertiti, senza che si immagini una regolazione complessiva e, per ciò solo, generica.

Per un verso, l'autorità del datore di lavoro crea le premesse per il ripetuto manifestarsi di decisioni destinate a diventare "automatizzate" in misura crescente e senza un realistico controllo giudiziale. Per altro verso, la continuità della relazione espone gli interessi del prestatore di opere a minacce più intense per il solo fatto di essere prolungate e caratterizzate dalla costante evoluzione tecnica, con modificazioni degli strumenti tanto più significative quanto più il rapporto dura. Ancora, la debolezza sociale del lavoratore non gli permette un esercizio efficace dei poteri contrattuali a lui riconosciuti, in particolare a opera del regolamento dell'Unione europea n. 679/2016, e i contratti collettivi scontano la carenza di informazioni e di capacità propulsiva delle associazioni sindacali, non in grado di condizionare il cambiamento organizzativo, del quale sono semplici spettatori.

L'errore del regolamento dell'Unione europea n. 679/2016 è di pensare alla disciplina dell'informazione in ogni suo ambito, senza riflettere sulle necessità del rapporto di lavoro, nel quale, se mai, soprattutto a proposito delle "decisioni automatizzate", con una scelta selettiva, devono essere regolati i poteri del datore di lavoro, non il loro retroterra analitico, il quale sfugge alla stessa cognizione giudiziale. Lungi dal cercare di cambiare i percorsi organizzativi, se vuole avere speranze di successo, il diritto del lavoro deve guardare ai singoli provvedimenti influenti sulla sfera del dipendente. Il problema non è l'applicazione degli algoritmi, ma la giustizia delle successive determinazioni e, a questo fine, per ciascuna, se è importante, devono essere identificati presupposti vincolanti, con l'onere dell'impresa di dimostrare la coerenza delle sue determinazioni con tali presupposti.

Per quanto ciò possa dispiacere ad alcuni, non esiste una possibile resistenza al cambiamento tecnologico aziendale e la disciplina si deve guardare dal prefiggersi un simile, irrealizzabile obiettivo. Da perseguire ve ne è un altro, cioè quello di condizionare l'esercizio dei poteri, che possono sfruttare tutte le cognizioni o le indicazioni governate da modelli matematici complessi, ma, nello scontro processuale, devono portare a una motivazione coerente con i parametri normativi e presentata alla deliberazione del giudice secondo le sue capacità di apprezzamento. Per quanto il loro retroterra sia "automatizzato", le decisioni ricadono nel governo dell'uomo quando diventano possibile oggetto di una sentenza e ciò accade se la legge crea una griglia di fattori significativi, con i quali l'impresa si debba confrontare e rispetto a cui vi sia possibilità di un apprezzamento processuale coerente. In sostanza, la determinazione aziendale è umana non se è costretta a rinunciare alle elaborazioni matematiche, ma se, per essere legittima, deve rispettare parametri assiologici dominabili dal giudice e cogenti per l'impostazione e per la conclusione del processo decisionale stesso.

In questo, il diritto del lavoro riscopre la sua originaria natura, di contenimento dell'autorità dell'impresa, non di metodo di cambiamento delle strategie organizzative, nonostante vi siano state e vi siano ancora simili illusioni. Pertanto, il fulcro della disciplina non sono i criteri strutturali aziendali, ma i presupposti dei poteri unilaterali incidenti sulla posizione del prestatore di opere. La modestia nella selezione dei fini si deve coniugare con il realismo nell'impostazione delle norme, affinché possano essere effettive e dare un contributo al riequilibrio delle ragioni di imprese e dipendenti.

SUL “POTERE ALGORITMICO” DELL’IMPRESA DIGITALE

Pia De Petris *

1. *Le metamorfosi del potere datoriale nell’“impresa algoritmica”*

L’applicazione delle sofisticate tecnologie digitali impatta in modo sempre più evidente sull’impresa e sull’organizzazione del lavoro, modificandone gli identitari tratti caratteristici, i confini e le morfologie più tradizionali¹.

È noto che la rivoluzione robotica e digitale insista su processi di dematerializzazione e scomposizione dell’impresa già noti e avviati da decenni², ma non si può negare che alcuni prodotti della digitalizzazione (*Industria 4.0*, lavoro su piattaforma, specie nel caso del *crowdwork*, *automatic management* e strumenti di *workforce analytics*) presentano un inedito influsso

* Dottoranda di ricerca in Diritto delle persone delle imprese e dei mercati – Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Senza pretese di esaustività si veda P. TULLINI (cura di), *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017; C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019; M. NOVELLA, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, Torino, 2022.

² In effetti, già a parte dagli anni ’80 si è avviata una corposa riflessione sull’impatto delle nuove tecnologie sul mondo del lavoro e dell’impresa (vedi per tutti F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in DLRI, 1985, p. 203). Riflessione via via ravvivata dalle celeri trasformazioni imposte dalla globalizzazione e dall’evoluzione tecnologica, che hanno stimolato la profonda attenzione della dottrina verso l’analisi sistematica dell’impresa nelle sue contemporanee trasformazioni, nella consapevolezza di dover «superare la scissione tra esercizio del potere datoriale e imputazione delle responsabilità connesse al rapporto di lavoro». Sul punto, ampiamente, D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in AIDLASS, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Cassino 18-19 maggio 2017, Giuffrè, Milano, 2018, p. 7 ss.

destrutturante, tenuto conto non solo dell'epocale intensità di amplificazione dei suddetti fenomeni ma soprattutto della diversificazione qualitativa degli stessi. In altre parole, nell'era digitale, l'annosa questione della rarefazione e scomposizione dell'impresa tradizionale risulta non solo quantitativamente ampliata ma anche qualitativamente modificata, perché condotta su piani diversi, impensabili per l'impresa non digitale. Si introducono così problematiche nuove, che complicano oltremodo l'(immediata) individuazione dei confini dell'impresa – già dilatati dai consolidati processi di esternalizzazione, integrazione produttiva e/o di collaborazione reticolare³ – e delle tradizionali forme di esercizio del potere datoriale⁴.

Si pensi all'impatto, sulle consuete modalità di conduzione dell'impresa e di organizzazione del lavoro, dell'impiego dell'automazione e dell'intelligenza artificiale, a supporto o completamente in sostituzione, del decisore umano, ampiamente utilizzato nella realtà del lavoro tramite piattaforma e in via di consolidamento anche nei settori più tradizionali⁵, persino nella sfera pubblica con un inserimento nell'*iter* di formazione di provvedimenti amministrativi⁶.

L'utilizzo di sistemi manageriali automatizzati e l'impiego di *big data* per fondare le scelte manageriali, un tempo rimesse alla sola discrezionalità e valutazione umana del manager o dell'imprenditore, inducono a riflettere sull'alterazione dei vincoli di gerarchia all'interno di un'impresa che, sem-

³Cfr. O. MAZZOTTA, *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in RGL, 2013, I; M.G. GRECO, *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Giappichelli, Torino, 2017; M. MOCELLA, *Reti d'impresa e rapporti di lavoro*, Esi, Napoli, 2018.

⁴L'evidenza dell'impatto si registra perfino negli "accomodanti" confini del lavoro subordinato nella fabbrica "intelligente", visto l'impatto che gli strumenti robotici e digitali presentano sulle forme di esercizio del potere direttivo, che muta nella sua struttura fino a divenire «*ascendente*». Vedi L. CORAZZA, *Note sul lavoro subordinato 4.0*, in DRI, n. 4, 2018, p. 1066 ss. spec. p. 1072, secondo cui «*il lavoro 4.0 inserisce nell'organizzazione del lavoro alcuni elementi di rottura rispetto all'interazione tra contratto, poteri del datore di lavoro e organizzazione*».

⁵Cfr. P. ADAM, M. LE FRIANT, *Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail*, Dalloz, Paris, 2020, spec. p. 37 ss., secondo cui, con il consolidamento della transizione digitale, il fenomeno dell'*automatic management* assumerà un rilievo sempre più centrale per le imprese, anche quelle più tradizionali, chiamate, necessariamente, a ricorrere alla digitalizzazione per attrarre capitali di finanziamento.

⁶Sul tema e sulle varie problematiche giuspubblicistiche v. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Esi, Napoli, 2019 ed E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo e Artificial Intelligence*, in GI, 2019, p. 1761 ss.

pre più digitale, immateriale e “intelligente”, introduce anche nuove forme di razionalità tecnico-produttive⁷. Quest’ultime vanno analizzate non solo nella sistematica dell’evoluzione contemporanea dell’identità dell’impresa nel contesto digitale⁸, ma soprattutto al fine di arginare il rischio che il ricorso ai sofisticati strumenti digitali possa essere usato per “schermare” l’uso (e l’abuso) del potere datoriale e, con esso, l’assunzione della veste datoriale e della relativa responsabilità. In definitiva, l’analisi è necessaria a scongiurare il rischio che l’utilizzo di forme di *management* automatizzato si trasformi in una corsa alla “deresponsabilizzazione”, suggellando una nuova forma di fuga dalla subordinazione, celata dietro una (apparente) fuga dall’impresa.

2. Management algoritmico e “artificializzazione” del potere datoriale: attenuazione o implementazione del potere?

L’ultima frontiera della digitalizzazione dell’impresa insiste sulla sfera del potere organizzativo e si caratterizza per “l’esternalizzazione” di alcuni compiti di gestione a sofisticati sistemi automatizzati. Il fenomeno, ribattezzato “*automatic management*” o “*algorithmic management*”⁹, si concretizza nel trasferimento delle tipiche funzioni organizzativo-manageriali da personale umano a macchine intelligenti, che, espressione di una gestione

⁷ Cfr. M. NOVELLA, P. TULLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 5 ss., secondo cui «l’intelligenza dell’impresa digitale è un’intelligenza che opera secondo la razionalità degli algoritmi».

⁸ Cfr. P. TULLINI, *La questione del potere nell’impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo*, in *LD*, 2021, p. 429 ss.

⁹ Il fenomeno è già oggetto di grande attenzione da parte della letteratura straniera v., senza pretese di esaustività, A. MATEESCU, A. NGUYEN, *Algorithmic Management in the Workplace*, in *Data & Society Research Institute*, 2019; M.K. LEE, D. KUSBIT, E. METSKY, L. DABBISH, *Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers*, in *Proceedings of CHI*, 2015, pp. 1603-1612; K.C. KELLOGG, M. VALENTINE, A. CHRISTIN, *Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control*, in *Academy of Management Annals*, n. 1, vol. 14, 2020, p. 366 ss. A livello nazionale: V. DE STEFANO, “*Negotiating the Algorithm*”: *Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection*, ILO Employment Working Paper, n. 246, 2018; G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l’algoritmo*, in *LLI*, n. 2, vol. 6, 2020, p. 21 ss.; A. TOPO, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *LD*, n. 3, 2018, p. 453 ss.; L. ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell’era dell’intelligenza artificiale*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT”*, n. 446/2021.

più celere, accurata, oggettiva e imparziale di quella umana, promettono di incrementare l'efficienza, la produttività e la competitività dell'impresa digitalizzata¹⁰, realizzando la più pervasiva e sistematica forma di integrazione della tecnologia nel processo aziendale.

Gli strumenti di *algorithmic management* rispondono a razionalità nuove, operano prevalentemente attraverso correlazioni statistico-computazionali fondate su antecedenti ed effetti, con capacità predittive sempre più accurate. Linfa vitale di tali processi è costituita dai dati che vengono estrapolati dalle macchine intelligenti, dal comportamento dei lavoratori e degli utenti finali.

I dati vengono rielaborati in continuazione così da poter incidere in tempo reale sulla gestione della risorsa umana, decidendone le sorti (assunzione, promozione, trasferimento, irrogazione di una sanzione disciplinare).

Le potenzialità dell'utilizzo di dati aggregati per ottimizzare i processi di gestione della forza lavoro era già emersa con la diffusione, specie d'oltrеоceano, di sistemi di *workforce analytics* o *People analytics*¹¹, ossia sistemi che utilizzano i *big data* per conoscere il funzionamento dei processi produttivi, la produttività dei lavoratori e, tramite simulazioni, prevedere le potenzialità di un candidato o la possibile resa di un lavoratore all'interno di un determinato gruppo di lavoro e in generale comportamenti futuri dello stesso (es. possibilità di successo, assenteismo, tasso di *retention*, ecc.). L'impiego di tali sistemi consente la creazione di una sorta di *manager* umano "aumentato"¹², che dal punto di vista giuslavoristico pone non pochi problemi di inquadramento in termini di diligenza richiesta e responsabilità, specie rispetto alla configurabilità di un obbligo di attenersi alle indicazioni della *people analytics*¹³.

Con l'introduzione del *management algoritmico* le potenzialità dei sistemi di analisi di big data vengono esponenzialmente aumentate e rese facili

¹⁰ L'incremento dell'«efficienza dei sistemi di produzione» è sottolineato dal Libro Bianco sull'intelligenza artificiale, *Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, Bruxelles, 19 febbraio 2020, n. 65, che, inserendosi nella strategia europea "L'intelligenza artificiale per l'Europa", del 25 aprile 2018, n. 237, promuove l'applicazione più ampia possibile dell'IA e il governo dei rischi ad essa connessi.

¹¹ Su cui v. E. DAGNINO, *People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *LLI*, 2017, p. 1 ss.

¹² Cfr. V. MAIO, *Diritto del lavoro e potenziamento umano. I dilemmi del lavoratore aumentato*, in *DLRI*, n. 3, 2020, p. 513 ss.

¹³ Sul punto v. ampiamente L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, p. 10 ss.

da globalizzare¹⁴, «*modificare o sostituire su larga scala bypassando intere catene di middle management, il quale – oltre ad assottigliarsi in termini di necessità numerica – diviene sempre più mero esecutore e controllore di un sistema gestionale digitalizzato*»¹⁵.

L’impatto sulle consuete modalità di conduzione dell’impresa e dell’organizzazione del lavoro è evidente. La gestione del personale per mezzo di algoritmi dotati di autonoma capacità decisionale e di discernimento crea un’insolita confusione fra “codice algoritmico” e “codice giuridico” e riduce inevitabilmente il perimetro dell’intervento regolativo tradizionalmente inteso, richiedendo, da un lato, nuovi approcci alle dinamiche di potere, necessariamente parametrati alla logica di funzionamento dell’algoritmo; e dall’altro sollevando nuove problematiche, specie in relazione alla leggibilità e trasparenza dei meccanismi decisori automatizzati e alla responsabilità dell’impresa che decida di avvalersene.

Da non sottovalutare è anche l’impatto che ne deriva sulla struttura dei poteri datoriali. L’esternalizzazione del potere all’algoritmo trascina il primo in una dimensione impersonale, già ribattezzata come “algocrazia”¹⁶, che alimenta la percezione di una progressiva rarefazione dell’impresa e con essa di un’evaporazione del potere datoriale, almeno nelle forme storicamente conosciute.

Vi è, dunque, da chiedersi se effettivamente l’introduzione di sistemi di *management* algoritmico possa determinare un affievolimento dei poteri datoriali e di converso un progressivo alleggerimento del vincolo di subordinazione.

In effetti, alcuni sottoprodotti della *digital revolution* (primo fra tutti il lavoro agile) sembrano imporre un’attenuazione dei modelli di *management* “autoritario” e verticistico, basato su di uno stringente esercizio del potere direttivo e di controllo, a favore di un *management* maggiormente paritario e collaborativo, che valorizza il rapporto fiduciario fra l’impresa e

¹⁴La dimensione sempre più globale delle imprese e la diffusione delle catene del valore anche in chiave digitalizzata (*crowdwork*) crea una nuova, rafforzata, dimensioni del potere, che sfuggendo al principio di territorialità, si sottrae ai limiti che il diritto nazionale impone al potere stesso. Sul fenomeno v. V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹⁵*Ibidem*, p. 10.

¹⁶J. DANAHER, *The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation*, in *Philosophy and Technology*, n. 3, vol. 29, 2016, p. 245 ss.

i suoi collaboratori¹⁷. Anche l'introduzione di macchine intelligenti nei processi produttivi pare determinare un'attenuazione della gerarchia piramidale dell'impresa, marginalizzando le necessità di esercizio del potere direttivo. D'altro canto, la valorizzazione delle competenze, tipica del capitalismo cognitivo¹⁸, responsabilizza la figura del lavoratore subordinato, coinvolgendolo nell'attuazione e progettazione del processo produttivo¹⁹.

Tuttavia, al di là delle apparenze, se si analizza la logica di funzionamento dei sistemi di automatizzazione, è possibile riconoscere che il *management* algoritmico si fonda su di un ragionamento prettamente inferenziale che presuppone l'elaborazione di grandi quantità di dati per poterne estrapolare di nuovi. Pertanto, il governo dell'impresa algoritmica si fonda su una stretta interazione fra organizzazione del processo produttivo, tecnologie digitali e individuo, dalla quale si origina un costante flusso di dati che viene incessantemente raccolto, catalogato e processato dagli algoritmi in tempo reale, al fine di indicare in tempo reale quale sia il comportamento da adottare in uno specifico momento, quale quello da correggere e quale, invece, da evitare. Questo costante e automatico aggiornamento dei flussi d'informazione espone il lavoratore ad un permanente stato di allerta circa il soddisfacimento delle indicazioni suggerite dall'algoritmo, che essendo per lo più inserite in un protocollo esecutivo rigido e standardizzato, risultano difficili da poter non seguire.

Inoltre, la necessità di raccogliere ed elaborare in modo continuativo dati per far funzionare i sistemi algoritmici, determina un forte ispessimento delle forme di esercizio del potere di controllo e supervisione²⁰. Si pensi al lavoro svolto con *app* digitali installate su *smartphone*, *tablet* o *pc*, che costituiscono una sorta di un *wearable computer* (un computer indossabile) che consente di dirigere a distanza il lavoratore ma anche conoscerne tutte

¹⁷ Questo vale anche per l'industria 4.0 che sembra rispondere allo schema del *network* collaborativo, su cui v. M. BARBERA, *Statuto, contesti organizzativi e lavori cinquant'anni dopo*, in RGL, 2020, p. 54, secondo cui: «le imprese, in questa prospettiva, dovrebbero andare oltre il rapporto di mercato e oltre il comando proprietario della conoscenza, rinunciando in parte alla leadership e imparando a gestire in modo condiviso le risorse dell'impresa».

¹⁸ Cfr. Y. BOUTANG, *Cognitive Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 2021.

¹⁹ Cfr. B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT", n. 439/2021 e riferimenti *ivi* contenuti.

²⁰ Si rinvia all'analisi di R. SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori*, in LG, 2021, p. 19 ss.

le attività tracciabili svolte da quest'ultimo. Il *software* è al contempo strumento di lavoro e sofisticato mezzo di raccolta, archiviazione ed elaborazioni di informazioni e dati personali, con una moltiplicazione delle possibilità di indirizzare il controllo non solo sulla prestazione ma anche sulla persona del lavoratore.

Inoltre, nello schema del *management* algoritmico si ravvisa un'inedita inversione del rapporto fra potere direttivo e potere di controllo²¹. Se nella struttura tradizionale si ravvisa una sovraordinazione (almeno logico-temporale) della direzione rispetto al controllo²² (avendo quest'ultimo ad oggetto la valutazione dell'esattezza dell'adempimento in conformità con le direttive impartite), nel *management* algoritmico, invece, si ravvisa un'inversione di termini: è l'esercizio stringente del potere di controllo che consente di immagazzinare i dati che permettono ai sistemi automatizzati di individuare le prerogative organizzative da eseguire, al netto delle fluttuazioni del mercato, delle necessità della clientela e della produttività dei lavoratori.

Tale inedita contaminazione fra potere direttivo e potere di controllo, che, come segnala un'accorta dottrina, potrebbe identificare anche una nuova figura di potere²³, segnala senza dubbio che i poteri imprenditoriali nella realtà digitale non si assottigliano né scompaiono ma semplicemente si trasformano, talvolta in chiave ampliativa²⁴, rendendo necessaria una riflessione sulla capacità dell'attuale regolamentazione ad affrontare la nuova realtà del potere.

Chiarita l'infondatezza della correlazione automazione-attenuazione del potere, occorre smentire anche la correlazione, che *prima facie* sembra essere iscritta *rerum natura*, fra l'automazione e impersonalità. L'algoritmo, in via esemplificativa, costituisce una sequenza procedimentale di elementi (parametri) che vengono combinati tra loro in modo tale da pervenire ad

²¹ Cfr. A. INGRAO, *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 147 ss.

²² Vedi per tutti B. VENEZIANI, *Art. 4*, in G. GIUGNI (diretto da), *Statuto dei lavoratori*, Commentario, Giuffrè, Milano, 1979, p. 18.

²³ Cfr. A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 313, che in tempi non sospetti già discorre di «potere informatico del datore di lavoro»; e L. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 251 che ravvisa una contaminazione fra potere direttivo e di controllo, tale da creare un potere autonomo, definito «potere di controllo direttivo».

²⁴ Ben sottolineata da A. ALOISI, V. DE STEFANO, *op. cit.*, p. 77 ss.; e J. PRASSL, *What if Your Boss was an Algorithm?*, in *CLL&PJ*, n. 41, vol. 1, 2019, p. 145.

un determinato esito²⁵. L'impersonalità non può caratterizzare in modo assoluto l'azione (né l'essenza) dell'algoritmo dal momento che per il suo funzionamento è sempre necessario l'intervento umano, chiamato a svolgere una pluralità di scelte puramente personali e soggettive: scegliere gli *input* da inserire, i parametri di riferimento, la combinazione fra quest'ultimi, gli eventuali correttivi e così via. Pertanto, anche nel caso della gestione algoritmica della forza lavoro, il potere organizzativo non è impersonale, essendo necessario l'impulso umano sia nell'attività di pre-impostazione dei parametri dell'algoritmo, sia (eventualmente) di personalizzazione e successiva rimodulazione di detti parametri.

Semmai, l'utilizzo di sistemi automatizzati induce a spostare l'attenzione dal momento decisorio-esecutivo a quello genetico della costruzione dell'algoritmo. In effetti, l'impiego della gestione algoritmica lungi dal determinare una soppressione della soggettività, si limita a trasferire quest'ultima "a monte", alla fase di costruzione dell'algoritmo. Non a caso, la narrazione della gestione algoritmica come un *management* più accurato, oggettivo e infallibile, esente da pregiudizi ed errori umani, è sconfessata da una pluralità di evidenze empiriche²⁶, che segnalano invece una pluralità di rischi, anche discriminatori, connessi alla gestione algoritmica (*infra*, par. 4).

Tuttavia, è innegabile che, a valle, decifrare l'esatto funzionamento di alcuni algoritmi, specie quelli dotati di capacità predittive, deduttive e di autoapprendimento, è particolarmente complesso, persino per lo stesso imprenditore che intende avvalersene²⁷. Tuttavia, seguendo un approccio

²⁵ Sul concetto di algoritmo v. C. TOFFALORI, *Algoritmi*, il Mulino, Bologna, 2015 e la definizione offerta dal Parlamento Europeo "Understanding algorithmic decision making: opportunities and challenges" del 5 marzo 2019, «*an algorithm is an unambiguous procedure to solve a problem or a class of problems. It is typically composed of a set of instructions or rules that take some input data and return outputs. As an example, a sorting algorithm can take a list of numbers and proceed iteratively, first extracting the largest element of the list, then the largest element of the rest of the list, and so on, until the list is empty*».

²⁶ Cfr. J. BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *BDS*, n. 1, 2016; V. DE STEFANO, "Negotiating the Algorithm", cit., spec. p. 27 ss.; N. LETTIERI, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Mucchi editore, Modena, 2020; M. OTTO, *Workforce Analytics v Fundamental Rights Protection in the EU in the Age of Big Data*, in *CLL&PJ*, n. 40, 2019, p. 393; e, con particolare riferimento all'impiego di algoritmi nel reclutamento del personale, R. VEDAPRADHA, R. HARIHARAN, R. SHIVAKAMI, *Artificial Intelligence: A Technological Prototype in Recruitment*, in *JSSM*, n. 12, vol. 3, 2019, p. 382 ss.; M. KULLMANN, *Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law*, in *IJCLIR*, n. 1, vol. 34, 2018, p. 8 ss.

²⁷ Prospettiva segnalata da G. GAUDIO, *op. ult. cit.*

orientato all’*accountability*, è evidente che a differenza di quanto accade per i lavoratori, la scelta (libera e consapevole) di avvalersi ugualmente di tali sistemi, nel prisma della libertà d’impresa, non esime l’impresa dalle responsabilità derivanti dall’uso di tali tecnologie.

In definitiva, l’artificializzazione del potere datoriale mediate la gestione algoritmica dei lavoratori, non pare determinare una reale dissociazione dei poteri datoriali, ripartiti fra datore e sistema algoritmico, essendo quest’ultimo nella disponibilità dell’imprenditore che intende avvalersene. Il potere datoriale, più che attenuarsi per mezzo dell’“esternalizzazione algoritmica”, si rinnova nelle forme e in alcuni casi nell’intensità, trovando nuove dimensioni e nuove modalità di espressione, di cui l’esempio social-tipico più immanente è costituito dalla realtà del lavoro tramite piattaforma, che costituisce un interessante *case study* del fenomeno.

3. L’“impresa algoritmica” della platform economy

La realtà del lavoro su piattaforma digitale²⁸ costituisce la più importante realtà di sperimentazione della gestione algoritmica d’impresa. Com’è noto il lavoro su piattaforma digitale, sia nelle forme del lavoro *via app* che del *crowdwork*, ha posto rilevanti questioni qualificatorie, in ordine anzitutto al ruolo da attribuire alla piattaforma digitale, che si è affacciata nell’economia digitale come un moderno e innovativo ‘marketplace’ virtuale del lavoro finalizzata ad adiuvarne l’incontro di domanda e offerta tra agenti economici autonomi e indipendenti. Tuttavia, l’analisi delle concrete modalità di funzionamento della maggior parte delle piattaforme di lavoro, sottoposte al vaglio della giurisprudenza internazionale²⁹, hanno progres-

²⁸La letteratura sul tema è ormai sconfinata. Senza pretesa di esaustività si veda C. DE MARCO, A. GARILLI, *L’enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in DML, 2021, p. 1 ss.; A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bologna, 2019; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT”, n. 410/2020; G. QUADRI, *Le collaborazioni organizzate dal committente come incerta linea di confine tra lavoro tutelato e lavoro non tutelato*, in MGL, 2020, p. 371 ss.; R. SANTUCCI, *Il lavoro tramite le piattaforme digitali: un nuovo fonte e una sfida per il diritto del lavoro*, in FDU, 2021, p. 9 ss.

²⁹Per una ricostruzione dei percorsi giurisprudenziali – nazionali e non – sul lavoro tramite piattaforma sia consentito il rinvio, anche per i riferimenti, a P. DE PETRIS, *Le tortuose prospettive di tutela del lavoro on-demand*, in MGL, n. 4, 2020, p. 829 ss.

sivamente smentito l'idea secondo cui le piattaforme di lavoro digitale si limitano ad assumere un ruolo di mera intermediazione fra domanda e offerta di servizi, assumendo invece le vesti di imprese che erogano un determinato servizio, esercitando a tal fine «una funzione tipicamente imprenditoriale e produttiva e, quindi di utilizzatore del lavoro altrui (come datore di lavoro o come committente)»³⁰.

Nella plurale e cangiante realtà del lavoro su piattaforma digitale³¹ è possibile isolare delle costanti di riferimento, principalmente costituite da: a) governo organizzativo unilaterale; e b) gestione algoritmica dell'attività e della forza lavoro.

Con riferimento al primo, infatti, è possibile sottolineare che sin dal momento dell'iscrizione alla piattaforma, il lavoratore – seppur spesso inquadrato come lavoratore autonomo, libero di accettare o meno la *call* di lavoro – è inserito in una cornice organizzativa unilaterale, gestita esclusivamente dalla piattaforma digitale, che nell'imposizione di termini e condizioni generali del sito o del *software*, stabilisce regole unilaterali, non appellabili, che coinvolgono anche aspetti determinanti delle condizioni di lavoro, specialmente con riguardo ai tempi, ai compensi e al monitoraggio della performance del lavoratore/utente³².

Tale governo organizzativo unilaterale – che esprime la dipendenza (contrattuale, economica, informativa) del lavoratore dalla piattaforma – viene azionato e mosso dai sistemi di *management algoritmico*, che secondo il funzionamento sopra descritto, procedono al controllo, la direzione e l'organizzazione dei flussi di lavoro, continuamente monitorati in tempo reale per far fronte alle esigenze della clientela. Atteso che la gestione algo-

³⁰ Così A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 180. Il dibattito sull'inquadramento del lavoro *on demand* (almeno con riferimento al lavoro *via app*) come lavoro subordinato o come eterorganizzato ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 è notoriamente oggetto di dibattito, specie a partire dalla commentatissima Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, su cui si veda *almeno* il numero straordinario del *MGL*, n. 2, 2020 e di *LDE*, n. 1, 2020.

³¹ La realtà del lavoro su piattaforma, suscettibile di variare di piattaforma in piattaforma, è così vasta e variegata che non è possibile escludere che vi siano piattaforme che svolgono solo funzioni di intermediazione, senza esercitare nessuna ingerenza sui rapporti di lavoro. Ad esempio, la piattaforma *Foodraces* di consegna di pasti a domicilio si organizza come un mero intermediario facendo stipulare attraverso l'infrastruttura digitale contratti di trasporto dal fattorino al cliente che richiede la consegna a domicilio, cfr. D. GAROFALO, *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, in *LG*, n. 1, 2020, p. 5 ss., spec. p. 8.

³² Per un approfondimento v. A. DONINI, *op. cit.*

ritmica può comprendere più sistemi di vario ordine e grado di complessità, è possibile estrapolare alcune “costanti di funzionamento” nell’impiego del *management* algoritmico nel lavoro tramite piattaforma quali: a) prolifica raccolta di dati; b) reattività in tempo reale ai dati che informano le decisioni di gestione; c) processo decisionale automatizzato o semi-automatizzato; d) trasferimento delle valutazioni delle prestazioni a sistemi di rating o altre metriche; e) uso di “*nudges*” e sanzioni per incentivare indirettamente i comportamenti dei lavoratori³³.

Vi è da chiedersi se tali meccanismi di *management* algoritmico possano celare l’esercizio, in vesti atipiche, del potere datoriale e in caso di risposta affermativa quale sia l’impatto di quest’ultimi su ciascun elemento della triade del potere: il controllo, la direzione e l’esercizio dell’azione disciplinare.

4. (Segue). Lavoro su piattaforma, nuove fenomenologie di potere e rischi di abusi

Nell’analizzare la sussistenza di meccanismi (atipici) di esercizio dei (tipici) poteri datoriali nel lavoro su piattaforma, vista la già sottolineata inversione del rapporto fra potere direttivo e potere di controllo, pare opportuno prendere le mosse da quest’ultimo.

Nell’impresa-piattaforma, il potere di controllo informatizzato è, di regola, molto esteso e pervasivo, collocandosi al centro della struttura organizzativa della piattaforma³⁴. In effetti, l’offerta del servizio *just in time* necessita di un monitoraggio continuo delle richieste dell’utenza e dell’attività dei lavoratori, anche per mezzo di previsioni algoritmiche, così da realizzare l’ottimale incontro fra domanda e offerta di lavoro in tempo reale. Nel lavoro tramite *app* digitali, grazie ai sistemi digitali altamente pervasivi, come il tracciamento GPS o sistemi di riconoscimento facciale, si realizza una inscindibile sovrapposizione tra controllo sull’organizzazione aziendale e controllo sull’attività lavorativa³⁵.

³³ A. MATEESCU, A. NGUYEN, *Algorithmic Management in the Workplace*, cit., p. 3 ss.

³⁴ Finendo per assumere un rilievo strutturale come segnala S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, Roma, 2019.

³⁵ Sull’invasività del controllo a distanza nella *gig economy* si veda, in particolare, A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari, 2018, p. 68 ss. Sulla confusione fra controllo dell’attività aziendale e con-

A queste forme di controllo più tradizionale si aggiunge il *rating* reputazionale, strumento realmente innovativo nell'esercizio del potere di controllo. Al termine di ogni singola micro-prestazione, i clienti sono chiamati ad esprimere, per lo più con un punteggio numerico, il proprio giudizio sul servizio o l'opera realizzata, in una dimensione non più generica e occasionale ma personalizzata e strutturale, che, se rafforza la posizione contrattuale dell'utente-consumatore finale, indebolisce d'altro canto quella del lavoratore³⁶.

L'insieme delle valutazioni dei clienti alimenta un preciso meccanismo di classificazione reputazionale che esprime, ancora una volta in punteggio numerico, il rendimento complessivo di ogni prestatore iscritto alla piattaforma. Tale sistema, dunque, soddisfa contemporaneamente due esigenze: la garanzia della qualità del servizio e il controllo e la valutazione (costante) della *performance* del lavoratore³⁷. Come garanzia di qualità, infatti, le piattaforme di regola riservano le offerte di lavoro ai soli utenti che presentano un giudizio reputazionale medio-alto e in taluni casi, vista l'estrema pressione concorrenziale, solo a quei lavoratori che presentano un punteggio d'eccellenza. Pertanto, il possesso di un alto punteggio reputazionale è necessario sia per conquistare la fiducia dei futuri committenti, sia per accedere materialmente alle occasioni di lavoro, che aumentano in maniera proporzionale alla reputazione dell'identità digitale del prestatore, che a questo punto assurge a nuova misura del valore del lavoratore all'interno del mercato *online*.

Le statistiche reputazionali provenienti dagli utenti vengono poi immagazzinate dall'algoritmo e processate insieme ad altri dati che vengono direttamente tracciati dal *software* installato sull'*app*, quali il tasso di assen-

trollo della prestazione di lavoro digitale v. P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in ID. (a cura di), *Web e lavoro*, cit., pp. 3 ss., spec. 18.

³⁶Discorrono di "dittatura della clientela". G. CENTAMORE, L. RATTI, *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro*, cit., p. 671. Per un *focus* v. anche G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza*, in LLI, n. 3, 2017, p. 1 ss.

³⁷Cfr. G. BIRGILLITO, M. BIRGILLITO, *Algorithms and ratings: tools to manage labour relations. Proposals to renegotiate labour conditions for platform drivers*, in LLI, n. 2, vol. 4, 2018; A. TOPO, *Automatic management, reputazione del lavoratore*, cit., p. 453 ss.; V. NUZZO, *Customer satisfaction e contratto di lavoro subordinato*, in DLRI, n. 1, 2020, p. 27 ss.

teismo e revoca della disponibilità, la velocità nell’acceptare le *call*, la disponibilità nel prenotarsi per gli *slot* di lavoro, il completamento degli ordini, la permanenza all’interno della mappa durante le ore di disponibilità, ecc.³⁸. L’integrazione di tutti questi dati forma il punteggio reputazionale del lavoratore e consacra il *rating* reputazionale in uno strumento di controllo tipicamente “interno”, atto a verificare la corretta esecuzione del servizio, secondo gli *standard* qualitativi pre-impostati nell’algoritmo dall’impresa-piattaforma.

Le problematiche poste dall’impiego dei sistemi di *rating* sono molteplici. L’“esternalizzazione” del controllo alla clientela pone un problema circa la verifica dell’affidabilità dei giudizi espressi, in cui potrebbero annidarsi errori, pregiudizi o semplicemente giudizi che nulla hanno a che fare con la diligenza della prestazione. Il rischio si amplifica poi nelle piattaforme che utilizzano algoritmi programmati per dare maggior rilievo alle recensioni negative rispetto ai *feedback* positivi³⁹. A differenza delle forme di controllo tradizionali, il datore non esegue materialmente il controllo, tramite personale dirigente o del personale di vigilanza, ma si affida ai personali giudizi della clientela, che vengono poi elaborati insieme alle statistiche interne stilate dall’algoritmo, con un’ulteriore amplificazione dell’oscurità di utilizzo dei dati prodotti dal controllo capillare. Il lavoratore, infatti, non è messo nelle condizioni di partecipare al processo di *rating* né di aver conoscenza dell’effettivo funzionamento dell’algoritmo che si occupa di stilarlo. Talora, nelle condizioni generali del servizio non viene consentita neppure la portabilità del *rating* da una piattaforma all’altra, rendendo evidenti i rischi di abusi connessi all’utilizzo di questo inedito strumento di controllo a distanza permanente.

Ma il *rating* reputazionale è strumento polifunzionale e risulta strumento necessario anche per l’organizzazione e la direzione dei flussi di lavoro. Veniamo così all’impatto sul potere direttivo.

Nell’impresa-piattaforma non si ravvisa una immediata gerarchia verticistica, fondata su vincoli prescrittivi e formali obblighi di obbedienza.

³⁸ Per esempio, l’algoritmo della piattaforma Uber, controlla i movimenti dei conducenti tramite la rilevazione GPS, estrapola e immagazzina dati comportamentali come il tasso di attività lavorativa, la velocità, le abitudini di frenata. Vedi lo studio condotto da A. ROSENBLAT, L. STARK, *Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber’s Drivers*, in *IJC*, n. 10, vol. 27, 2016. Analogamente viene rilevato per la piattaforma Lyft da M.K. LEE, D. KUSBIT, E. METSKY, L. DABBISH, *Working with machines: The impact of algorithmic and data-driven management on human workers*, in *CS*, 2015, p. 1603 ss.

³⁹ Circostanza rilevata provvedimenti del Garante privacy 10 giugno 2021, n. 234, ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l.

Nella stragrande maggioranza dei casi il lavoratore è qualificato come *partner* indipendente, libero di scegliere quando connettersi alla piattaforma e decidere se e quando lavorare. Tuttavia, tale dichiarazione di libertà assoluta si relativizza man a mano che si analizza, in concreto, il modello organizzativo su cui si basa la maggior parte delle piattaforme digitali.

Infatti, grazie al controllo capillare svolto dalla gestione automatizzata, la piattaforma può organizzare il servizio secondo un rigido “apparato di produttività” che si manifesta in rigidi *standard* qualitativi che, manifestazione del tipico interesse datoriale all’efficiente funzionamento dell’organizzazione produttiva, devono necessariamente essere soddisfatti per poter continuare a collaborare con la piattaforma. Altrimenti, data l’estrema pressione concorrenziale presente nel mercato, l’offerta di lavoro verrà immediatamente indirizzata verso tutti i lavoratori “di riserva” che attendono di aumentare il proprio punteggio reputazionale.

Sicché, anziché in direttive cogenti, la direzione nel lavoro su piattaforma si annida nella stringente pianificazione dell’intera architettura delle attività e dei “passaggi” esecutivi da effettuare nell’infrastruttura digitale. Il ricorso all’obbligatorietà della prestazione e a direttive specifiche e cogenti risulta superfluo se l’organizzazione d’impresa dispone di dettagliatissime procedure “abilitanti”, necessarie cioè all’accesso al passaggio successivo e in generale al raggiungimento di un determinato risultato. L’utilizzo di sistemi di gestione algoritmica e l’assenza di una struttura verticistica allora non paiono *di per sé* elementi idonei a far evaporare il potere direttivo, essenzialmente inteso come lo strumento con cui si realizza l’organizzazione del lavoro nell’impresa⁴⁰, rispetto alla quale il lavoratore non possiede alcun potere di governo.

Il potere direttivo transita dalla dimensione della cogenza a quella della persuasione, si annida nella costruzione di una rigida architettura organizzativa, fondata su meccanismi più induttivi che impositivi, volta ad ottenere uno spontaneo adeguamento del lavoratore al risultato pianificato dall’algoritmo e utile all’organizzazione dell’impresa-piattaforma, rendendo non necessario il ricorso alle tradizionali forme del potere di etero-direzione e, dunque, alla stipulazione di un contratto con vincolo di subordinazione⁴¹.

⁴⁰ Vedi per tutti A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in RIDL, 2015, p. 83 ss.

⁴¹ Cfr. P. TULLINI, *Retrospettiva sul potere*, cit., p. 439 ss., che a partire da tale constatazione riconosce all’enigmatico art. 2, d.lgs. n. 81/2015 la funzione di prefigurare un nuovo modo di lavorare nell’impresa “dove non occorre l’esplicito riconoscimento di una relazione di autorità, gerarchica e personale, quale meccanismo ottimale per consentire al cre-

Anche perché quando non è spontaneo l'adeguamento può essere ottenuto con l'utilizzo di meccanismi premiali di *soft power*⁴² o, alle strette, con meccanismi punitivi.

Veniamo così al versante del potere disciplinare.

Gli algoritmi di gestione della forza lavoro possono essere programmati per applicare delle sanzioni atipiche che vanno dal mancato pagamento del compenso, alla riduzione delle offerte di lavoro e fino alla disattivazione automatica degli *account* dei lavoratori. L'algoritmo, stabilite le coordinate del comportamento ammesso, è in grado di identificare le infrazioni alla regola ed eseguire il precetto, integrando l'esercizio di attività prettamente disciplinari. Anche in quest'area, il *rating* reputazionale gioca un ruolo chiave. Infatti, se la distribuzione delle occasioni di lavoro è basata sul punteggio reputazionale, è giocoforza che al lavoratore che non soddisfa gli standard "suggeriti" dall'algoritmo saranno riservati accessi marginali alle occasioni di lavoro, con un impatto evidente sul livello di retribuzione. Sicché il disallineamento della condotta del lavoratore rispetto ai parametri direttivi imposti dall'algoritmo espone il lavoratore a forme atipiche di sanzioni che, sembrano vagamente ricordare la multa (decurtazioni dalla paga), la sospensione dal lavoro (impossibilità di prenotarsi agli slot di lavoro) e persino il licenziamento (disattivazione *account*)⁴³. Le "sanzioni" comminate dall'algoritmo al lavoratore ritenuto improduttivo sono affrancate da un giudizio di adeguatezza e proporzionalità e prescindono dal rispetto del contraddittorio. Ad esempio, al lavoratore che per recensioni negative subisce una retrocessione nel *rating* reputazionale sarà *tout court* impedito di accedere alle occasioni di lavoro migliori e più remunerate, senza che egli possa esercitare alcun potere di contestazione o di giustificazione al riguardo. Ne risulta un ampliamento del potere di azione disciplinare⁴⁴, grazie a meccanismi in grado di superare gli spazi fisici e il tempo materiale ti-

ditore di appropriarsi delle utilità della prestazione e ottenere una condotta esattamente conforme".

⁴² Si pensi alla prassi di *gamification*, ossia di introduzione nella gestione del rapporto di lavoro di elementi di gioco (punteggi, graduatorie, ricompense) per aumentare la produttività. Cfr. J. SCHOBIN, A.C. TOMAZIC, *The digital gamification of labour: a new form of labour process regulation?*, in *IJWI*, n. 4, vol. 2, 2020, p. 308 ss.

⁴³ Sulla disattivazione dell'*account* alla stregua d'un vero e proprio licenziamento del lavoratore s'è da subito espresso G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *MCR*, 2015, p. 254 ss.

⁴⁴ Cfr. A. CONSIGLIO, *Il lavoro nella digital economy: prospettive su una subordinazione inedita?*, in *LLI*, n. 1, vol. 4, 2018, p. 80 ss.

pici dell'attività disciplinare, grazie ad un'impensabile mole di dati che viene facilmente e rapidamente elaborata dall'algoritmo.

Le nuove manifestazioni del potere datoriale nel lavoro su piattaforma sono ravvisate anche da una parte della giurisprudenza nazionale, che, per effetto di tale constatazione, ha riconosciuto la subordinazione dei lavoratori digitali nei confronti dell'impresa-piattaforma.

È quanto affermato, con riferimento alla piattaforma Glovo, dal Tribunale di Palermo con sentenza del 24 novembre 2020⁴⁵. La decisione è fondamentale non solo perché rappresenta la prima pronuncia nazionale a favore della subordinazione dei *riders*, ma perché, analizzando in modo estremamente dettagliato l'organizzazione del lavoro sulla piattaforma, riconosce che il sistema algoritmico di pianificazione, distribuzione e gestione dei flussi di lavoro copre, di fatto, ogni aspetto della realizzazione della prestazione, integrando così nuove manifestazioni atipiche dei poteri datoriali. Tra queste, in particolare, v'è la disconnessione dell'*account* che viene qualificata come forma atipica di licenziamento, dichiarato illegittimo nel caso di specie, sia perché non intimato in forma scritta, sia perché ritorsivo, in quanto adottato immediatamente dopo che il lavoratore aveva intrapreso una serie di rivendicazioni di natura sindacale. Il Tribunale riconosce il vincolo di subordinazione perché, osserva, che da un lato il *rider* è assoggettato a poteri direttivi, di controllo e disciplinari atipici (mascherati cioè da sistemi di gestione automatizzata del personale, il cui funzionamento è ignoto ai lavoratori); e dall'altro la tanto esaltata libertà del *rider* di scegliere se e quando lavorare «*non è reale, ma solo apparente e fittizia, poiché, il lavoratore può scegliere di prenotarsi per i turni che la piattaforma (e quindi il datore di lavoro che ne è titolare o ne ha il controllo) mette a sua disposizione in ragione del suo punteggio*».

Ad analoghe conclusioni pervengono i Tribunali di Torino, con sentenza del 18 novembre 2021⁴⁶, e di Milano, con sentenza del 20 aprile 2022⁴⁷, rispettivamente alle piattaforme Uber Eats e Deliveroo. Entrambe le pro-

⁴⁵ Trib. Palermo 24 novembre 2020, su cui v. M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders*, in LLI, n. 6, vol. 2, 2020, p. 62 ss.; F. CARINCI, *L'ultima parola sui riders: sono lavoratori subordinati (Commento a Tribunale Palermo 24/11/2020)*, in LDE, 2021, I, 3; A. SCELSI, *Una nuova onomastica digitale per i poteri del datore di lavoro*, in Labor, 2021, p. 343 ss.

⁴⁶ Trib. Torino 18 novembre 2021, in *Igiuslavorista.it*, con nota di S. APA, *Riders e piattaforme digitali: riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato*.

⁴⁷ Trib. Milano 20 aprile 2022, n. 1018.

nunche ravvisano nei sistemi di gestione algoritmica nuove forme di estrinsecazione del potere datoriale. In particolare, si sottolinea che l’utilizzo di un sistema di penalizzazione automatizzato, consistente nella decurtazione del punteggio reputazionale in caso di ritardi nella consegna o mancata disponibilità nei turni ad alta domanda⁴⁸, costituisce non solo un’insolita espressione del potere disciplinare ma soprattutto è espressione del potere direttivo esercitato dall’impresa-piattaforma. Se la piattaforma, tramite l’algoritmo, «*stabilisce che l’unico modo per prenotare le sessioni di lavoro più comode e vantaggiose è quello di adottare determinati comportamenti prestazionali che garantiscono il raggiungimento di un punteggio reputazionale prestabilito, allora quei comportamenti risultano di fatto etero-diretti se non addirittura imposti dal datore*» (Trib. Milano 20 aprile 2022, n. 1018, par. 7.3).

Alla luce di ciò pare allora necessario coltivare la prospettiva di un ripensamento del vincolo di subordinazione, come suggerito da recenti esperienze straniere e sovranazionali⁴⁹, alla luce della “subordinazione digitale”, intesa *anche* come assoggettamento alla procedura informatica standardizzata nella successione di necessari passaggi progressivi, supportati da meccanismi impositivo-induttivi.

Tuttavia, l’intensità e la pervasività del potere algoritmico, capace di ledere la dignità e libertà della persona che lavora, inducono *anche* a riflettere sull’introduzione di rimedi universali, applicabili anche oltre i confini della subordinazione, così da contrastare anche la «*tendenza del tecno-potere a sottrarsi al circuito classico della qualificazione giuridica*»⁵⁰.

⁴⁸ Circostanza accertata dal Trib. di Milano, cit., par. 5.2.

⁴⁹ Ci si riferisce alla presunzione di subordinazione introdotta nell’ordinamento spagnolo dal Real Decreto-Ley 9/2021, BOE, 12 de mayo 2021, a favore dei *gig workers* sottoposti all’esercizio del potere algoritmico «de forma directa, indirecta o implícita»; nonché alla Proposta di direttiva europea del 9 dicembre 2021, che introduce per i lavoratori su piattaforma digitale una presunzione *relativa* di subordinazione in presenza di alcuni criteri sintomatici dell’interferenza della piattaforma (determinazione unilaterale del compenso, imposizione di specifici comportamenti, supervisione e controllo, potere sanzionatorio). Cfr. M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in LLI, n. 7, vol. 2, 2021, p. 3 ss.

⁵⁰ P. TULLINI, *La questione del potere nell’impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo*, in LD, 2021, p. 439.

5. *Gli strumenti di contrasto all'abuso del potere algoritmico: la tutela antidiscriminatoria*

È fatto noto che anche nei meccanismi di gestione automatizzata della forza lavoro possano serpeggiare le discriminazioni, nell'accesso, esecuzione e cessazione del rapporto di lavoro⁵¹. Dietro lo schermo di apparente neutralità degli avanzati algoritmi gestionali si celano nuovi e più insidiosi canali di diffusione della discriminazione, che, inserita in meccanismi poco chiari e ancor meno trasparenti, risulta più difficile da prevenire, individuare, controllare e sanzionare.

In effetti, dato il funzionamento del *management* algoritmo, è sufficiente l'introduzione di un dato o di un parametro distorto per realizzare una incontrollabile spirale di propagazione del pregiudizio, che potrebbe riversarsi sulla decisione finale dell'algoritmo, perpetrando così una vera e propria discriminazione⁵², che chiama il diritto antidiscriminatorio ad affrontare anche questa nuova realtà del fenomeno discriminatorio.

Le risorse del diritto antidiscriminatorio sembrano all'altezza di tale sfida. Il contrasto alle discriminazioni non a caso ha rappresentato il primo "attrezzo" giuridico per aprire le c.d. *black box*⁵³ degli algoritmi gestionali e verificare se e come la gestione automatizzata determinasse abusi o violazioni dei diritti fondamentali dei lavoratori coinvolti nel processo decisio-

⁵¹ Per un riferimento agli studi internazionali sulle discriminazioni da algoritmo (in generale e con specifico riferimento al lavoro su piattaforma) sia consentito l'invio a P. DE PETRIS, *Le discriminazioni da algoritmo nella gig economy*, in *ADL*, n. 4, 2020, p. 889 ss.; e ID., *La tutela contro le discriminazioni dei lavoratori tramite piattaforma digitale*, n. 2, 2020, in *Dirittifondamentali.it*, p. 1099 ss. Sul tema in generale si veda C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. ALESSI, M. BARBERA L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro*, cit., p. 686; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *LLI*, vol. 7, n. 1, 2021, p. 1 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, n. 1, 2021, p. 104 ss.; M. BIASI, *L'algoritmo di Deliveroo sotto la lente del diritto antidiscriminatorio ... e del relativo apparato rimediale*, in *ADL*, n. 3, 2021, p. 780 ss.; G. CENTAMORE, L. RATTI, *Oltre il dilemma qualificatorio*, cit.; A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, n. 1, 2020, p. 7 ss.

⁵² Anche l'analisi automatizzata dei dati dei lavoratori può condurre a nuove espressioni della discriminazione come nel caso delle "classificazioni pregiudizievoli", ossia classificazioni che sistematicamente seguono linee di discriminazioni di genere, di razza e di altri fattori protetti, evidenziate da P.T. KIM, *Data-Driven Discrimination at Work*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. 58, n. 3, 2017, p. 857 ss.

⁵³ Cfr. F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 2015.

nale automatizzato; il che rende il diritto antidiscriminatorio uno dei principali argini regolativi all'abuso di potere algoritmico da parte dell'impresa digitalizzata⁵⁴.

Tale circostanza si deve anzitutto alla fisiologica attitudine del diritto antidiscriminatorio⁵⁵ a colpire «condotte atipiche, anche di tipo strutturale o sistemico»⁵⁶, oltreché alla sua vocazione universale che traina la progressiva forza espansiva della tutela anche oltre il vincolo di subordinazione⁵⁷, adattandosi perfettamente alla fisionomia, astratta e non intenzionale, del potere artificializzato dell'impresa digitale. Infatti, è evidente che il divieto di discriminazioni ben può applicarsi anche nei confronti delle discriminazioni prodotte da sistemi di intelligenza artificiale, stante il carattere oggettivo della discriminazione, che libera la vittima del trattamento discriminatorio dall'ardua prova della sussistenza dell'*animus nocendi* in capo all'autore del comportamento.

Inoltre, com'è noto, la protezione antidiscriminatoria si attiva anche quando la disparità di trattamento è solo potenziale e ciò consente di colpire i meccanismi discriminatori a prescindere dall'effettiva realizzazione della disparità. Infine, è soprattutto il regime agevolato dei carichi probatori⁵⁸ a costituire uno strumento particolarmente valido per il contrasto

⁵⁴ D'altronde le potenzialità del diritto antidiscriminatorio come anticorpo regolativo all'opacità algoritmica sono confermate dall'utilizzo strategico che ne è stato fatto dal sindacato, come precisa arma di lotta sindacale. Cfr. Trib. Palermo 12 aprile 2021, in *ADL*, n. 4, 2021, p. 1081, con nota di P. IERVOLINO, *Quando le convinzioni personali del rider condizionano la prosecuzione del rapporto di lavoro*; App. Palermo, 23 settembre 2021, in *ADL*, n. 2, 2022, con nota di C. VALENTI, *Le discriminazioni per "convinzioni personali" nel settore del food-delivery: quando l'imposizione forzata del CCNL diventa atto coercitivo del dissenso sindacale*; e soprattutto Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, *infra*.

⁵⁵ Vedi per tutti M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 2019; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni interesse e tutele*, Cedam, Padova, 2010.

⁵⁶ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., p. 9.

⁵⁷ Un'esplicita tutela antidiscriminatoria a favore dei *riders* autonomi viene riconosciuta all'art. 47-*quinquies*, d.lgs. n. 81/2015, con l'importante precisazione che l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate. Lo sforzo legislativo è da accogliere con favore, tuttavia tale prescrizione è limitata sotto molteplici aspetti. Oltre all'ambito di applicazione soggettivo assai ristretto, incapace di ricomprendere la vasta gamma di lavoratori su piattaforma, è limitato anche dal punto di vista oggettivo, limitandosi a vietare solo uno dei fattori di abuso del *rating* reputazionale, la penalizzazione per rifiuto della chiamata.

⁵⁸ Sul tema si rinvia a R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere*

all'abuso di opacità algoritmica⁵⁹. Infatti, al lavoratore e alla lavoratrice vittime di discriminazione è richiesto di produrre elementi di fatto idonei a fondare la presunzione dell'esistenza di atti o fatti discriminatori nella gestione algoritmica e sarà cura dell'impresa che si avvale di quest'ultima provare, a valle della comprensione del funzionamento dell'algoritmo, che non vi sia stata discriminazione o che sussista una causa di giustificazione.

Nel diritto antidiscriminatorio, dunque, l'opacità algoritmica gioca a discapito dell'impresa, il che rende il diritto antidiscriminatorio una risorsa particolarmente utile per la responsabilizzazione dell'impresa algoritmica. La Corte di Giustizia a partire dal caso *Danfoss*⁶⁰, in tema di rapporto tra trasparenza e prova della discriminazione, chiariva che qualora l'impresa dovesse adottare un sistema retributivo totalmente privo di trasparenza, incomberà completamente su quest'ultima l'onere di dimostrare che tale prassi non è discriminatoria. Per analogia si potrebbe allora ritenere che qualora il datore di lavoro faccia affidamento a meccanismi algoritmici totalmente privi di trasparenza, in presenza di una discriminazione generata da un oscuro meccanismo algoritmico, sarà la parte datoriale a dover dimostrare che in concreto l'algoritmo impiegato non ha attuato illecite disparità di trattamento e dunque, per non soccombere, dimostrare il concreto funzionamento dell'algoritmo.

La prospettiva di responsabilizzazione dell'impresa che utilizza i sistemi di gestione algoritmica è fondamentale al fine di inserire, già dal momento della creazione dell'algoritmo, gli opportuni correttivi, in grado di evitare la diffusione di discriminazioni.

Tale prospettiva è al centro della nota vicenda che ha coinvolto il Tribunale di Bologna⁶¹, che per la prima volta nel contenzioso europeo, ha

della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina, in *ADL*, 2015, p. 820 ss.

⁵⁹In generale, sulle potenzialità della disciplina probatoria del diritto del lavoro come strumento di contrasto all'oscurità dei sistemi di *algorithmic management* v. l'accurata analisi di G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali*, cit., p. 21 ss. e ID., *L'algorithmic management e il problema della opacità algoritmica nel diritto oggi vigente e nella Proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni dei lavoratori tramite piattaforma*, in *LDE*, vol. 1, 2022, p. 1 ss.

⁶⁰CGUE, 17 ottobre 1989 – C 109/88, reperibile in https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:cadc6e03-f086-4be3-82f1-5633543164ca.0005.03/DOC_2&format=PDF.

⁶¹Trib. Bologna 31 dicembre 2020, su cui vedi i commenti di M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., p. 1 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider*, cit., p. 104 ss.; M. BIASI, *L'algoritmo di Deliveroo*, cit., p. 780 ss.; A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica*, cit., p. 7 ss.

dichiarato la discriminatorietà di un algoritmo, in uso alla piattaforma *Deliveroo*. Stando alla ricostruzione del giudice di Bologna, l’algoritmo utilizzato (fino al 2 novembre 2020) dalla piattaforma era costruito in modo tale da discriminare ingiustificatamente i lavoratori che si assentavano per partecipare ad uno sciopero o per altre cause legittime come malattia, maternità, ecc. Infatti, l’algoritmo in questione era stato programmato per distribuire le offerte di lavoro in ragione del punteggio reputazionale del *rider*, essenzialmente basato su due indici: affidabilità e partecipazione. In tal modo il sistema organizzativo premiava i lavoratori più assidui e partecipativi e penalizzava, estromettendoli progressivamente dal ciclo produttivo, quelli che si assentavano, non ammettendo nessuna distinzione in vista della finalità dell’assenza, neppure quando essa coincideva con l’esercizio di diritti costituzionalmente garantiti. È proprio in questa programmata “incoscienza” (secondo la narrazione dell’impresa) o la “cecità” (secondo le parole organizzazioni sindacali ricorrenti) che si annida la discriminazione, qualificata dal Tribunale bolognese come una discriminazione indiretta, consistente nell’applicazione per l’accesso al lavoro di un criterio apparentemente neutro (la partecipazione e l’affidabilità del lavoratore) ma che penalizza oltremodo una categoria di lavoratori in svantaggio. Vengono rigettate le cause di giustificazione prodotte dalla società, per lo più ruotanti attorno all’impersonalità dell’algoritmo e all’esigenza di efficientamento produttivo, che difficilmente possono dirsi finalità fondate su ragioni obiettive, rispettose dei requisiti essenziali allo svolgimento dell’attività lavorativa, perseguite con mezzi appropriati e necessari⁶². Anzi, nel caso di specie, viene persino sconfessata la natura impersonale e inconsapevole della gestione algoritmica, dato che «quando vuole, la piattaforma può togliersi la benda che la rende “cieca” o “incosciente”»⁶³, predisponendo appositi correttivi volti a riequilibrare eventuali errori presenti nel sistema di rating e dunque nella distribuzione delle offerte di lavoro, come nelle ipotesi di malfunzionamenti del sistema o sinistri stradali, rispetto alle quali l’algoritmo era progettato per simulare la partecipazione del lavoratore e dunque non incidere sulla sua reputazione digitale.

Nella pronuncia in esame viene accertata la potenzialità discriminatoria che alberga nell’algoritmo *Frank*, ma non l’esatto meccanismo di funzionamento di quest’ultimo, su cui il contenzioso non riesce a far luce.

⁶² Cfr. M. BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARIUSO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., p. 59 ss.

⁶³ Trib. Bologna 31 dicembre 2020, cit.

L'imperscrutabilità degli algoritmi gestionali rischia di compromettere a priori la riconoscibilità della discriminazione, ostacolando l'intervento dell'apparato antidiscriminatorio. Pertanto, pare necessario riflettere su altri strumenti normativi di contrasto all'abuso algoritmico, volti anzitutto a perseguire una maggiore trasparenza della gestione automatizzata.

6. (Segue). *La tutela della privacy*

Nella disciplina (europea e nazionale) a tutela della *privacy* possono rinvenirsi principi e regole importanti per la tutela del lavoratore (autonomo e subordinato) assoggettato alla gestione algoritmica.

Come la tutela antidiscriminatoria, anche quella della *privacy* risponde ad una logica di *accountability*⁶⁴, di responsabilizzazione dell'impresa che si avvale della gestione algoritmica. Infatti, il Regolamento europeo per la protezione dei dati personali (General Data Protection Regulation n. 679/2016), da un lato stabilisce che l'impresa deve adottare misure tecnico-organizzative idonee alla salvaguardia dei dati personali, della trasparenza e correttezza del trattamento, nel rispetto dei criteri di *privacy by design* e *privacy by default* e valutazione preventiva dell'impatto del trattamento (art. 25 e 35 GDPR); dall'altro riconosce al titolare del trattamento precisi diritti di informazione preventiva (art. 13 GDPR) e diritti di accesso ai dati in corso di trattamento (art. 15 GDPR). A ciò si aggiunge la previsione dell'art. 22 GDPR che, al primo paragrafo, riconosce «*il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida significativamente sulla sua persona*». Anche se l'art. 22, par. 2, lett. a), esclude l'applicazione di tale principio ai casi in cui l'interessato presti il suo consenso e nella più ambigua ipotesi in cui il trattamento automatizzato sia necessario «*per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento*», pare comunque meritevole di tutela la previsione del principio generale. Anche perché, in ogni caso, al par. 3 l'art. 22 prevede l'obbligo di adottare di appropriate misure a tutela dei diritti e delle libertà dei legittimi interessi del destinatario del trattamento automatizzato. Quest'ultime devono essere idonee a garantire «*il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione*». Quindi, anche laddove

⁶⁴ Sul tema ampiamente A. INGRAO, *Il controllo a distanza*, cit., spec. p. 68 ss.

autorizzato, il trattamento automatizzato deve essere comunque assoggettato a misure idonee a tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell’interessato, almeno garantendo a quest’ultimo il diritto di esprimere la propria opinione, di contestare la decisione resa dall’algoritmo e di chiedere (ed ottenere) la revisione umana.

Si tratta, dunque, di garanzie importanti dal momento che, a monte, richiedono di uniformare l’universo informativo posto alla base del funzionamento dell’algoritmo a criteri di trasparenza, esattezza, accuratezza, minimizzazione dei dati, ecc.; e, a valle, riconoscono al lavoratore il diritto di essere informato sull’esistenza di un trattamento automatizzato, sulla *spiegazione*⁶⁵ del funzionamento e dell’influenza di quest’ultimo nella propria sfera giuridica, nonché il diritto all’intervento di correzione umano.

La centralità dei diritti in questione è già confermata dall’attuazione eseguita nel contenzioso nazionale⁶⁶: il diritto di accesso ex art. 15 del Regolamento è stato invocato dal lavoratore contro la piattaforma Glovo, nel caso che ha coinvolto il citato Tribunale di Palermo; e la compatibilità della gestione algoritmica delle piattaforme digitali con la normativa a tutela della privacy è stata vagliata da due recenti provvedimenti (di condanna) del Garante *privacy*⁶⁷. Secondo il Garante, al lavoro su piattaforma digitale è applicabile una delle esenzioni previste dall’art. 22 GDPR, essendo il trattamento automatizzato necessario per l’esecuzione di un contratto stipulato tra le parti. Tuttavia, in entrambi i casi si accerta la violazione dell’art.

⁶⁵ Non si ignora che la configurabilità di un autonomo diritto alla “spiegazione” sia oggetto di un acceso dibattito negli studiosi della disciplina della *privacy*. A favore di tale ricostruzione che ad avviso di chi scrive è preferibile v. E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell’algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in NLCC, n. 5, 2018, p. 1210 ss.; R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l’intelligenza artificiale. Potere decisionale dell’apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in CI, n. 3, 2019, p. 861 ss. In senso contrario, cfr. S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in IDPL, vol. 7, n. 2, 2017, p. 76 ss. Per una via intermedia, ossia sulla sussistenza di un diritto alla “leggibilità”, nel senso di possibilità di comprensione sul funzionamento v. G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in IDPL, vol. 7, n. 4, 2017, p. 243 ss.

⁶⁶ Come segnalato puntualmente da G. GAUDIO, *L’algorithmic management*, cit., spec. p. 7 ss.

⁶⁷ Garante privacy 10 giugno 2021, n. 234, ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l. e Garante privacy 22 luglio 2021, n. 285, ordinanza ingiunzione nei confronti di Deliveroo Italy s.r.l.

22, par. 3, non avendo la società provveduto ad attuare misure appropriate per “tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell’interessato, almeno il diritto di ottenere l’intervento umano [...], di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione”.

Nonostante l’importanza di tali garanzie, è tuttavia evidente che l’opacità che avvolge il funzionamento degli algoritmi compromette oltremodo l’effettività dei diritti in esame.

Nei sistemi che elaborano i big data e negli algoritmi dotati di capacità di autoapprendimento non è detto che siano necessariamente predefiniti gli obiettivi e le finalità raggiungibili, avendo quest’ultimi la capacità di «*sostituire alla consueta sequenza causa-effetto una più opaca e libera correlazione tra una pluralità di fattori o di variabili*»⁶⁸, rendendo non peregrina la possibilità di giungere a risultati inattesi. Tale circostanza, è evidente, depotenzia l’agibilità dei principi di limitazione della finalità, di esattezza, adeguatezza, pertinenza del trattamento e di minimizzazione dei dati personali, che sono al centro del Regolamento europeo.

È fondamentale allora riflettere su un *test* di trasparenza e leggibilità dell’algoritmo per controllare non solo il rispetto dei requisiti di correttezza e di genuinità nella raccolta dei dati ma soprattutto il metodo utilizzato per estrarre l’informazione alla base della decisione algoritmica. Tuttavia, la necessità di aprire le scatole nere degli algoritmi e scoprire il loro funzionamento si scontra con difficoltà tecniche (estrema complessità dell’operazione, riservata a personale altamente esperto) e giuridiche (le regole di funzionamento potrebbero essere coperte da segreto commerciale o protette da diritti di proprietà intellettuale), che rendono necessaria la predisposizione di ulteriori strumenti e tecniche normative.

7. (Segue). *Il diritto (in fieri) alla trasparenza algoritmica*

In tema di trasparenza algoritmica, alcune importanti prospettive regolative provengono dall’ordinamento europeo.

Anzitutto, la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’Intelligenza Artificiale del 21 aprile 2021, n. 206, classifica i sistemi di gestione automatizzata della forza lavoro come «*sistemi a rischio elevato*», data l’incidenza sui diritti fondamentali dei lavoratori, e li assoggetta a stringenti requisiti tecnici specifici

⁶⁸E. DAGNINO, *Dalla fisica all’algoritmo*, cit., p. 19.

ci per il produttore, quali l'utilizzo di *set* di dati di alta qualità, il miglioramento della tracciabilità e della condivisione con l'utente, la progettazione e l'attuazione di misure adeguate di sorveglianza umana e garanzia di più elevati standard in termini di robustezza, cybersicurezza e precisione, oltre che l'istituzione di uno specifico *sistema di gestione dei rischi*.

È evidente che si tratta di limitazioni minime e assai generiche, che difficilmente riescono a riequilibrare alla posizione di squilibrio del lavoratore assoggettato alla gestione algoritmica.

Rispetto a quest'ultima, indicazioni più specifiche si rinvencono nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali del 9 dicembre 2021 (COM/2021/762).

A differenza della direttiva europea n. 2019/1150 che si limita a promuovere la trasparenza dei termini e delle condizioni di lavoro (subordinato), anche se reso su piattaforma digitale, la nuova proposta di direttiva entra nel merito delle maggiori problematiche inerenti al lavoro su piattaforma, al fine di migliorarne le condizioni di lavoro secondo due direttrici fondamentali: a) la corretta qualificazione giuridica del rapporto di lavoro con le piattaforme digitali⁶⁹; e b) la promozione della trasparenza, equità e responsabilità nella gestione algoritmica del rapporto di lavoro mediante piattaforme digitali.

A questo secondo, ambizioso, obiettivo la proposta di direttiva dedica l'intero Capo III, che, nell'intento di promuovere un'equa gestione algoritmica, riconosce a *tutti* i lavoratori, anche a quelli genuinamente autonomi, alcune garanzie contro l'abuso (di potere) algoritmico.

Anzitutto, vengono ampliati e rafforzati, rispetto a quanto già previsto dal GDPR, i diritti di informazione preventiva. Secondo l'art. 6 della proposta di direttiva, infatti, «le informazioni da fornire comprendono le categorie di azioni monitorate, supervisionate e valutate (anche da parte dei clienti) e i principali parametri di cui tali sistemi tengono conto per le decisioni automatizzate», al netto dell'espresso divieto di trattare dati personali che non siano intrinsecamente connessi e strettamente necessari all'esecuzione del contratto di lavoro.

⁶⁹ Sulla già citata presunzione di subordinazione (*infra* nota 49) introdotta v. M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta*, cit., e V. FERRANTE, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT", n. 158/2022; F. PISANI, *La proposta di direttiva UE per i lavori delle piattaforme digitali e il Real Decreto-Ley 9/2021 spagnolo*, in LPO, 2022, p. 72 ss.

Tale innovativo “diritto alla trasparenza algoritmica” viene supportato dall’obbligo (ex artt. 7 e 8), in capo alle piattaforme digitali: a) di assicurare periodicamente un monitoraggio umano dei sistemi automatizzati, volto anche a valutare i rischi che l’uso dei sistemi algoritmici produce sulla sicurezza e la salute dei lavoratori; e b) di predisporre strumenti appropriati per la contestazione e il riesame della decisione automatizzata «*che incida significativamente sulle loro condizioni di lavoro*», con l’obbligo di predisporre una motivazione scritta per qualsiasi decisione di limitare, sospendere o chiudere l’*account* del lavoratore o di non retribuire il lavoro svolto. Infine, all’art. 9, accanto alla tutela individuale della trasparenza algoritmica, si riconoscono anche di diritti collettivi in materia di informazione e consultazione sulle modifiche sostanziali relative all’uso di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, nell’intento di promuovere il dialogo sociale sulla gestione algoritmica.

Se dovesse essere confermata, la disciplina contenuta nella proposta di direttiva introdurrebbe senz’altro garanzie importanti. Tuttavia, è doveroso sottolineare che essa costituisce una risposta parziale al problema del *management* algoritmico, perché il suo ambito di applicazione si limita solo al lavoro tramite piattaforma digitale (che è una realtà consolidata del *management* algoritmico ma non è la sola), peraltro solo per quelle piattaforme che organizzano il lavoro nell’Unione, a prescindere dal luogo di stabilimento, escludendo tutte le piattaforme stabilite in Europa ma che organizzano il lavoro al di fuori dei confini europei (circostanza molto frequente nel *crowdwork*).

Effettivamente i problemi posti dall’uso della gestione algoritmica in imprese caratterizzate da sempre maggiore transnazionalità, richiede un approccio di più ampio respiro, che in chiave universalistica, riconosca alcuni diritti (digitali) di nuova generazione, atti a tutelare la dignità e libertà della persona che lavora da prassi arbitrarie e abusive, celate dietro all’oscuità algoritmica.

8. Prospettive di limitazione del tecno-potere secondo un collective e human right compliant approach

Si è dunque visto che nell’era digitale si innovano e mutano le modalità di espressione dei poteri datoriali, delle tecniche di coordinamento e di organizzazione del lavoro. Invece, non pare realizzarsi una vera e propria rarefazione dell’impresa o della figura datoriale. La gestione algoritmica non

altera la natura del potere e spesso non attenua neppure l'intensità di quest'ultimo, né tantomeno essa può attenuare la responsabilità derivante dall'utilizzo dello stesso⁷⁰. Se l'algoritmo diviene lo strumento con cui si realizza l'organizzazione del lavoro nell'impresa, è chiaro che sarà colui che decide di utilizzarlo a divenire il titolare dell'organizzazione e dunque dell'impresa.

Sicché, l'utilizzo del tecno-potere non produce un impatto destrutturante sulla figura datoriale ma piuttosto sulla morfologia del suo potere. In altre parole, l'automazione manageriale si limita ad esacerbare la tendenza, già avviata negli ultimi decenni coi processi di disintegrazione dell'impresa, di esercitare il potere in forma mediata e indiretta, senza mutarne l'essenza e la capacità di produrre posizioni asimmetriche nei rapporti di lavoro.

La realtà del lavoro su piattaforma costituisce un ottimo laboratorio di osservazione delle trasformazioni che investono, nelle forme e nelle modalità, il potere datoriale. Fra quest'ultime spicca l'utilizzo di sistemi di profilazione reputazionale che si rivelano strumenti polifunzionali di sintesi e perfetta commistione fra tutti e tre i poteri datoriali.

Le nuove manifestazioni del potere datoriale rendono necessaria una riflessione sugli anticorpi regolativi atti a contrastare l'abuso del potere schermato dietro l'algoritmo. Si è sottolineato a tal fine il ruolo centrale rivestito dal diritto antidiscriminatorio, dalle regole a tutela della *privacy* e, sebbene la loro limitatezza soggettiva, delle nuove prospettive regolative europee sulla trasparenza algoritmica.

Tuttavia, affinché tali garanzie non restino lettera morta, è necessario riflettere su una regolamentazione generale (e auspicabilmente sovranazionale) degli algoritmi, secondo un approccio *human rights compliant*⁷¹, rispettoso dei diritti fondamentali della persona (che lavora ed è) coinvolta nel processo decisionale algoritmico, il cui funzionamento deve essere reso conoscibile, controllabile e contestabile a partire dalla sua costruzione. Dai diritti di informazione già sanciti dal GDPR potrebbe ricavarsi un autono-

⁷⁰ Non si può che far valere quel principio, di matrice civilistica, di inseparabilità, nel rapporto, fra potere di gestione e responsabilità, per cui chi esercita un determinato potere, non può che esser chiamato a rispondere delle conseguenze scaturite da predetto esercizio. Cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, Torino, 2010.

⁷¹ Cfr. Council of Europe, *Algorithms and Human Right, Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, 2018; ILO, *Global Commission of the Future of Work, Work for a Brighter Future of Work*, 2019, p. 43, che sottolinea la necessità di un «*use of technology in support of decent work and a "human-in-command" approach to technology*».

mo *diritto alla leggibilità* dell'algoritmo, già definita dalla letteratura straniera, come «*the capability of individuals to autonomously understand data and analytics algorithms, with a concrete comprehension of methods and data used*»⁷².

Perseguire la leggibilità dell'algoritmo è necessario per tutelare i diritti fondamentali della società digitale e, a dispetto della narrazione deterministica sull'impossibilità di governare il potere algoritmico, non è un'impresa impossibile da realizzare. La dottrina sta riflettendo sulla configurabilità di un *test* empirico di leggibilità dell'algoritmo strutturato in due parti, inerenti: a) al funzionamento dell'algoritmo e la logica utilizzata; e b) alla concreta incidenza sul processo decisionale⁷³. Sicché, in una prospettiva di *leggibilità by design* (fin dalla progettazione) e *by default* (per impostazione predefinita) dell'algoritmo, dovrebbe essere disposto un obbligo generale di comunicazione dei principali parametri algoritmici (e del loro rilievo nel processo decisionale) che influenzano le condizioni di lavoro, anzitutto con riferimento al *rating* reputazionale. A tale garanzia va poi abbinata quella di "reversibilità" della decisione algoritmica, garantita dalla sorveglianza e dall'intervento di personale umano, che all'occorrenza intervenga a sostituire, correggere o annullare, la decisione errata o ingiusta dell'algoritmo.

A tal fine è cruciale la valorizzazione (non solo formale⁷⁴) del ruolo delle parti sociali, in una logica di «*democratic accountability*»⁷⁵. Si è sottolineato che la proposta di direttiva europea promuove, timidamente, diritti di informazione anche per «*i rappresentanti dei lavoratori*». Al di là della formula infelice "rappresentanti dei lavoratori", che potrebbe creare perplessità⁷⁶, la proposta di direttiva pare suggerire una logica di fungibilità dei diritti collettivi con quelli individuali (l'art. 9, par. 1 stabilisce che in mancanza dei rappresentanti, i diritti di informazione siano direttamente attribuiti ai lavoratori). Viceversa, va valorizzata l'autonomia di specifici di-

⁷²R. MORTIER, H. HADDADI, T. HENDERSON, D. MCAULEY, J. CROWCROFT, *Human Data Interaction: The Human Face of the Data-Driven Society*, in *MIT Technology Review*, 2014, p. 5.

⁷³G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Why a Right to Legibility*, cit., p. 250 ss.

⁷⁴Il ruolo delle parti sociali è definito un «fattore cruciale» per la declinazione antropocentrica dell'intelligenza artificiale dal Libro Bianco sull'intelligenza artificiale, cit., p. 7.

⁷⁵Come segnala l'ILO, *Global Commission of the Future of Work, Work for a Brighter Future of Work*, cit.

⁷⁶Le sottolinea P. TOSI, *Rider, un primo commento alla proposta di direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro*, in *GL*, 2021, p. 44 ss.

ritti collettivi di informazione e consultazione in merito al *management* algoritmico, nella consapevolezza che, date le asimmetrie informative e gli squilibri di potere nella relazione di lavoro, le sole tecniche di tutela individuale possono inefficaci.

Si potrebbe dunque seguire l’esempio del legislatore spagnolo che ha riconosciuto un diritto collettivo d’informazione e consultazione inerente «*los parámetros, reglas y instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles*»⁷⁷. E andando anche oltre, si potrebbe, come segnalato in dottrina⁷⁸, riflettere sul riconoscimento di un apposito potere autorizzativo-negoziale a cui subordinare l’operatività della sorveglianza algoritmica, sulla scorta dell’art. 4 comma 1 Stat. Lav., al sindacato che, per essere all’altezza della sfida, deve necessariamente dotarsi di ampia specializzazione tecnologica.

Come per qualunque grande transizione storica, il governo della transizione digitale richiede un grande sforzo di analisi e specializzazione. Ma è evidente che la regolamentazione del “tecno-potere”, specie quando occultato nelle “pieghe” dei sofisticati strumenti *hi-tech*, non può attendere, visto l’impatto che esso presenta sui diritti fondamentali dei lavoratori, e non solo. Valga, a tal fine, il monito di Stefano Rodotà: «*le trasformazioni tecnologiche dell’organizzazione sociale, non producono soltanto asimmetrie nella distribuzione e nell’esercizio del potere ma determinano una frattura sociale tra individui sempre più trasparenti e poteri sempre più opachi e incontrollabili*»⁷⁹.

⁷⁷ Real Decreto-Ley 9/21 che modifica l’art. 64.4, lett. d), Estatuto de los Trabajadores, su cui v. F. PISANI, *op. cit.*, p. 79 ss.

⁷⁸ Cfr. V. MAIO, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 1442 ss., che evoca il riconoscimento in capo al sindacato di un efficace potere di interdizione sulla decisione algoritmica non rispettosa dei diritti dei lavoratori e il diritto al «*riesame delle decisioni robotiche da parte di organi paritetici di garanzia, a composizione rigorosamente umana, abilitati a valutare e correggere, non solo i sempre possibili errori, ma anche eventuali eccessi della valutazione robotica, quando capaci di recare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana*». Analogamente, P. TULLINI, *La questione del potere*, cit., spec. p. 444 ss.

⁷⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 335.

LA SORVEGLIANZA DIGITALE DEL DATORE DI LAVORO

Anna Trojsi *

1. Delimitazione tematica

Ritornare su un tema, quale quello della sorveglianza tecnologica del datore di lavoro, di cui si è seguita l'evoluzione degli ultimi decenni, impone di formulare spunti ulteriori rispetto ai precedenti risultati scientifici, coll'obiettivo di progredire nell'analisi giuridica in materia.

Viene, pertanto, qui proposta una riflessione di carattere generale, in una prospettiva ordinamentale multilivello, sul “potere di controllo” in sé¹, nella nuova dimensione tecnologica², sulla sua attuale mutata configurazione come potere datoriale, che va assumendo per effetto delle tecnologie digitali, e sui suoi limiti.

Si precisa, altresì, che non sarà specifico oggetto d'indagine il lavoro pubblico, proprio perché questo richiederebbe una trattazione dedicata, volta a verificare la riferibilità (e la misura della esportabilità) ad esso delle considerazioni esposte per il lavoro nel settore privato, ed i profili di specialità nel caso in cui il datore di lavoro sia una pubblica amministrazione o, comunque, un soggetto pubblico.

*Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro – Università degli Studi “*Magna Græcia*” di Catanzaro.

¹ Sull'argomento, si richiamano, per tutte, le ormai storiche monografie di A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 1995; e di E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996. In precedenza, v. F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979.

² Specificamente sul controllo tecnologico, cfr. in particolare, tra i contributi monografici, in ambito lavoristico, A. LEVI, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2013; A. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2020. In linea generale, P. PERRI, *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.

2. Le soluzioni normative nella legislazione italiana

Non si può che cominciare dalla revisione dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300) – in materia di controllo a distanza sui lavoratori mediante le macchine – realizzata nel 2015 (ad opera dell'art. 23, comma 1, del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, successivamente modificato dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185), e in particolare dal comma 2 dello stesso³. Lì la *ratio* riformatrice, dichiarata nella relativa previsione di delega (art. 1, comma 7, lett. f), legge 10 dicembre 2014, n. 183), era quella di adeguare la norma all'evoluzione tecnologica (unitamente al contemperamento delle esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore).

In realtà, il testo legislativo novellato, più che cimentarsi nel non semplice compito di regolamentare il controllo tecnologico, sembra essersi fondamentalmente limitato ad una mera presa d'atto, quasi rassegnata, della inevitabilità e ineluttabilità di tale controllo, sostanzialmente liberalizzando, non accompagnata dalla predisposizione, con uno sforzo di fantasia e di creatività giuridica, di norme contenutisticamente innovative, paramate e calzate sulla realtà tecnologica. Il comma 2 dell'art. 4 ha, cioè, decretato la libertà del datore di lavoro di sorvegliare il lavoratore attraverso strumenti, anche tecnologici, di lavoro «utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa»⁴ – restrittivamente interpretati come solo quelli indispensabili all'erogazione della prestazione stessa⁵ – sottraendoli

³ Sul nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori, limitandosi ai volumi, v. A. LEVI (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei Lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, Milano, 2016; O. DESSI, *Il controllo a distanza sui lavoratori. Il nuovo art. 4 Stat. lav.*, Esi, Napoli, 2017; P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2017; A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari, 2018; V. NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018. Per ulteriori riferimenti bibliografici (ma anche giurisprudenziali), sia consentito rinviare ad A. TROJSI, *Potere informatico del datore di lavoro e controllo sui lavoratori, cinquant'anni dopo*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2020, p. 1411. Tra i contributi dottrinali successivi, v. R. SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori tra libertà di impresa e diritti della persona*, in R. SANTUCCI, *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro. Saggi di un quinquennio*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 19 ss.

⁴ Nonché attraverso gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

⁵ Cfr. Garante per la protezione dei dati personali 13 luglio 2016, n. 303, in *RIDL*, n. 2, 2017, II, p. 310, con nota di A. TROJSI, *Al cuore del nuovo art. 4, co. 2, St. lav.: la delimita-*

al divieto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e al vincolo di impiego per esclusive esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale, nonché (in tali casi, ed anteriormente all'installazione) alla necessità di previo accordo collettivo sindacale⁶ o, in mancanza (e in subordine), di autorizzazione amministrativa⁷, previsti invece in via generale dal comma 1 del medesimo art. 4 per gli impianti audiovisivi e per tutti gli altri strumenti.

Per le tecnologie rientranti nel comma 2, il controllo datoriale è sottoposto dal comma 3 – ai fini della utilizzabilità delle informazioni raccolte per tutti gli scopi connessi al rapporto di lavoro – alla sola condizione dell'assolvimento, da parte del datore di lavoro, di un obbligo di mera informazione “adeguata” ai lavoratori sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, che forse si sarebbe peraltro già potuto ricavare esegeticamente dalla applicazione della disciplina sulla protezione dei dati. Senza alcuna possibilità, quindi, di un ruolo “attivo” (cioè non meramente passivo di destinatari della comunicazione) per i lavoratori, né tanto meno per i loro rappresentanti sindacali.

L'aver subordinato l'adoperabilità, ad ogni fine lavorativo, dei dati reperiti liberamente ai sensi del comma 2 alla sola idonea informativa dei lavoratori, comporta implicitamente il riconoscimento (e l'ammissione) della legittimazione del datore di lavoro come esclusiva figura cui è attribuito il potere di determinare discrezionalmente i possibili utilizzi degli strumenti tecnologici di lavoro e i controlli eseguiti tramite essi, e dunque la riserva di tale potestà decisoria circa mezzi e modi del controllo all'autonomia individuale unilaterale del datore, unicamente introducendo un principio di trasparenza informativa nei confronti dei lavoratori (per evitare controlli occulti).

Il tutto è corredato dal richiamo, sempre nel comma 3 dell'art. 4, al ri-

zione della fattispecie degli «strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa»; Trib. Roma, ord. 24 marzo 2017, in *DRI*, n. 1, 2018, p. 264, con nota di E. GRAMANO, *La rinnovata (ed ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*; Cass. civ., sez. lav., 22 settembre 2021, n. 25731.

⁶Che deve essere stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

⁷Della sede territoriale dell'Ispettorato nazionale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali, della sede centrale dell'Ispettorato nazionale del lavoro, con provvedimenti definitivi.

spetto della disciplina legislativa sulla protezione dei dati personali. Esso era pleonastico già allora, non foss'altro che per il carattere vincolante, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., del menzionato d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in quanto disciplina derivante dall'ordinamento "comunitario" come recepimento dei contenuti della direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995. E lo è vieppiù oggi, a seguito della entrata in vigore del regolamento generale europeo sulla protezione dei dati 27 aprile 2016, n. 679 (GDPR), poiché quest'ultimo è direttamente applicabile all'interno dei Paesi membri dell'Unione europea, anche nei rapporti interpretati (e i rapporti lavorativi rientrano senza dubbio nel campo di applicazione soggettivo e oggettivo del GDPR, in cui sono peraltro presenti pure norme espressamente riferite alla materia del lavoro)⁸.

Parimenti appare insoddisfacente la soluzione adottata dalla legge 22 maggio 2017, n. 81, a proposito del lavoro agile⁹ (in cui il controllo è, con ogni evidenza, necessariamente, e pressoché totalmente, tecnologico), di limitarsi a rinviarne la disciplina – e il relativo compito di regolazione – in via esclusiva all'autonomia individuale (ovverosia, all'accordo individuale di lavoro agile)¹⁰, senza previsioni (né tutele) legislative. Il che poi signifi-

⁸ C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022. V. pure, C. CARDARELLO, G. LIPARI, *La privacy ed il rapporto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2022.

⁹ Come volumi sul tema, v. C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018; G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018; M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020; M. PERUZZI, D. SACCHETTO (a cura di), *Il lavoro da remoto. Aspetti giuridici e sociologici*, Giappichelli, Torino, 2021; M. TUFO, *Il lavoro digitale a distanza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021; M. BROLLO, M. DEL CONTE, M. MARTONE, C. SPINELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica. Profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt University Press, Bergamo, 2022. V. inoltre, la Rubrica monografica «Ricerche: Smart working e digitalizzazione del lavoro», in *DRI*, n. 4, 2017, e in specie il saggio di M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, n. 4, 2017, p. 921.

¹⁰ L'art. 21, comma 1, della legge n. 81/2017 stabilisce che l'accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplini 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 della legge n. 300/1970, e successive modificazioni.

Su questo profilo, v. E. RAIMONDI, *Potere di controllo, tutela della riservatezza e «lavoro agile»*, in *RGL*, n. 1, 2019, I, p. 69; A. PESSI, *I controlli dell'imprenditore nel lavoro agile e nel lavoro tramite piattaforma*, in *MGL*, n. 4, 2021, p. 897.

ca, come ben sappiamo, riservarla fondamentalmente, pure in questo caso, alla determinazione datoriale, soprattutto se è il lavoratore ad aver interesse ad attivare la modalità lavorativa agile, che garantisce maggiore flessibilità e gestibilità spazio-temporale degli impegni di lavoro, anche per ragioni personali, ad esempio se dettata dalla necessità di agevolare la conciliazione con esigenze di vita e familiari (e non si può non pensare, in questo, alla particolare debolezza contrattuale, statisticamente, delle donne e dei *care giver* in genere, cioè di coloro che assumono su di sé la cura di congiunti in stato di bisogno) o come soluzione organizzativa per fronteggiare situazioni di difficoltà, di fragilità o di disabilità del lavoratore, che quindi è più disposto a “cedere” sulle condizioni contrattuali, pur di poter “accedere” allo *smart working*¹¹.

Qui il diritto del lavoratore alla disconnessione «dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro» (di cui all’art. 19, comma 1, della legge n. 81/2017)¹², ad esempio, può essere letto anche come un argine specifico – di tipo, però, solo quantitativo-temporale – al potere di sorveglianza tecnologica del datore.

¹¹ M. BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, in *LDE*, n. 1, 2022, p. 2.

¹² Cfr. E. DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell’esperienza comparata*, in *DRI*, n. 4, 2017, p. 1024; R. PERRONE, *Il «diritto alla disconnessione» quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2017, p. 2; D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *RCP*, n. 1, 2017, p. 8; A. ROMEO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore tra invadenze tecnologiche e nuove modalità della prestazione*, in *RGL*, n. 4, 2019, I, p. 671; V. ZEPELLI, *Disconnessione: un’occasione mancata per il legislatore?*, in *RGL*, n. 2, 2019, I, p. 305; R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *LLI*, n. 2, 2019, p. 215; L. FOGLIA, *La privacy come limite alla subordinazione: diritto alla disconnessione e rifiuto della prestazione*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2020, p. 138; M. LAI, *Innovazione tecnologica e riposo minimo giornaliero*, in *DRI*, n. 3, 2020, p. 662; M. RUSSO, *Esiste il diritto alla disconnessione? Qualche spunto di riflessione alla ricerca di un equilibrio tra tecnologia, lavoro e vita privata*, in *DRI*, n. 3, 2020, p. 682; E. SENA, *Nuove tecnologie, orario di lavoro e tutela della salute: il diritto alla disconnessione tecnologica*, in *DML*, n. 2, 2020, p. 375; M.C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, in *MGL*, n. 4, 2021, p. 853; A. ALLAMPRESE, *Del diritto alla disconnessione*, in *VTDL*, n. 1, 2022, p. 149; R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione. Nuove modalità di tutela della qualità del tempo di vita nella prospettiva giuslavoristica*, in *LDE*, n. 1, 2022, p. 2.

3. *Le nuove frontiere regolative provenienti dal Diritto dell'Unione europea. In particolare, la proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nelle piattaforme digitali*

Ma è dall'Unione europea che pare giungere, ancora una volta, l'impulso ad esplorare nuove frontiere regolative in materia di potere di controllo tecnologico sui lavoratori. Il riferimento è alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali [COM(2021) 762 final del 9 dicembre 2021]¹³.

In specie se essa è letta in combinazione con la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione [COM(2021) 206 final del 21 aprile 2021]. Quest'ultima (art. 6, par. 2; e allegato III, punto 4, lett. a) e b) classifica, tra i sistemi di intelligenza artificiale (IA) ad alto rischio, anche i sistemi di IA relativi al settore dell'«Occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo». Essa indica come tali quelli destinati ad essere utilizzati: per l'assunzione o la selezione di persone fisiche, in particolare per pubblicizzare i posti vacanti, vagliare o filtrare le candidature, valutare i candidati nel corso di colloqui o prove; per l'adozione di decisioni in materia di promozione e cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, nonché per l'assegnazione dei compiti e per il monitoraggio e la valutazione delle prestazioni e del comportamento delle persone nell'ambito di tali rapporti di lavoro¹⁴. Ciò, in quanto – come puntualizzato nel considerando 36 della

¹³ Su cui, v. M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *LLI*, n. 2, 2021, p. 2; G. BRONZINI, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'«umanesimo digitale»*, in *LDE*, n. 1, 2022, p. 2; G. GAUDIO, *L'algoritmico management e il problema della opacità algoritmica nel diritto oggi vigente e nella Proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni dei lavoratori tramite piattaforma*, in *LDE*, n. 1, 2022, p. 2; F. PISANI, *La proposta di direttiva UE per i lavori delle piattaforme digitali e il Real Decreto-Ley 9/2021 spagnolo*, in *LPO*, n. 1-2, 2022, p. 65; C. PONTERIO, *La direzione della Direttiva*, in *LDE*, n. 1, 2022, p. 2; P. TOSI, *Riflessioni brevi sulla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, in *LDE*, n. 1, 2022, p. 2.

¹⁴ L'allegato III elenca, altresì, tra i sistemi di IA ad alto rischio, quelli relativi al settore dell'«Istruzione e formazione professionale» (punto 3, lett. a) e b), utilizzati al fine di determinare l'accesso o l'assegnazione delle persone agli istituti di istruzione e formazione professionale, o per valutare gli studenti in tali istituti e i partecipanti alle prove solitamente

proposta di regolamento – detti sistemi di IA possono avere un impatto significativo sul futuro di queste persone in termini di prospettive di carriera e di sostentamento. Durante tutto il processo di assunzione, nonché ai fini della valutazione e della promozione dei lavoratori o del proseguimento dei rapporti contrattuali legati al lavoro, tali sistemi possono, inoltre, perpetuare modelli storici di discriminazione, ad esempio nei confronti delle donne, di talune fasce di età, dei disabili o delle persone aventi determinate origini razziali o etniche o un determinato orientamento sessuale. I sistemi di IA adoperati per monitorare le prestazioni e il comportamento dei lavoratori possono, inoltre, incidere sui loro diritti in materia di protezione dei dati e vita privata. Secondo il medesimo considerando 36, i pertinenti rapporti contrattuali legati al lavoro dovrebbero coinvolgere i dipendenti e le persone che forniscono servizi tramite piattaforme, come indicato nel programma di lavoro annuale della Commissione per il 2021; e, in linea di principio, tali persone non dovrebbero essere considerate utenti ai sensi del regolamento.

Concentrandosi sui contenuti della proposta di direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali, essi rappresenterebbero senz'altro un progresso in termini di tutela, rispetto ai livelli minimi attualmente fissati dalla disciplina italiana (capo *V-bis*, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, inserito dal d.l. 3 settembre 2019, n. 101, convertito con modificazioni dalla legge 2 novembre 2019, n. 128). Quest'ultima si è, infatti, limitata ad estendere al lavoro, anche autonomo, delle piattaforme (indipendentemente, dunque, dalla natura giuridica del rapporto) la disciplina antidiscriminatoria e quella del titolo I dello Statuto dei lavoratori sulla tutela della libertà e dignità del lavoratore, previste per i lavoratori subordinati (art. 47-*quinquies*, comma 1)¹⁵, ed inoltre la normativa sulla protezione dei dati personali (art. 47-*sexies*)¹⁶, peraltro solo per i *riders* (coloro che svolgono, cioè, attività di consegna di beni per conto

te richieste per l'ammissione agli istituti di istruzione. Detti sistemi di IA, come parte o presupposto della loro istruzione, possono determinare il percorso d'istruzione e professionale della vita di una persona e, quindi, incidere sulla sua capacità di garantire il proprio sostentamento; se progettati e utilizzati in modo inadeguato, essi possono violare il diritto all'istruzione e alla formazione, nonché il diritto alla non discriminazione, e perpetuare modelli storici di discriminazione (considerando 35).

¹⁵È, altresì, previsto il divieto di esclusione dalla piattaforma e di riduzione delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione (art. 47-*quinquies*, comma 2).

¹⁶L'art. 47-*sexies* stabilisce, infatti, che i dati personali dei lavoratori che svolgono la loro attività attraverso le piattaforme digitali siano trattati in conformità alle disposizioni del GDPR e al codice di cui al d.lgs. n. 196/2003.

altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o di veicoli a motore, attraverso piattaforme anche digitali: art. 47-*bis*, comma 1)¹⁷.

L'ambito di applicazione della proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforme digitali è, invece, ampio, onnicomprensivo. Scopo della direttiva è migliorare le condizioni di lavoro delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, garantendo la corretta determinazione della loro situazione occupazionale, promuovendo la trasparenza, l'equità e la responsabilità nella gestione algoritmica del lavoro mediante piattaforme digitali e migliorando la trasparenza del lavoro mediante tali piattaforme, anche in situazioni transfrontaliere, favorendo nel contempo le condizioni per la crescita sostenibile delle piattaforme di lavoro digitali nell'Unione (art. 1, par. 1). La proposta di direttiva stabilisce diritti minimi, che si applicano a tutte le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali nell'Unione e che hanno, o che sulla base di una valutazione dei fatti si può ritenere abbiano, un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore negli Stati membri, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia (art. 1, par. 2). La direttiva si applica alle piattaforme di lavoro digitali che organizzano il lavoro mediante piattaforma svolto nell'Unione, a prescindere dal luogo di stabilimento e dal diritto altrimenti applicabile (art. 1, par. 3). «Piattaforma di lavoro digitale» è definita come qualsiasi persona fisica o giuridica che fornisca un servizio commerciale che soddisfa tutti i requisiti seguenti: a) è fornito, almeno in parte, a distanza con mezzi elettronici quali un sito *web* o un'applicazione mobile; b) è fornito su richiesta di un destinatario del servizio; c) comporta, quale componente necessaria ed essenziale, l'organizzazione del lavoro svolto dalle persone fisiche, indipendentemente dal fatto che tale lavoro sia svolto *online* o in un determinato luogo (art. 2, par. 1, punto 1) (tale nozione di «piattaforme di lavoro digitali» non comprende i prestatori di servizi il cui scopo principale sia lo sfruttamento o la condivisione di beni; essa è limitata ai prestatori di servizi per i quali l'organizzazione del lavoro svolto dalla persona fisica non costituisce solo un elemento secondario e puramente accessorio: par. 2). «Lavoro mediante piattaforme digitali» è, poi, qualsiasi lavoro organizzato tramite una piattaforma di lavoro digitale e svolto nell'Unione da persone fisiche

¹⁷ A tali fini, si considerano «piattaforme digitali» i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione (art. 47-*bis*, comma 2).

sulla base di un rapporto contrattuale tra la piattaforma e la persona fisica, indipendentemente dal fatto che esista o meno un rapporto contrattuale tra tale persona e il destinatario del servizio (art. 2, par. 1, punto 2). «Lavoratore delle piattaforme digitali» è, infine, qualsiasi persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali ed è titolare di un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore negli Stati membri, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia (art. 2, par. 1, punto 4); mentre «persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali» è qualsiasi persona fisica che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, indipendentemente dalla qualificazione contrattuale, dalle parti interessate, dal rapporto tra tale persona e la piattaforma di lavoro digitale (punto 3).

Il capo III della proposta di direttiva («Gestione algoritmica») reca un articolato apparato di tutele per i lavoratori di fronte al “potere di controllo” (della piattaforma), qualificato come “monitoraggio automatizzato”, e ai relativi sistemi decisionali parimenti automatizzati.

Innanzitutto, è sancito l’obbligo di trasparenza delle piattaforme digitali nell’uso dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 6), ossia di fornire una capillare informazione individuale al lavoratore (parr. da 1 a 3)¹⁸. Esso è corredato dal divieto di trattare dati personali dei lavorato-

¹⁸Tale informativa è relativa a: a) i sistemi di monitoraggio automatizzati utilizzati per monitorare, supervisionare o valutare l’esecuzione del lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali con mezzi elettronici; b) i sistemi decisionali automatizzati utilizzati per prendere o sostenere decisioni che incidono significativamente sulle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme, ad esempio per quanto riguarda il loro accesso agli incarichi di lavoro, i loro guadagni, la loro salute e la loro sicurezza sul lavoro, il loro orario di lavoro, la loro promozione e la loro situazione contrattuale, comprese la limitazione, la sospensione o la chiusura del loro *account* (par. 1). Le informazioni di cui al par. 1 riguardano: a) per quanto concerne i sistemi di monitoraggio automatizzati: i) il fatto che tali sistemi siano in uso o siano in fase di introduzione; ii) le categorie di azioni monitorate, supervisionate o valutate da tali sistemi, compresa la valutazione da parte del destinatario del servizio; b) per quanto concerne i sistemi decisionali automatizzati: i) il fatto che tali sistemi siano in uso o siano in fase di introduzione; ii) le categorie di decisioni che sono prese o sostenute da tali sistemi; iii) i principali parametri di cui tali sistemi tengono conto e l’importanza relativa di tali principali parametri nel processo decisionale automatizzato, compreso il modo in cui i dati personali o il comportamento del lavoratore delle piattaforme digitali incidono sulle decisioni; iv) i motivi alla base delle decisioni di limitare, sospendere o chiudere l’*account* del lavoratore delle piattaforme digitali o di non retribuire il lavoro svolto dal lavoratore delle piattaforme digitali, delle decisioni in merito alla situazione contrattuale del lavoratore delle piattaforme digitali o di qualsiasi decisione con effetti analoghi (par. 2). Le piattaforme di lavoro digitali devono fornire le informazioni di cui al par. 2 sotto forma di

ri non intrinsecamente connessi e strettamente necessari all'esecuzione del contratto di lavoro, in particolare relativi allo stato emotivo o psicologico o alla salute del lavoratore (tranne che nei casi dell'art. 9, par. 2, lett. da b) a j), del GDPR) e a conversazioni private, compresi gli scambi con i rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali, nonché dal divieto di raccogliere dati personali quando il lavoratore non sta svolgendo la prestazione mediante la piattaforma o non si sta offrendo di svolgerla (par. 5, lett. da a) a d).

È, poi, previsto l'obbligo delle piattaforme di lavoro digitali di effettuare un periodico «monitoraggio umano dei sistemi automatizzati» (art. 7), valutando l'impatto sulle condizioni di lavoro delle decisioni individuali prese o sostenute dai sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati e i rischi per i lavoratori (par. 1)¹⁹. È sancito, altresì, il divieto per le piattaforme di utilizzare i sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati in alcun modo che metta indebitamente sotto pressione i lavoratori delle piattaforme digitali o ponga altrimenti a rischio la loro salute fisica e mentale (par. 2, ultimo periodo).

un documento che può essere in formato elettronico, al più tardi il primo giorno lavorativo, come pure in caso di modifiche sostanziali e in qualsiasi momento su richiesta dei lavoratori delle piattaforme digitali; le informazioni devono essere presentate in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro (par. 3).

In tale direzione si collocano gli appositi obblighi informativi nei confronti del lavoratore, previsti in via generale in capo ad ogni datore di lavoro o committente pubblico e privato, nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, dall'art. 1-*bis* del d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, inserito dall'art. 4, comma 1, lett. b), del d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, in tema di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili.

¹⁹Fatte salve la direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, e le direttive correlate nel settore della sicurezza e della salute durante il lavoro, le piattaforme di lavoro digitali: a) valutano i rischi dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati per la sicurezza e la salute dei lavoratori delle piattaforme digitali, in particolare per quanto riguarda i possibili rischi di infortuni sul lavoro e i possibili rischi psicosociali ed ergonomici; b) valutano se le garanzie di tali sistemi sono adeguate ai rischi individuati in considerazione delle caratteristiche specifiche dell'ambiente di lavoro; c) introducono adeguate misure di prevenzione e protezione (par. 2). Le piattaforme di lavoro digitali devono garantire risorse umane sufficienti per monitorare l'impatto delle decisioni individuali prese o sostenute dai sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati conformemente all'art. 7; le persone, incaricate dalla piattaforma di svolgere la funzione di monitoraggio, devono disporre della competenza, della formazione e dell'autorità necessarie per esercitare tale funzione; esse godono di protezione contro il licenziamento, le misure disciplinari o altri trattamenti sfavorevoli per non aver accolto le decisioni automatizzate o i suggerimenti del sistema in tal senso (par. 3).

La proposta di direttiva attribuisce, inoltre, ai lavoratori delle piattaforme il diritto di conseguire il «riesame umano di decisioni significative» assunte da un sistema decisionale automatizzato (art. 8). Più specificamente, il lavoratore ha diritto di ottenere una spiegazione dalla piattaforma di lavoro digitale per qualsiasi decisione presa o sostenuta da un sistema decisionale automatizzato che incida significativamente sulle condizioni di lavoro del lavoratore delle piattaforme digitali di cui all'art. 6, par. 1, lett. b) (par. 1). In particolare, gli Stati membri devono provvedere affinché le piattaforme di lavoro digitali diano ai lavoratori la possibilità di rivolgersi a una persona di contatto designata dalla piattaforma, per discutere e chiarire i fatti, le circostanze e i motivi di tale decisione; le piattaforme di lavoro digitali garantiscono che le persone di contatto dispongano della competenza, della formazione e dell'autorità necessarie per esercitare tale funzione (par. 1). Le piattaforme di lavoro digitali forniscono, poi, al lavoratore una motivazione scritta per qualsiasi decisione – adottata o sostenuta da un sistema decisionale automatizzato – di limitare, sospendere o chiudere l'*account* del lavoratore della piattaforma, per qualsiasi decisione di non retribuire il lavoro svolto dal lavoratore, o per qualsiasi decisione in merito alla situazione contrattuale del lavoratore delle piattaforme digitali o per altra decisione con effetti analoghi (par. 1). I lavoratori delle piattaforme digitali, se non sono soddisfatti della spiegazione o della motivazione scritta ottenuta o ritengono che la decisione violi i loro diritti, hanno il diritto di chiedere alla piattaforma di lavoro digitale di riesaminare tale decisione; la piattaforma riscontra la richiesta, fornendo al lavoratore una risposta motivata senza indebito ritardo e, in ogni caso, entro una settimana dal ricevimento della richiesta (par. 2)²⁰. Qualora la decisione significativa violi i diritti del lavoratore delle piattaforme digitali, la piattaforma deve rettificarla senza indugio o, qualora tale rettifica non sia possibile, offre una compensazione adeguata (par. 3). La predetta disciplina lascia impregiudicate le procedure di licenziamento previste dal diritto nazionale (par. 4).

La proposta di direttiva espande, inoltre, l'applicazione dell'art. 6, dell'art. 7, parr. 1 e 3, e dell'art. 8, riferendola anche alle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, ma che non sono parte di un contratto di lavoro o di un rapporto di lavoro (art. 10, par. 1).

Dispone, poi, l'estensione delle competenze delle autorità di controllo

²⁰Per le piattaforme di lavoro digitali che siano microimprese, piccole o medie imprese, gli Stati membri possono stabilire che il termine per la risposta sia prorogato a due settimane (par. 2, ultimo periodo).

incaricate (e garanti) dell'applicazione del GDPR anche alla responsabilità del controllo dell'applicazione della direttiva²¹, inclusa la potestà sanzionatoria amministrativa pecuniaria (fino all'importo di cui all'art. 83, par. 5, GDPR) (art. 19, par. 1). Oltre ed unitamente a quest'ultima, sarà cura degli Stati membri di stabilire, in attuazione della direttiva, uno specifico apparato sanzionatorio effettivo, proporzionato e dissuasivo (art. 19, par. 3)²². In proposito, è in effetti possibile osservare come la direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali rechi, non a caso, numerosi richiami al GDPR (considerandi 12, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36 e 47; art. 6, par. 5, lett. b); art. 13; art. 14, par. 1; art. 15; art. 19, par. 1), a conferma della centralità della funzione protettiva assunta dalla normativa limitativa del trattamento dei dati personali nel campo in oggetto. In tale novero, si prevede che, conformemente all'art. 10, i diritti stabiliti nella direttiva, concernenti la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nel contesto della gestione algoritmica, si applichino anche a tutte le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali nell'Unione e che non hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro (art. 1, par. 2, ultimo periodo).

La proposta di direttiva introduce, altresì, molteplici obblighi d'informazione e consultazione sindacale. Sono considerati "rappresentanti" le organizzazioni o i rappresentanti dei lavoratori previsti dal diritto o dalle prassi nazionali, o entrambi (art. 2, par. 1, punto 5). L'art. 6 impone alle piattaforme di lavoro digitali di mettere le informazioni di cui al par. 2 (concernenti i sistemi di monitoraggio automatizzati e i sistemi decisionali automatizzati) a disposizione anche dei rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali e delle autorità nazionali del lavoro su loro richiesta (par. 4).

²¹ In specie dell'art. 6, dell'art. 7, parr. 1 e 3, e degli artt. 8 e 10 della direttiva, conformemente alle pertinenti disposizioni dei capi VI, VII e VIII del GDPR.

Le autorità di controllo del GDPR e le autorità nazionali in materia di lavoro e protezione sociale cooperano, se del caso, nell'applicazione della direttiva, nell'ambito delle rispettive competenze, in particolare qualora sorgano questioni relative all'impatto dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati sulle condizioni di lavoro o sui diritti delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali; a tal fine, dette autorità scambiano tra loro informazioni pertinenti, comprese quelle ottenute nel quadro di ispezioni o indagini, su richiesta o di propria iniziativa (art. 19, par. 2).

²² Ossia, le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione di previsioni della direttiva diverse da quelle di cui al par. 1 o delle pertinenti disposizioni già in vigore, riguardanti i diritti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva.

L'art. 9 della proposta di direttiva in commento, poi, dedicato alla «informazione e consultazione», prescrive che – fatti salvi i diritti e gli obblighi di cui alla direttiva 2002/14/CE dell'11 marzo 2002, e ferma restando l'applicazione delle definizioni di “informazione” e di “consultazione” (di cui all'art. 2, lett. f) e g) e delle norme di cui all'art. 4, parr. 1, 3 e 4, e agli artt. 6 e 7 della medesima direttiva 2002/14/CE (par. 2) – gli Stati membri assicurino l'informazione e la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali o, in mancanza di tali rappresentanti, dei lavoratori delle piattaforme interessati, da parte delle piattaforme di lavoro digitali, per quanto riguarda le decisioni che possono comportare l'introduzione o modifiche sostanziali nell'uso dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati di cui all'art. 6, par. 1 (par. 1). I rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali o i lavoratori delle piattaforme digitali interessati possono essere assistiti da un esperto di loro scelta, nella misura in cui ciò sia loro necessario per esaminare la questione oggetto di informazione e consultazione e formulare un parere; se la piattaforma di lavoro digitale conta più di 500 lavoratori in uno Stato membro, le spese per l'esperto sono a carico della piattaforma, a condizione che siano proporzionate (par. 3).

L'art. 12, infine, concernente l'«accesso alle informazioni pertinenti in merito al lavoro mediante piattaforme digitali», stabilisce che, quando le autorità in materia di lavoro e protezione sociale e le altre autorità competenti esercitano le proprie funzioni nel garantire il rispetto degli obblighi giuridici applicabili alla situazione occupazionale delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, e quando i rappresentanti di tali persone esercitano le proprie funzioni di rappresentanza, le piattaforme di lavoro digitali debbano mettere a disposizione di tali autorità e rappresentanti le seguenti informazioni: a) il numero di persone che svolgono regolarmente un lavoro mediante la piattaforma di lavoro digitale interessata e la loro situazione occupazionale o contrattuale; b) i termini e le condizioni generali applicabili a tali rapporti contrattuali, purché tali termini e condizioni siano stabiliti unilateralmente dalla piattaforma di lavoro digitale e si applichino a un gran numero di rapporti contrattuali (par. 1). Le informazioni devono essere fornite per ciascuno Stato membro in cui le persone svolgono un lavoro mediante la piattaforma di lavoro digitale interessata; le informazioni sono aggiornate almeno ogni sei mesi e, per quelle del par. 1, lett. b), ogni volta che i termini e le condizioni sono modificati (par. 2)²³. Le autorità in

²³ Per le piattaforme di lavoro digitali che siano microimprese, piccole o medie imprese, gli Stati membri possono stabilire che la periodicità dell'aggiornamento delle informazioni, conformemente al par. 2, sia ridotta a una volta l'anno (par. 4).

materia di lavoro e protezione sociale e le altre autorità competenti e i rappresentanti delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali hanno, in aggiunta, il diritto di chiedere alle piattaforme di lavoro digitali ulteriori chiarimenti e informazioni in merito a qualsiasi dato fornito; le piattaforme di lavoro digitali riscontrano tale richiesta entro un periodo di tempo ragionevole, fornendo una risposta motivata (par. 3).

È, infine, prevista una tutela giurisdizionale rafforzata dei lavoratori delle piattaforme digitali, anche mediante i propri rappresentanti, con un regime di favore per l'accesso alle prove. Tra le apposite norme e gli strumenti di garanzia della protezione giudiziaria, è innanzitutto sancito il «diritto di ricorso». Fatti salvi gli artt. 79 e 82 del GDPR, gli Stati membri devono, infatti, provvedere affinché le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali – comprese quelle il cui rapporto di lavoro o altro rapporto contrattuale sia cessato – abbiano accesso a una risoluzione delle controversie efficace e imparziale e beneficino appunto di un diritto di ricorso, compresa una compensazione adeguata, in caso di violazioni dei loro diritti derivanti dalla direttiva (art. 13). Fatto salvo l'art. 80 del GDPR, gli Stati membri devono, poi, provvedere affinché i rappresentanti delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali o altri soggetti giuridici – che hanno, conformemente ai criteri stabiliti dal diritto o dalle prassi nazionali, un legittimo interesse a difendere i diritti delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali – possano avviare procedimenti giudiziari o amministrativi per far valere i diritti o gli obblighi derivanti dalla direttiva; essi possono agire per conto o a sostegno di una persona che svolge un lavoro mediante piattaforma, in caso di violazione dei diritti o degli obblighi derivanti dalla direttiva, con l'approvazione di tale persona (art. 14, par. 1). I rappresentanti delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali hanno, inoltre, il diritto di agire, azionando procedure per conto o a sostegno di più persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, con l'approvazione di tali persone (par. 2).

In tema, poi, di «accesso alle prove», l'art. 16 statuisce che gli Stati membri provvedano affinché: nei procedimenti relativi a ricorsi riguardanti la corretta determinazione della situazione occupazionale delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, gli organi giurisdizionali nazionali o le autorità competenti possano ordinare alla piattaforma di lavoro digitale di divulgare qualsiasi prova pertinente, che rientri nel suo controllo (par. 1); gli organi giurisdizionali nazionali dispongano del potere di ordinare la divulgazione delle prove che contengono informazioni riservate, ove le ritengano pertinenti al ricorso, e, allorquando ordinano la

divulgazione di tali informazioni, dispongono di misure efficaci per proteggerle (par. 2)²⁴.

Anche ai fini dell'effettività della tutela della propria posizione, la proposta di direttiva mira, inoltre, a promuovere e ad assicurare «canali di comunicazione per le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali» (art. 15). Essa affida agli Stati membri il compito di adottare le misure necessarie per garantire che le piattaforme di lavoro digitali creino la possibilità, per le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, di contattarsi e comunicare tra loro e di essere contattate dai relativi rappresentanti, attraverso l'infrastruttura digitale delle piattaforme o tramite mezzi altrettanto efficaci, nel rispetto degli obblighi del GDPR. La norma è completata dall'obbligo delle piattaforme di astenersi dall'accedere a tali contatti e comunicazioni e dal monitorarli.

È, infine, prescritta agli Stati membri la adozione di specifiche misure di salvaguardia dei lavoratori delle piattaforme e dei loro rappresentanti, che abbiano fatto valere i diritti previsti dalla direttiva, necessarie per proteggerli da possibili ritorsioni della piattaforma, o comunque da qualsiasi trattamento o conseguenza sfavorevole, nei loro confronti, appunto come effetto derivante da reclami presentati alla piattaforma digitale, da procedimenti promossi per garantire il rispetto dei diritti previsti dalla direttiva o, in ogni caso, dall'azionamento dei propri diritti (art. 17).

In particolare, è fissata una stringente protezione contro il licenziamento. L'art. 18 sancisce il divieto di licenziamento o suo equivalente, e di ogni misura preparatoria degli stessi, di persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, per il fatto che queste abbiano esercitato i diritti previsti dalla direttiva (par. 1). Tale prescrizione è accompagnata da una parziale inversione dell'onere della prova, che viene fatto ricadere sulla piattaforma datrice di lavoro. Si stabilisce, infatti, che le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali e che ritengono di essere state licenziate, o sottoposte a misure con effetto equivalente, per il fatto di aver esercitato i diritti previsti dalla direttiva, possono chiedere alla piattaforma di lavoro digitale di fornire i motivi, debitamente giustificati, del licenziamento o delle misure equivalenti; tali motivi devono essere comunicati per iscritto dalla piattaforma (par. 2). Come ulteriore garanzia, quando le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali presentano, dinanzi a un organo giurisdizionale o a un'altra autorità o un altro or-

²⁴Tale disciplina non osta a che gli Stati membri mantengano o introducano norme più favorevoli alle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali (par. 3).

gano competente, fatti in base ai quali si può presumere che vi siano stati tale licenziamento o misure equivalenti, incombe alla piattaforma di lavoro digitale dimostrare che il licenziamento o le misure equivalenti erano basati su motivi diversi da quelli di cui al par. 1 (par. 3). In ogni caso, agli Stati membri non è fatto obbligo di applicare questa previsione ai procedimenti nei quali l'istruzione dei fatti spetta all'organo giurisdizionale o a un'altra autorità o ad un altro organo competente (par. 5); essa, inoltre, non si applica ai procedimenti penali, salvo diversa disposizione degli Stati membri (par. 6). La suddetta statuizione non osta, infine, a che gli Stati membri impongano un regime probatorio ancora più favorevole alle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali (par. 4).

4. *Sui mutamenti delle caratteristiche giuridiche del potere di controllo sul lavoratore nella dimensione tecnologica digitale*

La tesi, che s'intende ora sostenere, è che la tecnologia digitale incide modificando la struttura e l'assetto, conseguentemente innovando la configurazione giuridica, dei poteri datoriali, in specie del potere di controllo.

In questo, l'esaminata proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali, oltre che sicuramente rilevante sotto il profilo pratico in termini di tutela per il lavoratore, al contempo comporta notevoli implicazioni anche di ordine teorico, di tipo giuslavoristico, suscettibili persino di indurre a ripensare la categoria giuridica del potere di controllo sul lavoratore.

Il potere di controllo della piattaforma digitale, nella proposta di direttiva, assurge ad elemento determinante, connotante la presunzione legale – e quindi, la qualificazione contrattuale – di lavoro subordinato: ossia, si presume la sussistenza di un rapporto contrattuale di lavoro là dove si riscontri che la piattaforma di lavoro digitale controlla, ai sensi del par. 2, l'esecuzione del lavoro di una persona, che lo svolge mediante tale piattaforma (art. 4, par. 1). Certo, l'accezione "comunitaria" – si lasci passare l'espressione *vintage* – di controllo datoriale dell'esecuzione del lavoro è più ampia di quella italiana (essendo caratterizzata dalla presenza di almeno due degli elementi di cui al par. 2 dell'art. 4), ma pur sempre comprensiva della «supervisione dell'esecuzione del lavoro o verifica della qualità dei risultati del lavoro, anche con mezzi elettronici» (lett. c)²⁵.

²⁵ Gli altri elementi del controllo dell'esecuzione del lavoro da parte della piattaforma digitale, indicati dal par. 2 dell'art. 4, sono: la determinazione effettiva del livello della re-

Una peculiarità, poi, del potere di controllo nel lavoro in favore di piattaforme digitali²⁶ è lo “shiftamento”, per così dire, della categoria del soggetto deputato all’esercizio di tale potere: dalle figure tradizionalmente e consolidatamente codificate dal Diritto del lavoro – il datore di lavoro stesso e i suoi collaboratori, *in primis* i dirigenti (artt. 2086 e 2104, comma 2, del codice civile)²⁷, nonché il personale di cui all’art. 3 dello Statuto dei lavoratori – ai clienti/utenti di beni e servizi oggetto della prestazione lavorativa. L’attività di vigilanza – dalla geolocalizzazione del lavoratore a tempi e modalità della consegna – e la conseguente attività valutativa vengono sistematicamente e strutturalmente affidate ad un soggetto terzo, con idoneità a produrre ripercussioni giuridiche dirette ed immediate sulla sfera (e posizione) lavorativa dei lavoratori in tal guisa sorvegliati. Si tratta di una trasposizione in chiave lavoristica (e della applicazione a questo ambito) del sistema delle recensioni come clienti di esercizi commerciali (ristoranti, *hotel*, ecc.), invalso dall’uso di *internet* (in specie, mediante *app* dedicate e *social networks*).

Ma vi sono due importanti differenze. Una riguarda l’oggetto/bersaglio del *rating* reputazionale²⁸: da recensione su un bene/merce/servizio ricevuto (dunque, sull’organizzazione imprenditoriale/aziendale complessiva) a quella sulla singola prestazione e, quindi, persona del lavoratore, sull’esse-

tribuzione o la fissazione dei limiti massimi per tale livello (lett. a); l’obbligo, per la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, di rispettare regole vincolanti specifiche per quanto riguarda l’aspetto esteriore, il comportamento nei confronti del destinatario del servizio o l’esecuzione del lavoro (lett. b); l’effettiva limitazione, anche mediante sanzioni, della libertà di organizzare il proprio lavoro, in particolare della facoltà di scegliere l’orario di lavoro o i periodi di assenza, di accettare o rifiutare incarichi o di ricorrere a subappaltatori o sostituti (lett. d); l’effettiva limitazione della possibilità di costruire una propria clientela o di svolgere lavori per terzi (lett. e).

²⁶ Sui poteri delle piattaforme digitali, v. in generale, P. STANZIONE (a cura di), *I “poteri privati” delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino, 2022.

²⁷ Cfr., di recente, Cass. civ., sez. lav., 9 ottobre 2020, n. 21888, in *RIDL*, n. 1, 2021, II, p. 72, con nota di C. VALENTI, *La Cassazione conferma la legittimità dei controlli occulti sulla prestazione lavorativa operati dall’organizzazione gerarchica interna*.

²⁸ A. TOPO, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *LD*, n. 3, 2018, p. 453. In tema, v. i provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali 10 giugno 2021, n. 234 [su cui, A. SITZIA, *Lavoro, controlli e privacy: un nouveau parcours per il test di bilanciamento nell’elaborazione della Sezione Lavoro (e del Garante Privacy)*, in *MGL*, n. 4, 2021, p. 957], e 22 luglio 2021, n. 285. Sul precedente, più generale, provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali 24 novembre 2016, n. 488, v. E. DAGNINO, *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online tra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, in *DRI*, n. 1, 2017, p. 247.

re umano. Si realizza una trasmigrazione del principio e delle logiche della *customer* (o *consumer*) *satisfaction* alla valutazione del prestatore di lavoro.

L'altra differenza è, appunto, che tale slittamento dell'esercizio del potere di controllo non avviene più su un piano meramente fattuale – com'è invece sempre stato (si pensi al *feedback* richiesto alla clientela sulle *performance* dei propri dipendenti da parte di titolari di negozi o di attività del settore terziario) – ma si passa ad un piano giuridico/negoziale, essendo effettuato per iscritto (quindi tracciato) e con implicazioni sulla gestione del (contratto e del) rapporto di lavoro, in termini di assegnazione di future commesse e di incarichi lavorativi e di relativo trattamento retributivo (anche con *bonus/premi* o, al contrario, penalità economiche), fino al profilo disciplinare/sanzionatorio e persino alla esclusione dalla piattaforma, ovvero al licenziamento.

Si potrebbe arrivare ad affermare che, in tal modo, pure nel caso di prestazione lavorativa subordinata, il cosiddetto “rischio dell'utilità del lavoro” si trasferisce dall'organizzazione imprenditoriale/datoriale – in capo alla quale storicamente ricade, secondo quanto riportato anche nei Manuali della materia²⁹ – al lavoratore, che ne diventa quanto meno partecipante delle conseguenze negative, dati gli effetti sul rapporto lavorativo, e sul quale risulta, dunque, scaricato. Tale “rischio del lavoro” (c.d. *commodum obligationis*), riguardante la produttività della prestazione di lavoro, è l'alea che incide per sua natura sul risultato produttivo dell'erogazione delle energie lavorative ed è dipendente anche dalla difficoltà tecnico-economica della prestazione, poiché attiene piuttosto alla organizzazione del lavoro, collegata concretamente alla variabilità economica del rendimento del lavoro prestato, e perciò all'incertezza del suo valore. Mentre, tradizionalmente, il lavoratore subordinato si obbliga a sopportare soltanto il c.d. *periculum obligationis*, ossia il rischio della mancanza/impossibilità del lavoro per caso fortuito o forza maggiore ostativi dell'esecuzione della prestazione sul piano contrattuale, fermo restando naturalmente il diverso, ma connesso, piano della tutela previdenziale.

Il giudizio del cliente della piattaforma attiene, infatti, all'utilità del servizio a soddisfare le proprie esigenze. Ed una valutazione non positiva non necessariamente è imputabile al lavoratore in termini di più o meno corretto o diligente adempimento o di inadempimento, ma può derivare da circostanze ultronee, esterne o di contesto, indipendenti dalla volontà e dal-

²⁹E. GHERA, A. GARILLI, D. GAROFALO, *Diritto del lavoro*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 52-53.

l'azione del lavoratore, o da fattori, naturali o di matrice tecnica o economica, ostativi della produttività del lavoro tali da influenzare il rendimento della prestazione, oltre che essere determinata da una percezione soggettiva, se non persino umorale, del cliente (slegata da problematiche o criticità oggettivamente riscontrabili).

La titolarità del potere di controllo è, ovviamente, sempre in capo al datore di lavoro (piattaforma digitale). Ma l'esercizio dello stesso – e di quello connesso di valutazione – è rimesso a terzi estranei alla organizzazione e alla conoscenza delle logiche, delle determinazioni e delle dinamiche aziendali, con effetti giuridici, sovente automatici, degli esiti di questo sulle sorti delle relazioni lavorative (e sul rapporto col lavoratore). La novità riguarda, dunque, soggetto, modalità e conseguenze giuridiche dell'attività di controllo.

Ecco perché esso è dotato di implicazioni ben più pregnanti, e dunque non assimilabile a quello che, tradotto nel linguaggio del Diritto del pubblico impiego, viene identificato come “controllo sociale” da parte degli utenti (in specie dei servizi pubblici, ma più in generale rispetto alle prestazioni delle pubbliche amministrazioni, in termini di efficacia ed efficienza).

È urgente regolare il punto, in quanto oggi in Italia non vi è disciplina limitativa applicabile. Lo stesso art. 3 dello Statuto dei lavoratori riguarda solo l'utilizzo del personale di vigilanza interno all'azienda, riferendo a questo il principio di trasparenza/pubblicità di nominativi e mansioni di controllo, e perciò – dato tale campo di applicazione soggettivo – non è estensibile al controllo da parte di soggetti esterni all'azienda; né, del resto, la regola ivi prevista risulterebbe funzionale allo scopo di protezione e salvaguardia dei lavoratori nel caso di specie. Per cui, questo controllo terzo dovrebbe stinarsi attualmente governato dal principio generale di diritto in tema di “poteri giuridici”: secondo cui, in presenza e di fronte al riconoscimento ordinamentale di un determinato potere – qual è quello di controllo in capo al datore di lavoro – tutto ciò (ossia, qualsivoglia forma e modalità di esercizio di tale potere) che non sia espressamente vietato o limitato dall'ordinamento giuridico stesso, deve ritenersi implicitamente lecito, e dunque automaticamente consentito. Né – considerata la differenza tra le fattispecie – appaiono analogicamente riferibili gli approdi della giurisprudenza su art. 3 dello Statuto dei lavoratori e ricorso datoriale ad agenzie investigative (benché appunto anch'esse soggetti terzi addetti a controllare i lavoratori): reputato legittimo, solamente ove fuoriesca dal campo della norma, ossia della vigilanza dell'attività lavorativa in senso stretto³⁰.

³⁰ V. riepilogativamente, tra le più recenti, Cass. civ., sez. lav., 12 maggio 2016, n. 9749;

Da una parte, dunque, come appena illustrato, la tecnologia digitale ha trasfigurato il potere di controllo, spostandolo in capo agli *stakeholders*. Con ripercussioni anche sugli altri due poteri datoriali, direttivo/organizzativo (peraltro automatizzato e affidato ad algoritmi-sistemi di intelligenza artificiale) e disciplinare, con aggiunta fattuale di nuove sanzioni a quelle codificate dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori. Tra queste ultime, ad esempio, l'esclusione o la contrazione dell'affidamento di successivi incarichi, con effetti sulla controprestazione retributiva (e sul relativo diritto del lavoratore): che difficilmente di per sé potranno qualificarsi discriminatorie, se – e finché saranno – conseguenza di un esame valutativo, quale quello operato dalla clientela, considerato legittimo, in quanto non proibito o circoscritto dalla legge³¹.

Dall'altra parte, come si è già avuto modo di argomentare in precedenza³², è identificabile un nuovo, composito potere “trasversale” del datore di lavoro: il potere informatico. Esso è in parte perpendicolare ai tradizionali poteri del datore di lavoro: non soltanto di controllo, anche (ma non necessariamente) funzionale al potere disciplinare, va al di là di questo, recando in sé al tempo stesso elementi del potere direttivo. Ed in parte presenta caratteristiche peculiari ed è estremamente pervasivo, per la possibilità di trattamento “automatizzato” (specialmente, di elaborazione elettronica e di interconnessione) dei dati dei lavoratori – pure lecitamente conosciuti, tanto in dipendenza dello svolgimento dell'attività lavorativa, quanto mediante fonti esterne – ad opera di sempre più sofisticate tecnologie informatiche, fino al punto da determinare una vera e propria “algocrazia”³³. Esse permettono di processare i dati e di ottenere così informazioni

Cass. civ., sez. lav., 4 aprile 2018, n. 8373; Cass. civ., sez. lav., ord. 11 giugno 2018, n. 15094, in *RIDL*, n. 4, 2018, II, p. 800, con nota di V. NUZZO, *Sull'utilizzo delle agenzie investigative per il controllo della prestazione resa fuori dai locali aziendali*; Cass. civ., sez. lav., 4 settembre 2018, n. 21621; Cass. civ., sez. lav., 18 febbraio 2019, n. 4670; Cass. civ., sez. lav., 24 agosto 2022, n. 25287.

³¹In tema, P. DE PETRIS, *La tutela contro le discriminazioni dei lavoratori tramite piattaforma digitale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2020, p. 1099; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *LLI*, n. 1, 2021, p. 3.

³²A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 311 ss.; A. TROJSI, *Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore*, in *VTDL*, n. 4, 2016, p. 677; A. TROJSI, *Potere informatico del datore di lavoro*, cit., p. 1414.

³³C. DELLA GIUSTINA, *Quando il datore di lavoro diviene un algoritmo: la trasformazione del potere del datore di lavoro in algocrazia. Quale spazio per l'applicazione dei principi*

ulteriori, spesso non rintracciabili in altra maniera, anche riguardanti la sfera personale-privata (persino quella più intima) del lavoratore, e di porre in essere “profilature” della persona utilizzabili ai più diversi fini, non sempre dichiarati dal datore.

5. *L’opportunità dell’adozione di uno “Statuto legislativo dei diritti dei lavoratori digitali”*

Occorrerebbe, pertanto, introdurre – magari con l’occasione del recepimento della direttiva europea, là dove essa dovesse essere approvata dagli organi dell’Unione, o comunque ispirandosi a questa – una disciplina legislativa innovativa *ad hoc*, che codifichi le regole del controllo tecnologico sui lavoratori, indicando i limiti sostanziali invalicabili all’esercizio del relativo potere, provvisti della censura/sanzione della inutilizzabilità delle informazioni raccolte in violazione di questi, anche come elemento di prova a fini processuali (tanto in ambito civilistico-lavoristico, quanto sperabilmente pure nel giudizio penale).

Sarebbe auspicabile che il legislatore riproduca così, e ripercorra coraggiosamente, nei confronti delle tecnologie digitali, l’operazione a suo tempo effettuata dallo Statuto dei lavoratori, che fu proprio quella di individuare e selezionare – tra le varie, possibili forme e modalità di controllo realizzabili in rapporto agli strumenti, anche tecnologici, dell’epoca, potenzialmente a disposizione dei datori di lavoro – quelle vietate o limitate, e conseguentemente quelle permesse, in base ad una valutazione valoriale e di bilanciamento tra gli interessi e le esigenze delle parti del rapporto individuale di lavoro.

Ciò, nell’ambito dell’approntamento – e dunque, all’interno – di uno “Statuto (legislativo) dei diritti dei lavoratori digitali”, che ovviamente tenga conto del (e si coordini col) GDPR, e che anzi potrebbe al contempo costituire attuazione dell’art. 88 di questo. Com’è noto, tale disposizione rimette agli Stati membri il compito di prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti

costituzionali?, in *MediaLaws*, n. 2, 2021, p. 222. In tema, v. E. DAGNINO, *Dalla fisica all’algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, Bergamo, 2019; A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Laterza, Bari, 2020. Cfr. altresì, C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019.

e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di assunzione e di esecuzione del contratto di lavoro, compreso l'adempimento degli obblighi stabiliti dalla legge o da contratti collettivi, di gestione, pianificazione e organizzazione del lavoro, di parità e diversità sul posto di lavoro, di salute e sicurezza sul lavoro, di protezione della proprietà del datore di lavoro o del cliente e ai fini dell'esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi connessi al lavoro, nonché per finalità di cessazione del rapporto di lavoro (par. 1). Queste norme includono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune, e – per l'appunto – i «sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro» (par. 2).

6. *Il ruolo del contratto collettivo*

D'altro canto, andrebbe rimarcato l'opportuno ruolo del contratto collettivo, anche in questo caso evocato e legittimato dall'art. 88 del GDPR come fonte idonea e adatta allo scopo. E come testimonia, in tale direzione, l'Accordo quadro delle parti sociali europee sulla digitalizzazione di giugno 2020³⁴.

È, perciò, difficilmente comprensibile l'operazione di mera abdicazione (ovvero di esautoramento legale) dell'autonomia collettiva, effettuata dall'attuale comma 2 dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori. L'eventuale ritenuta inadeguatezza, in rapporto al contesto mutato, del meccanismo autorizzativo di rinvio agli accordi sindacali, contenuto nella versione originaria dell'art. 4 dello Statuto (sotto forma di veto superabile solo col ricorso all'autorità amministrativa), avrebbe richiesto una revisione legislativa del ruolo del contratto collettivo, non di limitarsi ad escluderlo.

In questo, la disciplina della contrattazione collettiva di prossimità, di livello aziendale o territoriale, introdotta dall'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148),

³⁴ Su cui, T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2022, p. 202 ss.

tanto controversa, aveva, però, colto la necessità di regolazione (degli impianti audiovisivi e) della «introduzione di nuove tecnologie». L'innovazione tecnologica nel lavoro compare, infatti, come prima, nell'elenco, tra le materie inerenti all'organizzazione del lavoro e della produzione affidate alla competenza normativa di codesto peculiare tipo di intesa collettiva (comma 2, lett. a). L'alternativa alla mancata o scarsa attuazione di tale opportunità è stata la rimessione della tematica all'autonomia individuale.

Condivisibile, per tanto, è l'approccio del Protocollo concertativo nazionale sul lavoro in modalità agile del 7 dicembre 2021, stipulato dal Ministro del lavoro con le parti sociali³⁵. Esso, pur non potendo naturalmente disconoscere il ruolo dell'autonomia individuale assegnato dalla legge (inevitabilmente oggetto, difatti, di numerosi richiami, anche a fini regolativi, nell'articolato normativo del Protocollo³⁶), valorizza l'autonomia collettiva. Il Protocollo, in effetti, fissa il quadro di riferimento, condiviso tra le parti sociali, per la definizione dello svolgimento del lavoro in modalità agile, esprimendo le linee di indirizzo in materia per la contrattazione collettiva nazionale, aziendale e/o territoriale, nel rispetto della disciplina legale di cui alla legge n. 81/2017 e degli accordi collettivi in essere, affidando alla contrattazione collettiva quanto necessario all'attuazione nei diversi e specifici contesti produttivi (art. 1, comma 1). E, nella previsione finale, sancisce l'impegno dei soggetti firmatari a favorire il rispetto delle linee di indirizzo concordate anche da parte delle organizzazioni di categoria ad essi aderenti e delle loro articolazioni a livello territoriale e/o aziendale (art. 16, comma 1); restando, in ogni caso, fermi gli accordi sindacali nazionali, territoriali e aziendali vigenti alla data di sottoscrizione del Protocollo (comma 2). Si conviene, altresì, sulla necessità di istituire un «Osservatorio nazionale bilaterale in materia di lavoro agile», con l'obiettivo di monitorare: i risultati raggiunti su base nazionale attraverso il lavoro agile, anche al fine di favorire lo scambio di informazioni e la diffusione e valorizzazione delle migliori pratiche rilevate nei luoghi di lavoro, oltre a garantire un equilibrato ricorso tra i generi a tale modalità di svolgimento della prestazione; lo sviluppo della contrattazione collettiva nazionale, aziendale e/o territoriale di regolazione del lavoro agile; l'andamento delle linee di indirizzo contenute nel Protocollo, anche per valutarne possibili sviluppi e implementa-

³⁵ P. ALBI, *Introduzione: il Protocollo nazionale sul lavoro agile tra dialogo sociale e superamento della stagione pandemica*, in *LDE*, n. 1, 2022, p. 2.

³⁶ Art. 1, comma 2; art. 2; art. 3, comma 6; art. 5, commi 1, 2 e 4; art. 9, comma 1; art. 15, comma 2.

zioni con riferimento sia ad eventuali novità normative, sia alla crescente evoluzione tecnologica e digitale in materia (art. 14, comma 1). Tale Osservatorio bilaterale di monitoraggio è presieduto dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, o da un suo delegato, ed è composto da rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori designati dalle parti firmatarie del Protocollo (comma 2).

Il Protocollo prescrive, poi, in particolare, che l'accordo individuale di lavoro agile, sottoscritto tra il datore di lavoro e il lavoratore, si adegui ai contenuti della eventuale contrattazione collettiva di riferimento e, comunque, sia coerente con la disciplina di legge e con le linee di indirizzo definite nel Protocollo (art. 2, comma 2), avendo cura che siano ivi indicati gli elementi elencati nella norma, tra i quali «le forme e le modalità di controllo della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, nel rispetto di quanto previsto sia dall'articolo 4 della legge n. 300/1970 e successive modifiche e integrazioni, sia dalla normativa in materia di protezione dei dati personali» (lett. g)³⁷.

³⁷Tra le altre disposizioni del Protocollo pertinenti ai temi qui affrontati, l'art. 4 («Luogo di lavoro») stabilisce la libertà del lavoratore di individuare il luogo ove svolgere la prestazione in modalità agile, purché lo stesso abbia caratteristiche tali da consentire la regolare esecuzione della prestazione, in condizioni di sicurezza e riservatezza, anche con specifico riferimento al trattamento dei dati e delle informazioni aziendali, nonché alle esigenze di connessione con i sistemi aziendali (comma 1). La contrattazione collettiva può individuare i luoghi inidonei allo svolgimento del lavoro in modalità agile per motivi di sicurezza personale o protezione, segretezza e riservatezza dei dati (comma 2).

Secondo l'art. 5 («Strumenti di lavoro»), fatti salvi diversi accordi, il datore di lavoro, di norma, fornisce la strumentazione tecnologica e informatica necessaria allo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile, al fine di assicurare al lavoratore la disponibilità di strumenti che siano idonei all'esecuzione della prestazione e sicuri per l'accesso ai sistemi aziendali (comma 1); là dove le parti concordino l'utilizzo di strumenti tecnologici e informatici propri del lavoratore, provvedono a stabilire i criteri e i requisiti minimi di sicurezza da implementare e possono concordare eventuali forme di indennizzo per le spese (comma 2). Le spese di manutenzione e di sostituzione della strumentazione fornita dal datore di lavoro, necessaria per l'attività prestata dal dipendente in modalità agile, sono a carico del datore di lavoro stesso, che ne resta proprietario (comma 3). In caso di guasto, furto o smarrimento delle attrezzature e in ogni ipotesi di impossibilità sopravvenuta a svolgere l'attività lavorativa, il dipendente è tenuto ad avvisare tempestivamente il proprio responsabile e, se occorre, attivare la procedura aziendale per la gestione del *data breach*; là dove venga accertato un comportamento negligente da parte del lavoratore, cui conseguano danni alle attrezzature fornite, quest'ultimo ne risponde; qualora persista l'impossibilità a riprendere l'attività lavorativa in modalità agile in tempi ragionevoli, il dipendente e il datore di lavoro devono concordare le modalità di completamento della prestazione lavorativa, ivi compreso il rientro presso i locali aziendali (comma 4). Tutta la strumentazione

tecnologica e informatica fornita dal datore di lavoro deve essere conforme alle disposizioni del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (comma 5).

L'art. 12 è specificamente dedicato a «Protezione dei dati personali e riservatezza». Esso prevede l'obbligo per il lavoratore in modalità agile di trattare i dati personali, cui accede per fini professionali, in conformità alle istruzioni fornite dal datore di lavoro; il lavoratore è tenuto, altresì, alla riservatezza sui dati e sulle informazioni aziendali in proprio possesso e/o disponibili sul sistema informativo aziendale (comma 1). Dal suo canto, il datore di lavoro deve adottare tutte le misure tecnico-organizzative adeguate a garantire la protezione dei dati personali dei lavoratori in modalità agile e dei dati trattati da questi ultimi (comma 2). Il datore deve, poi, informare il lavoratore agile in merito ai trattamenti dei dati personali che lo riguardano, anche nel rispetto di quanto disposto dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, come successivamente modificato; deve fornire al lavoratore agile le istruzioni e l'indicazione delle misure di sicurezza che lo stesso deve osservare per garantire la protezione, la segretezza e la riservatezza delle informazioni che egli tratta per scopi professionali; al datore di lavoro/titolare del trattamento spetta l'aggiornamento del registro del trattamento dei dati connessi alle attività svolte anche in modalità di lavoro agile; al fine di verificare che gli strumenti utilizzati per il lavoro in modalità agile siano conformi ai principi di *privacy by design* e *by default*, è sempre raccomandata l'esecuzione della valutazione d'impatto (DPIA) dei trattamenti (comma 4). Il datore di lavoro promuove l'adozione di *policy* aziendali basate sul concetto di *security by design*, che prevedono la gestione dei *data breach* e l'implementazione di misure di sicurezza adeguate, comprendenti, a titolo meramente esemplificativo, se del caso, la crittografia, l'adozione di sistemi di autenticazione e VPN, la definizione di piani di *backup* e di protezione *malware*; il datore di lavoro favorisce, inoltre, iniziative di formazione e sensibilizzazione dei lavoratori, sia sull'utilizzo, custodia e protezione degli strumenti impiegati per rendere la prestazione, sia sulle cautele comportamentali da adottare nello svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile, compresa la gestione dei *data breach* (comma 5). È altresì richiamata la normativa vigente sul trattamento dei dati personali e, in particolare, il GDPR (comma 3). Le parti sociali convengono, infine, sulla necessità di adottare un codice deontologico e di buona condotta per il trattamento di dati personali dei lavoratori in modalità agile, da sottoporre al previsto giudizio di conformità da parte dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali (comma 6).

La prestazione effettuata in modalità di lavoro agile, inoltre, deve essere svolta esclusivamente in ambienti idonei, ai sensi della normativa vigente in tema di salute e sicurezza sul lavoro e per ragione dell'esigenza di riservatezza dei dati trattati (art. 6, comma 3).

Secondo l'art. 13 («Formazione e informazione»), infine, tra le altre cose, per garantire, a tutti i fruitori del lavoro agile, pari opportunità nell'utilizzo degli strumenti di lavoro e nell'arricchimento del proprio bagaglio professionale, nonché al fine di diffondere una cultura aziendale orientata alla responsabilizzazione e alla partecipazione dei lavoratori, le parti sociali ritengono necessario prevedere percorsi formativi, finalizzati a incrementare specifiche competenze tecniche, organizzative e digitali, anche per un efficace e sicuro utilizzo degli strumenti di lavoro forniti in dotazione; i percorsi formativi potranno interessare i responsabili aziendali ad ogni livello, al fine di acquisire migliori competenze per la gestione dei gruppi di lavoro in modalità agile (comma 1). Le parti sociali ritengono, altresì, che, a fronte della rapida evoluzione dei sistemi e degli strumenti tecnologici, l'aggiornamento professionale sia fondamentale per i lavoratori posti in modalità agile e, pertanto,

È, inoltre, predisposto uno specifico incentivo pubblico alla contrattazione collettiva (art. 15), finalizzato a promuovere l'uso corretto del lavoro agile, destinato alle aziende che lo regolamentino con accordo collettivo di secondo livello, in attuazione del Protocollo e dell'eventuale contratto nazionale, stipulato ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, che ne prevedano un utilizzo equilibrato tra lavoratrici e lavoratori e favorendo un'ottica di sostenibilità ambientale e sociale (comma 1).

Conclusivamente, dunque, se un rilievo può farsi alla proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforme digitali – recuperabile e rimediabile, però, in sede interna, ovvero di implementazione in ambito nazionale – quello è di fermare il ruolo del sindacato alla fase della informazione e consultazione sindacale, nonché alla possibilità di azione giurisdizionale, come precedentemente detto, senza prevedere specifiche competenze o funzioni regolative per la fonte contrattuale collettiva. Quest'ultima viene, infatti, menzionata solo nelle disposizioni finali. L'art. 20, concernente il principio di non regresso, precisa che la direttiva lascia impregiudicata la prerogativa degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori delle piattaforme digitali o di promuovere o consentire l'applicazione di contratti collettivi più favorevoli ai lavoratori delle piattaforme digitali, in linea con gli obiettivi della direttiva (par. 2). L'art. 21, relativo al recepimento della direttiva negli ordinamenti giuridici nazionali, poi, da una parte prescrive agli Stati membri l'adozione, conformemente al diritto e alle prassi nazionali, di misure adeguate per garantire l'effettiva partecipazione delle parti sociali, non-

convergono che, al fine di garantire un'adeguata risposta ai loro fabbisogni formativi, essi debbano continuare ad essere inseriti anche nei percorsi professionali e di sviluppo professionale rivolti alla generalità dei dipendenti, come previsto dall'art. 20, comma 2, della legge n. 81/2017; va dunque favorita, anche con eventuali incentivi, la formazione continua; l'aggiornamento professionale è tanto più necessario per i lavoratori in modalità agile, considerando la rapida evoluzione dei sistemi e degli strumenti tecnologici (comma 2). Le parti sociali reputano, poi, necessario gestire lo sviluppo digitale attraverso un utilizzo appropriato della tecnologia, evitando qualsiasi forma di invasione nella vita privata, nel pieno rispetto della persona; è, perciò, necessario promuovere corsi di formazione per tutto il personale, per un uso responsabile delle apparecchiature tecnologiche, evitando abusi dei canali digitali (comma 4). Resta fermo e impregiudicato il diritto alla formazione obbligatoria in materia di tutela della salute dei lavoratori e di protezione dei dati, da erogarsi nelle modalità più coerenti con lo svolgimento del lavoro agile (comma 5). Il datore di lavoro deve, infine, fornire, per iscritto, al lavoratore in modalità agile tutte le informazioni adeguate sui controlli che possono essere effettuati sul trattamento dei dati personali, come previsto dalla normativa vigente (comma 6).

ché per promuovere e rafforzare il dialogo sociale in vista dell'attuazione della direttiva (par. 3); dall'altra parte, stabilisce che gli Stati membri possono affidare alle parti sociali l'attuazione della direttiva, ove queste lo richiedano congiuntamente e a condizione che gli Stati membri pongano in essere tutte le misure necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla direttiva (par. 4)³⁸.

³⁸ Si prevede, infine, che il riesame dell'attuazione della direttiva e, se del caso, la proposta di modifiche legislative siano effettuati, da parte della Commissione europea, cinque anni dopo l'entrata in vigore della direttiva medesima, previa consultazione, oltre che degli Stati membri, delle parti sociali a livello di Unione e dei principali portatori di interessi (e tenendo conto dell'impatto sulle microimprese e sulle piccole e medie imprese) (art. 22).

CONTROLLI TECNOLOGICI E *PRIVACY* DEL LAVORATORE

*Alessandro Bellavista**

1. *La teoria della sopravvivenza dei controlli difensivi*

L'avvento del nuovo testo dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, a seguito della novella del *Jobs Act*, ha incrementato il dibattito (invero mai sopito) circa gli spazi di legittimità del potere di controllo tecnologico (a distanza) del datore di lavoro sui comportamenti del lavoratore.

La questione principale concerne la sopravvivenza o meno dei cosiddetti «controlli difensivi» sotto il vigore del nuovo testo normativo. Più precisamente, ci si chiede se, ancora oggi, sia possibile ammettere controlli tecnologici, sui comportamenti illeciti del lavoratore, che non rientrano nel perimetro applicativo dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

Questo dubbio appare paradossale. In effetti, se si considera che la cosiddetta teoria dei controlli difensivi è stata elaborata dalla giurisprudenza sulla base del vecchio testo dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, una conclusione logica dovrebbe essere quella di ritenere che la novella non poteva non tenere conto di quella elaborazione, dei problemi e delle criticità da essa suscitati, nonché degli orientamenti giurisprudenziali in questa materia non sempre coerenti e univoci.

Ma tant'è. Al momento l'idea della sopravvivenza dei controlli difensivi ha trovato accoglimento in alcune corti di merito e finanche presso la Suprema Corte¹ che ha recepito le suggestioni di una parte della dottrina.

Tale approdo ermeneutico, per quanto finemente argomentato, conduce ad una disapplicazione, e perciò ad sostanziale abrogazione, di un enunciato normativo, facendo prevalere un illimitato e idiosincratico bilancia-

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Palermo.

¹ Cass. 22 settembre 2021, n. 25732; Id. 12 novembre 2021, n. 34092.

mento giudiziale nei confronti di quello prefigurato nel dettaglio dal legislatore; e, in ultima analisi, determinando la creazione di una vera e propria nuova norma del tutto antitetica rispetto a quella coniata dallo stesso legislatore.

Sicché, sulla base della rivitalizzata teoria dei controlli difensivi, la disapplicazione dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori comporta l'esenzione, da un lato, dalla procedura codeterminativa del comma 1 della disposizione; dall'altro, e soprattutto, dall'osservanza dell'obbligo, di cui al comma 3 del medesimo testo normativo, di informare preventivamente il lavoratore della possibilità di essere sottoposto al controllo a distanza.

Questa posizione non è (per fortuna) unanime). In effetti, in altra parte della giurisprudenza di merito e di Cassazione², e nella dottrina prevalente, è diffusa la tesi secondo cui il cosiddetto controllo difensivo è assoggettato alla procedura codeterminativa del comma 1; e, comunque, va sempre osservato l'obbligo di informare preventivamente il lavoratore della possibilità del controllo. E se ciò non accadesse, i dati sarebbero illegittimamente raccolti e quindi inutilizzabili.

Orbene, va anzitutto osservato che la riedizione della teoria dei controlli difensivi, sotto il nuovo regime giuridico, appare presentare molteplici aporie logiche, che in pratica sono simili (se, *mutatis mutandis*, non del tutto analoghe) a quelle in cui incorreva la stessa teoria di fronte al vecchio testo dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori. Questa disposizione, infatti, è onnicomprensiva: e cioè, essa, ieri come oggi, prende in considerazione il controllo a distanza (e cioè tramite strumenti tecnologici) sull'«attività dei lavoratori». E il concetto di «attività dei lavoratori» (che è diverso dall'espressione «attività lavorativa» contenuta negli artt. 2 e 3 dello Statuto dei lavoratori) è talmente ampio da abbracciare qualunque tipo di comportamento dei dipendenti. Quindi, ogni forma di controllo tecnologico dovrebbe rientrare nel campo applicativo della disposizione.

D'altra parte, l'inserimento nel nuovo testo del comma 1, dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, quale presupposto giustificativo dell'installazione dell'apparecchiatura di controllo, della finalità di «tutela del patrimonio aziendale», è un chiaro indice della scelta del legislatore di ricondurre i controlli difensivi proprio nel campo di applicazione della suddetta parte dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori. In effetti, ogni forma di comportamento illecito del lavoratore, comunque sia classificabile, è inesorabilmente diretto a ledere il patrimonio aziendale. E, ovviamente, se il controllo di-

² Cass. 4 novembre 2021, n. 31778.

fensivo ricade nel perimetro dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, da ciò consegue che non si possa prescindere anche dall'ottemperare all'obbligo di preventiva informazione di cui al comma 3 del medesimo art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

Peraltro, nelle pronunce della Cassazione favorevoli alla sopravvivenza della teoria dei controlli difensivi è rintracciabile un uso non appropriato della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul rispetto della vita privata nei luoghi di lavoro. In pratica, quest'ultima giurisprudenza rappresenta, per la Cassazione, un argomento per giustificare la disapplicazione dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori e lasciare campo libero ad un imprevedibile e soggettivo bilanciamento giudiziale.

Questa soluzione è criticabile, poiché, com'è noto, secondo la Corte costituzionale, il dialogo tra le norme internazionali (della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e quelle interne dovrebbe portare ad un ampliamento delle tutele garantite al diritto fondamentale che viene in esame (che qui è il diritto al rispetto della vita privata nei luoghi di lavoro)³. Infatti, la Consulta afferma che «in materia di diritti fondamentali, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa (sentenza n. 317 del 2009): vale, in altre parole, il principio della massima espansione delle tutele e della conseguente prevalenza della fonte che conferisce la protezione più intensa»⁴. Cosa questa che invece non si verifica seguendo il ragionamento della Cassazione. E, d'altronde, fino a tempi recenti, il richiamo della suddetta giurisprudenza della Corte di Strasburgo è stato sempre operato dalla prevalente dottrina italiana in funzione espansiva della tutela del lavoratore nei confronti della sorveglianza elettronica. Da quando, invece, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ammesso la legittimità di un controllo occulto, svolto attraverso la videosorveglianza⁵, allora questo precedente, riguardante l'ordinamento spagnolo, è stato utilizzato per giustificare lo scardinamento dei limiti alla vigilanza elettronica posti dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

³ Cfr. Corte cost. 30 novembre 2009, n. 317.

⁴ Così, Corte cost. 9 luglio 2014, n. 223.

⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 ottobre 2019, *López Ribalda and Others v. Spain*.

2. Il Garante per la protezione dei dati personali e la sorveglianza elettronica

A ben vedere, la teoria dei controlli difensivi non trova alcun riscontro presso il Garante per la protezione dei dati personali. Infatti, questa Autorità, per un verso, tende a fare rientrare tutti gli strumenti di controllo nell'area di operatività della procedura codeterminativa di cui al comma 1 dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: e quindi a configurare come eccezionale l'ipotesi di esenzione da siffatta procedura sancita dal successivo comma 2. Per altro verso, il medesimo Garante, proprio con riferimento al nuovo testo dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, ha ripetutamente sottolineato che «l'adempimento degli obblighi informativi nei confronti del dipendente (consistenti nella "adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli") costituisce una specifica condizione per il lecito utilizzo di tutti i dati raccolti nel corso del rapporto di lavoro, attraverso strumenti tecnologici e/o strumenti di lavoro, per tutti i fini connessi al relativo rapporto, ivi compresi i rilievi disciplinari, unitamente al rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali»⁶.

Peraltro, i sostenitori della teoria dei controlli difensivi trascurano che, anche disapplicando *in toto* l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, e quindi (non solo il dovere di informativa preventiva, ma) anche il riferimento, lì contenuto, all'obbligo di osservanza della disciplina della protezione dei dati personali, quest'ultimo obbligo risorge dalle ceneri per effetto del Codice della *privacy* e della diretta applicazione del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (cosiddetto RGPD). E tale normativa concreta principi e regole assai dettagliati che vincolano fortemente la valutazione di legittimità della sorveglianza e che vanno ben al di là degli sfumati criteri indicati dalla Cassazione, nelle pronunce poc'anzi citate: criteri, come s'è già detto, tanto evanescenti da fare correre il rischio che la soluzione del caso concreto sfoci nel più ampio soggettivismo giudiziario.

Per giunta, il Garante per la protezione dei dati personali ha sottolineato la stretta connessione tra l'art. 88 RGPD e le già vigenti disposizioni lavoristiche in materia di trattamento dei dati personali nel rapporto di lavoro. Secondo il Garante, infatti, «il Codice» (cosiddetto della *privacy*: e cioè, il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 276), «confermando l'impianto anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, fa espresso rinvio al-

⁶ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, provv. 13 maggio 2021, n. 9669974; Id., provv. 15 aprile 2021, n. 9670738.

le disposizioni nazionali di settore che tutelano la dignità delle persone sul luogo di lavoro, con particolare riferimento ai possibili controlli da parte del datore di lavoro (artt. 113 “Raccolta di dati e pertinenza”, e 114 “Garanzie in materia di controllo a distanza”)). E «per effetto di tale rinvio, e tenuto conto dell’art. 88, par. 2, RGPD, l’osservanza degli artt. 4 e 8 dello Statuto dei lavoratori e dell’art. 10, d.lgs. n. 276/2003 (nei casi in cui ne ricorrono i presupposti) costituisce una condizione di liceità del trattamento». Sicché, «tali norme costituiscono nell’ordinamento interno quelle disposizioni più specifiche e di maggiore garanzia di cui all’art. 88 RGPD – a tal fine oggetto di specifica notifica del Garante alla Commissione, ai sensi dell’art. 88, paragrafo 3, RGPD – la cui osservanza costituisce una condizione di liceità del trattamento e la cui violazione...determina anche l’applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi dell’art. 83, paragrafo 5, lett. d), RGPD»⁷.

E così, nell’ultima relazione del Garante, si legge che «l’Autorità è tornata sul tema dell’impiego degli strumenti tecnologici nei diversi contesti lavorativi, evidenziando il rapporto tra la disciplina di settore (l. n. 300/1970) e la disciplina di protezione dei dati, che, pur costituendo normative autonome, dotate ciascuna di un proprio apparato sanzionatorio, posto a tutela di beni giuridici distinti e complementari, sono comunque integrate attraverso richiami incrociati che regolano le condotte del datore di lavoro (artt. 113, 114 e 171 del Codice; v. anche art. 4, c. 3, l. n. 300/1970)». Pertanto, il Garante afferma, a chiare lettere, che «il mancato rispetto della predetta disciplina» (cioè, di quella speciale lavoristica) «può comportare l’applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie (cfr. artt. 83, paragrafo 5, lett. d) e 88 RGPD, nonché art. 114 del Codice, in riferimento all’art. 4, l. n. 300/1970), nonché può integrare la fattispecie di reato prevista dall’art. 171 del Codice»⁸.

Di conseguenza, sarà molto probabile che i controlli difensivi «liberi» dall’art. 4 dello Statuto dei lavoratori, ammessi dalla Cassazione e da una parte della dottrina, verranno invece folgorati, in vario modo, dal Garante. Il che ovviamente contribuirà all’aumento dell’incertezza del quadro giuridico e soprattutto ostacolerà le scelte delle imprese di implementazione degli strumenti tecnologici. E tutto questo assume contorni paradossali se

⁷ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, provv. 28 ottobre 2021, n. 9722661, e *ivi* sono menzionati i precedenti provvedimenti che affermano lo stesso principio.

⁸ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, Relazione annuale 2021, Roma, 2022, p. 164 s.

si tiene conto del fatto che proprio una delle letture più ragionevoli della novella dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori è stata quella di ritenere che essa realizzasse la tanto auspicata integrazione tra la disciplina speciale lavoristica in materia di controlli sui lavoratori e la disciplina generale della *privacy*. Purtroppo, come s'è appena visto, la teoria della sopravvivenza dei controlli difensivi produce l'effetto contrario: non quello dell'integrazione del quadro normativo, bensì quello della sua polverizzazione e balcanizzazione.

3. Il «decreto trasparenza» e l'utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati

Di recente, è stato varato il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, denominato «attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea». Il decreto (detto anche «decreto trasparenza» da parte degli addetti ai lavori) contiene alcune significative modifiche al d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 («attuazione della direttiva 91/533/CEE concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro»).

Anzitutto, nel d.lgs. n. 152/1997 è stato inserito l'art. 1-*bis* (intitolato «ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati»). Il comma 1 di tale disposizione prevede che «il datore di lavoro o il committente pubblico e privato», (tale normativa, in base al comma 7, si applica anche alle collaborazioni autorganizzate e eterorganizzate), «è tenuto ad informare il lavoratore dell'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori»; e che «resta fermo quanto disposto dall'art. 4, l. n. 300/1970».

Il successivo comma 2 aggiunge che «i fini dell'adempimento degli obblighi di cui al c. 1, il datore di lavoro o il committente è tenuto a fornire al lavoratore, unitamente alle informazioni di cui all'art. 1, prima dell'inizio dell'attività lavorativa, le seguenti ulteriori informazioni: a) gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo dei sistemi di cui al c. 1; b) gli scopi e le finalità dei sistemi di cui al c. 1; c) la logica ed il funzionamento

dei sistemi di cui al c. 1; d) le categorie di dati e i parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi di cui al c. 1, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni; e) le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità; f) il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi di cui al c. 1 e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse». E nel comma 5 si legge che «i lavoratori, almeno 24 ore prima, devono essere informati per iscritto di ogni modifica incidente sulle informazioni fornite ai sensi del c. 2 che comportino variazioni delle condizioni di svolgimento del lavoro».

Il comma 3 dell'enunciato sottolinea che «il lavoratore, direttamente o per il tramite delle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali, ha diritto di accedere ai dati e di richiedere ulteriori informazioni concernenti gli obblighi di cui al c. 2»; e che «il datore di lavoro o il committente sono tenuti a trasmettere i dati richiesti e a rispondere per iscritto entro trenta giorni».

Di notevole importanza è il comma 5, per il quale «il datore di lavoro o il committente sono tenuti a integrare l'informativa con le istruzioni per il lavoratore in merito alla sicurezza dei dati e l'aggiornamento del registro dei trattamenti riguardanti l'attività di cui al c. 1, incluse le attività di sorveglianza e monitoraggio»; e che «al fine di verificare che gli strumenti utilizzati siano conformi alle disposizioni previste dal» RGPD, «il datore di lavoro o il committente effettuano un'analisi dei rischi e una valutazione d'impatto degli stessi trattamenti, procedendo a consultazione preventiva del Garante per la protezione dei dati personali ove sussistano i presupposti di cui all'art. 36 del» RGDP «medesimo».

Inoltre, il comma 6 della stessa disposizione stabilisce che «le informazioni e i dati di cui ai c. da 1 a 5 del presente articolo devono essere comunicati dal datore di lavoro o dal committente ai lavoratori in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico»; e che «la comunicazione delle medesime informazioni e dati deve essere effettuata anche alle rappresentanze sindacali aziendali ovvero alla rappresentanza sindacale unitaria e, in assenza delle predette rappresentanze, alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e l'Ispettorato nazionale del lavoro possono richiedere la comunicazione delle medesime informazioni e dati e l'accesso agli stessi».

Come si vede questa nuova disciplina impone al datore di lavoro un am-

pio obbligo di informazione preventiva, a favore del lavoratore e delle organizzazioni sindacali, sulla gestione del rapporto di lavoro attraverso strumenti tecnologici e in particolare tramite sistemi decisionali automatizzati, governati da procedure algoritmiche, e meccanismi di sorveglianza elettronica. La violazione di tale obbligo è punita con apposite sanzioni amministrative. E peraltro, di fronte all'inottemperanza del suddetto obbligo, ad opera del datore di lavoro, al di là dell'applicazione della sanzione amministrativa, le organizzazioni sindacali potrebbero ovviamente anche agire mediante l'azione per la repressione della condotta antisindacale.

Per quanto l'interpretazione di questo nuovo blocco normativo possa presentare qualche non trascurabile difficoltà, è però evidente che esso contribuisce ad avvelenare i pochi pozzi disponibili per la teoria (della sopravvivenza) dei controlli difensivi. Ciò perché, come s'è visto, il decreto introduce un ampio obbligo di informazione preventiva, a carico del datore di lavoro, che tocca le varie forme di sorveglianza elettronica e i sistemi di decisione automatizzata. E, ovviamente, il suddetto diritto di informazione del lavoratore (e delle organizzazioni sindacali) va integrato con il più ampio ventaglio di diritti a favore del lavoratore/interessato garantiti dal RGPD e, in particolare, con quelli più specifici di cui all'art. 22 RGPD che scattano nel caso di processi decisionali automatizzati. Inoltre, scaturiranno maggiori possibilità di un controllo, da parte dei lavoratori e dei loro rappresentanti, dell'esercizio del potere datoriale attraverso il cosiddetto «*management* algoritmico» (dominato dall'intelligenza artificiale) qualora fosse approvata la proposta (del 9 dicembre 2021) della Commissione europea di direttiva del Parlamento e del Consiglio «relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali».

Da ultimo, estremamente interessante è la circolare del Ministero del lavoro del 20 settembre 2022, che si sofferma sulla nuova disciplina del «decreto trasparenza». Per ciò che concerne le questioni qui affrontate, secondo la circolare «dalla lettura della disposizione» (e cioè del nuovo art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997) possono individuarsi due distinte ipotesi che il decreto ha voluto regolare per gli aspetti informativi, qualora il datore di lavoro utilizzi sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati che siano: a) finalizzati a realizzare un procedimento decisionale in grado di incidere sul rapporto di lavoro; b) incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori».

Ad avviso della circolare, «premesso che il legislatore ha inteso occuparsi

di strumenti tecnologici e modelli organizzativi in costante evoluzione, con particolare riferimento alla fattispecie *sub a*), sulla base delle conoscenze e delle esperienze attualmente disponibili, si può ritenere che per sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati si intendono quegli strumenti che, attraverso l'attività di raccolta dati ed elaborazione degli stessi effettuata tramite algoritmo, intelligenza artificiale, ecc., siano in grado di generare decisioni automatizzate». Di particolare rilievo è l'affermazione che «nell'ipotesi descritta, l'obbligo dell'informativa sussiste anche nel caso di intervento umano meramente accessorio». Sicché, «nella sostanza, il decreto legislativo richiede che il datore di lavoro proceda all'informativa quando la disciplina della vita lavorativa del dipendente, o suoi particolari aspetti rilevanti, siano interamente rimessi all'attività decisionale di sistemi automatizzati».

La circolare, così, precisa che «ad esempio, l'obbligo dell'informativa sussiste nelle seguenti ipotesi: 1) assunzione o conferimento dell'incarico tramite l'utilizzo di *chatbots* durante il colloquio, la profilazione automatizzata dei candidati, lo *screening* dei curricula, l'utilizzo di *software* per il riconoscimento emotivo e test psicoattitudinali, ecc.; 2) gestione o cessazione del rapporto di lavoro con assegnazione o revoca automatizzata di compiti, mansioni o turni, definizione dell'orario di lavoro, analisi di produttività, determinazione della retribuzione, promozioni, ecc., attraverso analisi statistiche, strumenti di *data analytics* o *machine learning*, rete neurali, *deep-learning*, ecc.».

La circolare sottolinea che «diversamente, non sarà necessario procedere all'informativa nel caso, ad esempio, di sistemi automatizzati deputati alla rilevazione delle presenze in ingresso e in uscita, cui non consegua un'attività interamente automatizzata finalizzata ad una decisione datoriale».

Poi nella circolare si legge che «discorso a parte merita, invece, la previsione *sub b*), riguardante “le indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori”». E che «anche in questa ipotesi il datore di lavoro ha l'obbligo di informare il lavoratore dell'utilizzo di tali sistemi automatizzati, quali, a puro titolo di esempio: *tablet*, dispositivi digitali e *wearables*, gps e geolocalizzatori, sistemi per il riconoscimento facciale, sistemi di *rating* e *ranking*, ecc.» Infine, la circolare precisa che «si deve ritenere che l'obbligo informativo introdotto dal citato art. 1-*bis* del d.lgs. n. 152/1997 trovi applicazione anche in relazione all'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati integrati negli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa, allorquando presentino le caratteristiche tecniche e le funzioni descritte in precedenza».

In conclusione, il recente legislatore ha fatto un importante passo in avanti sulla via della tutela della *privacy* e dei diritti di autodeterminazione informativa dei lavoratori. Il che pone nuovi forti ostacoli a qualunque tentativo di legittimare forme occulte e indiscriminate di sorveglianza tecnologica.

I LIMITI AI CONTROLLI TRA GIURISPRUDENZA NAZIONALE E CEDU

Andrea Sitzia *

1. *Il ruolo della giurisprudenza nella prospettiva dell'art. 8 CEDU e le "lacune" del sistema multilivello*

Il ruolo del formante giurisprudenziale nell'ambito del processo di elaborazione dei parametri di delimitazione del potere datoriale di ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza del dipendente/collaboratore (art. 8 Conv. EDU/art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'UE), è cruciale.

Nella prospettiva della Conv. EDU, il diritto al rispetto della vita privata e familiare è suscettibile di restrizioni, eventualmente anche ad opera di privati nei rapporti orizzontali, solamente qualora una tale limitazione: 1) sia prevista dalla legge; 2) sia giustificata dalla necessità di perseguire almeno una delle finalità legittime elencate dall'art. 8, tra le quali è compresa la protezione dei diritti e delle libertà altrui; 3) sia necessaria in una società democratica.

Considerato che, nella prospettiva convenzionale, il "diritto giurisprudenziale" è assimilato al diritto di fonte legale, l'elaborazione giurisprudenziale svolge una funzione essenziale nella verifica del corretto esercizio del margine di apprezzamento riconosciuto ai singoli Stati membri rispetto ai parametri di legittimità della regolazione dell'ingerenza datoriale nella "*private social life*" del lavoratore nel posto di lavoro.

La giurisprudenza supplisce alle lacune riscontrabili nel complesso del sistema multilivello di diritto positivo, che, allo stato, sembra prediligere la diffusione di una tecnica normativa che evita di prendere posizione in ordine all'individuazione di un punto di bilanciamento rigido e predetermi-

* Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Padova.

nato tra l'interesse alla protezione della "privacy" dei lavoratori e quello, imprenditoriale/datoriale, al pieno esercizio del potere di organizzazione aziendale.

Paradigmatico, in questo senso, è l'approccio dello stesso legislatore europeo in relazione al tema della "privacy" nei luoghi di lavoro: l'art. 88 del Regolamento 2016/679/UE lascia, infatti, gli Stati membri liberi di introdurre – con legge o tramite contratti collettivi, anche aziendali – norme nazionali più specifiche per il trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro. Questa norma, in sostanza, omette di introdurre regole uniformi a «salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati» (così si esprime il par. 2 dell'art. 88¹) in materia di lavoro, con la conseguenza che questo delicato settore dell'ordinamento resta esposto a regolazioni differenti nei vari Stati membri.

Questo difetto di armonizzazione esplicita pone un problema significativo con riferimento all'elaborazione di parametri certi attraverso i quali effettuare quel bilanciamento tra interessi contrapposti che, come detto, l'art. 8 della Conv. EDU impone agli Stati membri in termini di obbligo positivo di tutela dalle ingerenze poste in essere dai privati.

Si deve considerare, al riguardo, che il sistema del Regolamento del 2016 riconosce che «i legittimi interessi di un titolare del trattamento [...] possono costituire una base giuridica del trattamento, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato, tenuto conto delle ragionevoli aspettative nutrite dall'interessato in base alla sua relazione con il titolare del trattamento. Ad esempio, potrebbero sussistere tali legittimi interessi quando esista una relazione pertinente e appropriata tra l'interessato e il titolare del trattamento, ad esempio quando l'interessato [...] è alle dipendenze del titolare del trattamento» (considerando 47).

Il Regolamento, dunque, con riferimento al rapporto di lavoro, legittima il potere aziendale di trattare dati personali relativi ai collaboratori, riconoscendone l'antagonismo² strutturale rispetto agli interessi, diritti e li-

¹Sulla rilevanza dell'art. 88 Regolamento, si veda G. CERRINA FERONI, *Introduzione. Protezione dei dati e diritto del lavoro: un intreccio indissolubile*, in N. BERNARDI (a cura di), *Privacy e gestione del personale*, Teleconsul, Roma, 2021, p. XXII. In argomento anche R. SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori tra libertà di impresa e diritti della persona*, in ID., *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro. Saggi di un quinquennio*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 19 ss., spec. p. 32 ss.

²Si veda, con riferimento al titolo I dello Statuto dei lavoratori, F. SANTONI, *La posi-*

bertà fondamentali di questi ultimi. Tuttavia, consapevole della contiguità della disciplina del trattamento dei dati personali rispetto alle dinamiche di regolazione delle forme del potere aziendale disciplinate dai diritti del lavoro nazionali, l'ordinamento dell'UE ha ritenuto di demandare agli Stati membri il compito di sistemare, con regole di dettaglio, l'intreccio tra diritto del lavoro e protezione dei dati personali.

Questa operazione non è lasciata priva di parametri di controllo, essendo richiesto ai singoli Stati di declinare il principio di necessario bilanciamento, tenendo conto del rapporto conflittuale tra gli interessi contrapposti, e della vulnerabilità degli interessi, diritti e libertà fondamentali del "contraente debole".

L'art. 88 del Regolamento può dirsi, da questo punto di vista, del tutto coerente con il modello dell'art. 8 della Conv. EDU.

Il nostro ordinamento ha recepito solo parzialmente la "delega" di cui all'art. 88 del Regolamento del 2016.

Come noto, infatti, nel momento in cui, nel 2018, il Regolamento è divenuto applicabile, la disciplina degli impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo era già stata riformata, e il nostro legislatore ha ritenuto di potersi limitare a rimodulare il sistema di rinvii interni, ritoccando gli artt. da 111 a 115 del d.lgs. n. 196/2003, e confermando gli artt. 8 e 4 dello Statuto dei lavoratori nella loro funzione di integrazione del sistema di protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro.

Assumendo questa prospettiva, gli artt. 8 e 4 dello Statuto dei lavoratori svolgono, dunque, una funzione specificativa dei principi generali di liceità, correttezza e trasparenza, applicabili al trattamento di dati personali, in forza dell'art. 5 del Regolamento 2016/679.

Nel 2018 è stata aggiunta qualche altra, anche importante, specificazione normativa relativa ad aspetti settoriali quale, ad esempio, il trattamento di dati relativi a condanne penali e reati (si veda il nuovo testo dell'art. 2-*octies* del d.lgs. n. 196/2003). Per il resto, il legislatore è rimasto inerte³,

zione soggettiva del lavoratore dipendente, Jovene, Napoli, 1979, p. 115 ss., per la sottolineatura del «particolare valore antagonistico che assumono certi spazi di libertà nell'impresa rispetto alla rilevanza delle stesse libertà civili nella società, a causa del legame esistente tra gli aspetti tecnici dell'organizzazione del lavoro ed i rapporti di potere-dovere ad essa inerenti».

³ Per una critica rispetto alla scelta del legislatore si veda in particolare A. BELLAVISTA, *Il nuovo articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2016, p. 722 ss.; nella prospet-

così come, ad oggi, è rimasta inattuata la funzione, prevista dall'art. 111 del d.lgs. n. 196/2003, e demandata al Garante (peraltro già dal 1996), di promuovere l'adozione di regole deontologiche per i trattamenti nell'ambito del rapporto di lavoro.

Le ragioni dell'inerzia, o, comunque, dell'approccio "soft" del diritto positivo⁴, sono forse da ricercare nella verosimile consapevolezza del legislatore della difficoltà di inseguire le innovazioni tecnologiche, la cui continua ed incessante evoluzione presuppone un adeguamento costante ed una piena comprensione degli strumenti attraverso i quali i trattamenti (e quindi, innanzitutto, i processi di raccolta di informazioni che si pongono come fondamento strumentale all'esecuzione di operazioni di monitoraggio e controllo) possono essere realizzati.

In buona sostanza, una disciplina eteronoma di puntuale dettaglio rischierebbe di non essere mai perfettamente allineata alle esigenze concrete della realtà storica.

Ben più flessibile e dinamica potrebbe essere, invece, l'azione regolativa delle parti interessate, da concretizzarsi attraverso il processo di adozione delle regole deontologiche tracciato dagli artt. 2-*quater* del d.lgs. n. 196/2003 e 40 del Regolamento 2016/679, che richiede al Garante la verifica della conformità dei codici medesimi alle disposizioni vigenti, tra le quali primario rilievo hanno le raccomandazioni del Consiglio d'Europa, e, dunque, per quanto interessa al giuslavorista, la Raccomandazione n. 5/2015⁵.

Che il legislatore multilivello abbia piena contezza del problema è dimostrato, oltre che dall'intero impianto del Regolamento UE, dalla premessa alla Raccomandazione del 2015 da ultimo citata, che espressamente sottolinea la consapevolezza del Consiglio dei Ministri circa la «utilizzazione crescente di nuove tecnologie e nuovi strumenti di comunicazione elettronica nelle relazioni tra datori di lavoro e dipendenti e dei vantaggi che

tiva del diritto penale A. NISCO, *Prospettive penalistiche del controllo a distanza sull'attività lavorativa nell'attuale contesto normativo e tecnologico*, in SP, 30 dicembre 2021 (<https://www.sistemapenale.it/it/articolo/nisco-controllo-a-distanza-lavoratore>).

⁴In argomento si veda A. TOPO, D. TARDIVO, *Hard law e soft law nel diritto dell'Unione europea in materia di trattamento dei dati personali e di tutela della riservatezza*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 75 ss.

⁵Su questo tema sia consentito un rinvio ad A. SITZIA, *Il ruolo dello Stato, della legge e della contrattazione collettiva con riguardo al trattamento dei dati personali nell'ambito dei rapporti di lavoro*, in G. CASALE, T. TREU (a cura di), *Transformations of work: challenges for the national system of labour law and social security – XII World Congress of the International Society for Labour and Social Security Law*, Torino, 2018, p. 1295 ss.

ne derivano», in relazione alla quale ritiene che «l'utilizzazione di metodologie di trattamento dati da parte dei datori di lavoro dovrebbe essere basata su principi intesi a ridurre al minimo i rischi che tali metodologie potrebbero presentare per i diritti e le libertà fondamentali dei dipendenti, in particolare per il loro diritto al rispetto della vita privata».

Il Consiglio d'Europa raccomanda di ridurre al minimo il trattamento di dati personali, limitandolo ai dati necessari per lo scopo perseguito nel singolo caso, «al fine di consentire il libero sviluppo della personalità del dipendente ed opportunità di rapporti personali e sociali sul luogo di lavoro» (cfr. artt. 3 e 4 della Raccomandazione n. 5).

Bilanciamento, minimizzazione e riduzione dei rischi sono, specularmente, il medesimo obiettivo che, sul piano interno, il legislatore delegante aveva posto al Governo tramite l'art. 1, comma 7, lett. f), della legge n. 183/2014, che richiedeva un adeguamento dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori attraverso una «revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro», tenendo conto dell'evoluzione tecnologica, per realizzare un contemperamento delle esigenze produttive e organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori.

2. Bilanciamento, minimizzazione e riduzione dei rischi: accountability e necessità

La composizione del conflitto tra il potere di acquisizione di informazioni (in cui rientrano i profili di trattamento dati implicati dall'esercizio del potere di controllo) e il diritto alla "privacy" del lavoratore, è governata da criteri connotati da un elevato tasso di discrezionalità, che riguardano la necessità, la finalità, la trasparenza e la proporzionalità dei trattamenti, oltre che da una profonda variabilità fattuale che dipende dalla progressiva e massiccia incorporazione nei dispositivi digitali ed algoritmici di forme di potere aziendale, capaci di realizzare un monitoraggio assai pervasivo e difficilmente definibile e ricostruibile nella sua effettiva struttura funzionale. Il recentissimo caso dell'applicativo per l'acquisizione e la gestione di condotte illecite accessibile da postazioni di lavoro attestata alla rete aziendale mediante sistemi firewall che memorizzano in appositi file di log le operazioni di navigazione effettuate⁶, dimostra la complessità tecnica dei pro-

⁶Ci si riferisce all'ordinanza ingiunzione del Garante per la protezione dei dati personali nei confronti dell'Azienda ospedaliera di Perugia, 7 aprile 2022, doc. web n. 9768363.

cessi di trattamento, che presuppone una attenta ricostruzione delle modalità di gestione del flusso di informazioni e delle credenziali di autenticazione, che tenga conto della particolare vulnerabilità degli interessati nel contesto lavorativo e, segnatamente, nella prospettiva della protezione di chi procede alla segnalazione di un illecito.

Ne deriva che la garanzia di protezione dei diritti e delle libertà degli interessati non può che essere oggetto di una verifica di adeguatezza delle misure adottate, che sfugge ad una puntuale predeterminazione eteronoma, per essere consegnata ad un modello di responsabilizzazione/“*accountability*” che poggia, come assai opportunamente rilevato in dottrina⁷, sulla capacità del titolare (del potere) di spiegare le proprie azioni dimostrando di aver ottemperato, cioè tradotto in misure concrete e adatte al caso di specie, i principi di liceità, trasparenza e correttezza.

L'integrazione tra norma lavoristica e disciplina “*privacy*” è realizzata, nel nostro ordinamento, dagli artt. 113 e 114 del d.lgs. n. 196/2003 e dall'ultima parte del terzo comma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori; ed è in rapporto a queste norme che deve essere effettuata la verifica di adeguatezza dei processi di trattamento posti in essere dal titolare/datore di lavoro.

Per quanto concerne l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori, richiamato esplicitamente dall'art. 113 del d.lgs. n. 196/2003 oggi vigente, occorre tenere conto dell'art. 9 del Regolamento, a norma del quale «è vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona».

Il par. 2, lett. b) dell'art. 9 del Regolamento, ammette il trattamento di queste categorie di dati personali, definite particolari, «nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri».

L'art. 8 dello Statuto dei lavoratori, in combinazione con l'art. 9 del Regolamento, autorizza, dunque, l'effettuazione di “indagini” da cui derivi il trattamento di categorie particolari di dati personali relativi al lavoratore

⁷Cfr. G. FRANZA, *Il ruolo dei regolamenti aziendali e della responsabilità sociale dell'impresa: eteronomia e autonomia individuale nel diritto interno*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *op. cit.*, p. 632 ss., spec. p. 633. In argomento A. CAPOLUONGO, *Il nuovo lavoro agile tra data protection e riorganizzazione dei modelli aziendali*, in *Revista de Ciencia de la Legislación*, n. 11, 2022.

solamente in relazione alla specificità delle prestazioni dedotte in contratto.

La rilevanza ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore funge da criterio di legittimazione del trattamento, a condizione che quest'ultimo sia «necessario» e purché si sia «in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato».

Il tema della necessità⁸, rimanda alla problematica relativa all'individuazione dei limiti al potere organizzativo e direttivo, che viene dunque assoggettato, in relazione al potere di effettuare trattamenti di dati personali, al criterio della coerenza rispetto al perseguimento del legittimo interesse del titolare.

Il parametro della legittimità dell'interesse è connotato dalla necessaria predisposizione di limiti e garanzie “appropriate”, tra le quali rientra la minimizzazione, la previa valutazione dei rischi attraverso il modello della c.d. “*privacy by design*” e il bilanciamento, che implica una preventiva valutazione della proporzionalità del trattamento rispetto allo scopo perseguito.

La lettura sistematica degli artt. 9, Regolamento e 8 dello Statuto dei lavoratori consente di ritenere che quest'ultima norma risulti oggi “aggiornata”, nel senso che i principi di necessità e proporzionalità impongono una rinnovata cautela in relazione alla rilevanza che deve essere attribuita alla specificità delle prestazioni dedotte nel contratto⁹.

La flessibilità di questo modello di regolazione si presta a fornire una

⁸Per la sottolineatura della centralità dei principi di “*privacy by design*” e “*privacy by default*” nella prospettiva della necessaria individuazione di una idonea base giuridica su cui fondare il trattamento dei dati personali da parte del datore di lavoro (pubblico o privato che sia) si veda R. FRATINI, *Privacy ed efficienza nel pubblico impiego*, in *MGL*, n. 3, 2021, p. 607.

⁹Nel diritto francese l'art. L.1121-1 del Code du travail esprime un principio analogo nel disporre che «*nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*». Il riferimento alla “*nature de la tâche*”, analogamente alla “valutazione dell'attitudine professionale”, funge da parametro di riferimento per la valutazione della legittimità dei trattamenti di informazioni sui lavoratori da parte del datore di lavoro. Regole simili si trovano in diversi altri ordinamenti europei, tra i quali, guardando all'Est Europa, si può citare quello ungherese, il cui art. 5, Sezione 5, del Codice del Lavoro del 2012, espressamente prevede (nella versione in inglese), al par. 2, che «*The rights relating to personality of employees may be restricted if deemed strictly necessary for reasons directly to the intended purpose of the employment relationship and if proportionate for achieving its objective*». Per un'analisi dell'ordinamento ungherese si veda J. HAJDÚ, A. LUKÁCS, *Privacy and the employment relationship in Hungary*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *op. cit.*, p. 254 ss., spec. p. 257 s.

protezione adattabile alla tendenza, oggi assai diffusa, ad attribuire sempre maggiore rilevanza a caratteristiche soggettive del prestatore di lavoro, quali la prontezza dell'adempimento, con estremizzazione delle c.d. “*soft skills*” ed una conseguente nuova forma di soggettivizzazione della perizia professionale¹⁰.

L'operazione di bilanciamento tra interessi contrapposti è richiesta, dall'attuale sistema normativo multilivello, al titolare del trattamento/datore di lavoro, che deve identificare sin dall'inizio la finalità del trattamento, i caratteri dei dati che intende raccogliere e trattare, verificando la liceità (intesa nel senso di necessità in relazione al fine, legittimo, perseguito) del tratta-

¹⁰ Con lo sviluppo della terziarizzazione e la diffusione del “management algoritmico” e della c.d. “Industria 4.0” il fenomeno della spersonalizzazione dell'attività lavorativa (su cui cfr. F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, cit., p. 167 s.) lascia spazio ad una sempre più diffusa e massiva analisi di dati in enorme quantità, funzionale alla realizzazione di un modello di produzione e gestione aziendale caratterizzato dalla capacità di trasformare l'analisi di informazioni in forme sempre più adatte di gestione del ciclo produttivo in base alle esigenze dei mercati e ai cambiamenti della domanda. Questo processo implica una progressiva intellettualizzazione delle attività umane ed una focalizzazione del management sulla “performance” e sulla prontezza dell'adempimento: il c.d. “*smart working*” poggia sulla rilevanza dell'attenzione e sulla disponibilità dei lavoratori a risolvere problemi, il che si traduce nella attribuzione di rilevanza ad aspetti remoti della vita di un individuo che vengono acquisiti in varie forme ed elaborati attraverso sofisticati modelli informatici. Per alcune considerazioni generali in argomento D. RUGGIU, C. KALLONIATIS, C. COENEN, A.G. MAVROEIDI, A. KITSIOU, S. MILANI, A. SITZIA, *Responsible Innovation at work: Gamification, public engagement, and Privacy by Design*, in *Journal of Responsible Innovation*, 2022 (<https://doi.org/10.1080/23299460.2022.2076985>). Per la prospettiva degli studi di organizzazione del lavoro cfr. D. DE MASI, *Smart working. La rivoluzione del lavoro intelligente*, Marsilio, Venezia, 2020, spec. p. 15; in generale G. MAIFREDA, *L'organizzazione del lavoro. dalla rivoluzione industriale allo smart working*, Pearson, Milano-Torino, 2022. In argomento anche A. SITZIA, B. LOPEZ, *Le più avanzate modalità di controllo sul lavoratore: machine learning e social media*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *op. cit.*, p. 358 ss. Si veda Cass. civ., sez. I, 1° giugno 2022, n. 17911, per il caso di una cooperativa di pulizie che ogni settimana affiggeva nella bacheca aziendale un cartello, con delle c.d. “faccine” (smile) associate alle fotografie dei lavoratori interessati che rappresentavano le valutazioni di sintesi sull'operato dei medesimi (relativamente ad assenteismo, simulazione di malattia e altro) quale esito del concorso qualità (denominato “guardiamoci in faccia”) approvato dall'assemblea dei soci. Il caso è interessante perché conferma quanto evidenziato nel testo in ordine ad una tendenza a soggettivizzare la performance nei modelli di management. La sentenza riconosce la sproporzione del trattamento rispetto allo scopo; quanto al consenso manifestato per l'esito della valutazione settimanale, la Corte nega che lo stesso potesse autorizzare la più invasiva prassi attuata dalla società con la ripetuta sistematica pubblicazione dei volti dei dipendenti associata alle “faccine” e ai giudizi sintetici.

mento stesso previa individuazione della base giuridica idonea ed effettuazione di una “valutazione di impatto”, da intendersi come valutazione dei rischi ed individuazione delle misure di sicurezza più idonee.

Tramite la “valutazione d’impatto”, il titolare deve determinare, in particolare, l’origine, la natura, la particolarità e la gravità dei rischi che il trattamento può presentare per i diritti e le libertà delle persone fisiche, e l’esito della valutazione «dovrebbe essere preso in considerazione nella determinazione delle opportune misure da adottare per dimostrare che il trattamento dai dati personali rispetta» il regolamento (cfr. il considerando 84 del Regolamento 2016/679).

3. Bilanciamento di interessi, governance aziendale e “aggregazione” valoriale

Il bilanciamento che il Regolamento europeo esige, ha la funzione di responsabilizzare il titolare/datore di lavoro attraverso un rinnovato equilibrio nel rapporto di potere/soggezione tra il datore di lavoro e i lavoratori dipendenti relativamente ai dati personali, attraverso il riferimento ad un criterio di equilibrio che impone al titolare di tener conto degli interessi della controparte.

La verifica dell’adeguatezza e proporzionalità dell’esercizio del potere di informazione del titolare/datore di lavoro è imposta anche in relazione alle operazioni di trattamento dei dati personali acquisiti nell’esercizio del potere di controllo.

L’ultima parte del terzo comma dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori, nel condizionare l’utilizzo delle informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 alla corretta e integrale applicazione della disciplina sulla “privacy”, integra la disciplina lavoristica imponendo, anche in questo caso, al titolare/datore di lavoro di individuare la base giuridica del trattamento, che risulta legittimo solamente ove necessario per realizzare il legittimo interesse al cui perseguimento l’attività è preordinata.

Attraverso l’art. 4 dello Statuto dei lavoratori si può dire che l’ordinamento “riespande”, rispetto al diritto del lavoro, la «disciplina generale (e trasversale) volta a proteggere i dati personali e ad evitare trattamenti illeciti o non corretti», aggiornando «l’operazione di bilanciamento tra le esigenze dell’impresa e la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore»¹¹.

¹¹ In argomento si veda G. PROIA, *Controlli a distanza e trattamento dei dati personali*:

Il fulcro della disciplina poggia oggi sul riconoscimento della legittimità del trattamento che sia necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali.

L'integrazione tra diritto del lavoro e diritto della "privacy" implica che, con riferimento al tema del trattamento di dati personali dei lavoratori, funzionale all'esercizio del controllo a distanza, giustificato dai commi 1 e 2 dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, il titolare deve preliminarmente rispettare (e dimostrare di aver rispettato) i principi di necessità, legittimità dell'interesse, proporzionalità e bilanciamento.

L'interesse datoriale al «trattamento necessario alla migliore esecuzione del contratto all'interno dell'organizzazione aziendale [...] che l'imprenditore ha predisposto per l'efficiente funzionamento dell'azienda»¹², sconta un'operazione di preliminare bilanciamento di interessi che il titolare/datore di lavoro deve dare conto di aver effettuato nel rispetto dei principi di minimizzazione e di "privacy by design", esplicitando, nell'informativa (ai sensi dell'art. 13), le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento stesso che può risultare il legittimo interesse perseguito (ove il trattamento si basi sull'art. 6, par. 1, lett. f).

Nel registro delle attività di trattamento, inoltre, devono essere evidenziate una serie di rilevanti informazioni, tra le quali rientrano le finalità del trattamento e una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative adottate¹³.

Dal sistema del Regolamento europeo emerge, dunque, un generale principio di preventiva valutazione ponderata dei casi concreti.

Il bilanciamento deve essere effettuato dal titolare, che deve responsabilmente individuare un punto di proporzionamento, nella consapevolezza della relazione sproporzionata e sbilanciata tra le parti; ed il bilanciamento operato dal titolare andrà assoggettato, in caso di contestazione, ad un

due discipline da integrare (ma senza fare confusione), in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *op. cit.*, p. 329 ss., spec. p. 335.

¹²L'art. 30 del Regolamento esclude l'applicazione dell'obbligo di tenere il registro delle attività di trattamento alle imprese o organizzazioni con meno di 250 dipendenti, a meno che il trattamento effettuato possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, oltre che nel caso in cui il trattamento includa categorie particolari di dati di cui all'art. 9, par. 1.

¹³Così R. FRATINI, *Privacy ed efficienza nel pubblico impiego*, cit., p. 615.

controllo giudiziale circa il rispetto, in concreto, dei parametri generali di riferimento.

È un modello concettualmente molto avanzato, che si può ritenere, in qualche misura, compatibile con l'impostazione teorica che suggerisce l'«inserimento nella *governance* aziendale di obiettivi sociali»: il principio di responsabilizzazione, invero, per quanto concerne il tema del rapporto con la protezione della “*private social life in the workplace*” (per utilizzare le parole della Corte EDU), passa attraverso l'affidamento al datore di lavoro/titolare del compito di bilanciare correttamente gli interessi contrapposti, sul presupposto di una sorta di “aggregazione valoriale” «entro la cornice di una giustificazione industriale non più basata, come in passato, sulle sole grandezze tipiche del mondo industriale, ma aperta a recepire al suo interno (non come un limite esterno, ma quale *componente endogena del modello industriale*) una serie di giustificazioni civiche, dando assoluta priorità ai temi della salute, sicurezza e benessere delle persone»¹⁴.

Per sintetizzare, si può dire che il modello europeo prevede che, al fine di preservare la dignità umana, qualsiasi interferenza datoriale nella sfera personale del lavoratore deve essere giustificata.

Ed il compito di fornire una tale giustificazione spetta al titolare/datore di lavoro. La giustificazione del controllo si connette all'individuazione dell'interesse che, nella prospettiva del Regolamento 2016/679/UE, è capace di consentire l'effettuazione di un trattamento di dati personali: previa dimostrazione della sua “legittimità”; previa effettuazione di una valutazione di bilanciamento tra interessi contrapposti; previa elaborazione di una “valutazione d'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali” (nei casi previsti dall'art. 35 del Regolamento).

Il tutto fermo il principio di autodeterminazione informata (consenso informato).

Con riferimento all'ultimo profilo, relativo all'autodeterminazione, occorre tener conto del fatto che il consenso viene considerato una base giuridica molto debole in materia di lavoro¹⁵, donde acquisisce rilievo preponderante il c.d. interesse legittimo del titolare.

Pare però evidente che la valutazione circa la legittimità dell'interesse

¹⁴ Questa tesi in A. PERULLI, V. SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, Bologna, 2022, pp. 39-40.

¹⁵ Cfr. G. PROIA, *Controlli a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare (ma senza fare confusione)*, cit., spec. p. 335.

del datore, in una relazione ad intenso squilibrio di autorità come quella di lavoro, non può assumere una mera prospettiva unilaterale.

Torna dunque in rilievo la questione relativa alla necessità dei trattamenti, in ordine alla quale, come si è detto più sopra, l'art. 88 del Regolamento apre ad un controllo di legittimità che implica la trasparenza¹⁶ della logica interna e delle dinamiche che giustificano il bilanciamento di interessi effettuato *ex ante* dal titolare/datore di lavoro.

Lo scopo del trattamento può ritenersi legittimo solamente se rispetta i parametri di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza.

4. Adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza

Eccoci giunti al test di proporzionalità e alla giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana, che ha affermato, con una fondamentale sentenza del 22 settembre 2021, che: «sono consentiti i controlli anche tecnologici posti in essere dal datore di lavoro finalizzati alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro o ad evitare comportamenti illeciti, in presenza di un fondato sospetto circa la commissione di un illecito, purché sia assicurato un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore, sempre che il controllo riguardi dati acquisiti successivamente all'insorgere del sospetto»¹⁷.

¹⁶La trasparenza è funzionale all'autodeterminazione, che nell'ambito del rapporto di lavoro passa attraverso la mediazione collettiva. In questa prospettiva, che non è oggetto di analisi nel testo, si muove la proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma del 9 dicembre 2021 (COM(2021) 762 final). In argomento si vedano le considerazioni di G. GAUDIO, *L'algorithmic management e il problema della opacità algoritmica nel diritto oggi vigente e nella Proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni dei lavoratori tramite piattaforma*, in *LDE*, 2022, 1 (<https://www.lavorodirittieuropa.it/dottrina/lavori-atipici/958-l-algorithmic-management-e-il-problema-della-opacita-algoritmica-nel-diritto-oggi-vigente-e-nella-proposta-di-direttiva-sul-miglioramento-delle-condizioni-dei-lavoratori-tramite-piattaforma>).

¹⁷Sulla sentenza n. 25732/2021 si vedano i commenti di V. NUZZO, *Sulla sopravvivenza dei controlli c.d. difensivi dopo la riscrittura dell'art. 4 St. lav.*, in *RIDL*, n. 1 2022, II, p. 120 ss.; M. PIRONE, *La Corte di Cassazione ed i 'controlli difensivi' nel solco della nuova formulazione dell'art. 4 St. lav.*, in *DML*, n. 1, 2022, p. 205 ss.; C. COLAPIETRO, A. GIUBILEI, *Controlli difensivi e tutela dei dati del lavoratore: il nuovo punto della Cassazione*, in *LLI*, n. 2, vol. 7, 2021, p. 189 ss. (<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/14118>); I. PICCININI, M. ISCERI, *Questioni attuali sul potere di vigilanza e controllo del datore*, in *LDE*, n. 4, 2021

Il principio affermato dalla Corte va ben oltre lo specifico tema del controllo difensivo, e introduce nel ragionamento giuslavoristico un significativo riscontro della «potente propensione conformativa»¹⁸ di cui è dotato il diritto dell'Unione europea, che era fino ad oggi rimasta nell'ombra.

La Corte sottolinea, nella propria critica alla sentenza d'appello, che «è pure mancata ogni valutazione circa il corretto bilanciamento» tra interessi contrapposti.

Il giudice del rinvio sarà ora chiamato a verificare nel concreto se tale bilanciamento sia stato operato in termini proporzionati o no: in questo modo la Sezione lavoro richiede espressamente al giudice di merito di fare puntuale applicazione del criterio di proporzionalità, che costituisce il principio cardine del “poderoso apparato normativo” del Regolamento 2016/679/UE, introiettato nel nostro diritto del lavoro per il tramite del comma 3 del novellato art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

L'individuazione delle modalità concrete attraverso le quali il controllo sulla legittimità del bilanciamento di interessi operato dal titolare/datore di lavoro debba essere effettuato, richiede un rinvio alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti, che contiene, nella sua elaborazione ormai ultradecennale, alcune fondamentali «social consideration of the dignity of the individual employee in the workplace»¹⁹.

La Corte EDU ha, da tempo, consolidato un sofisticato sistema di principi regolativi, che sono rimasti sullo sfondo della pratica giurisdizionale nazionale²⁰, ma che sono destinati ad una ben diversa valorizzazione dopo l'arresto della Corte di Cassazione, che ha affermato con chiarezza che il

(https://www.lavorodirittieuropa.it/images/PICCININI_ISCERI_Articolo_LDE_Privacy_-_FINALE.pdf); V. MAIO, *I controlli difensivi e la tutela del patrimonio aziendale*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *op. cit.*, p. 412 ss.; A. SITZIA, *Lavoro, controlli e privacy: un nouveau parcours per il test di bilanciamento nell'elaborazione della Sezione lavoro (e del Garante privacy)*, in *MGL*, n. 4, 2021, p. 957 ss. Per un approccio parzialmente critico si veda A. RICCOBONO, *Capitalismo digitale e controlli sulle attività telematiche dei lavoratori*, in *WP CSDLE*, 2022, n. 458, spec. p. 20.

¹⁸ Così F. PERRONE, *L'autosufficienza regolativa dell'art. 4 St. lav. alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il principio del bilanciamento dei diritti*, in *RGL*, n. 3, 2020, p. 559 ss.; ID., *The Judicial Path to European Constitutionalism: The Role of the National Judge in the Multi-Level Dialogue*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, K. WOJTYCZEK (eds.), *Judicial Power in a Globalized World*, Springer, 2019, p. 395 ss.

¹⁹ Così D. MANGAN, *Guidance from the EU Courts: privacy in the workplace*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *op. cit.*, p. 32.

²⁰ G. BRONZINI, S. GIUBBONI, *La tutela della privacy dei lavoratori e la Corte di Strasburgo, oltre il Jobs Act*, in *RCDP*, n. 1, 2018, p. 143 ss.

test di bilanciamento e proporzionalità funge da strumento di valutazione circa la legittimità dell'interesse datoriale al trattamento dei dati dei lavoratori.

La sentenza n. 25732/2021 rinvia, dunque, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per la ricostruzione dei criteri di elaborazione del test di bilanciamento.

Sul punto va chiarito, peraltro, che la stessa Corte EDU ha precisato, nel 2010, che «the competing interests concerned might well be given a different weight in the future, having regard to the extent to which intrusions into private life are made possibile by new, more and more sophisticated technologies».

Questa sorta di monito, contenuto nella motivazione della sentenza *Köpke* è particolarmente rilevante ai nostri fini in quanto pone in evidenza come la Corte abbia ben presente l'alto livello di intrusività che gli strumenti tecnologici possono realizzare.

Il passaggio della motivazione di *Köpke* consente di valorizzare ulteriormente il carattere mobile e adattabile del principio di bilanciamento, non suscettibile di una definitiva stabilizzazione, a garanzia di una protezione effettiva e volta per volta modulata sulle esigenze specifiche, nella prospettiva della tutela della dignità e della protezione della vita privata del singolo lavoratore.

Il bilanciamento, dunque, per essere “corretto” richiede di essere continuamente adeguato, «tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento, sia all'atto del trattamento stesso» (art. 25, par. 1, del Regolamento 2016/679/UE).

La sentenza *López* rappresenta ad oggi il punto più avanzato dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU in materia di controllo tecnologico a distanza.

In *López* la Corte sviluppa un ragionamento che prende le mosse dalla sentenza *Köpke*.

In *Köpke* si afferma, sostanzialmente, che: a) l'art. 8 della Convenzione implica non solamente obblighi di carattere negativo per gli Stati contraenti, ma anche l'obbligo positivo di adottare misure idonee a garantire il rispetto effettivo della vita familiare e della vita privata; b) l'effettivo rispetto dell'art. 8 della Convenzione impone allo Stato di adempiere ai propri obblighi positivi di protezione in favore di soggetti vulnerabili, ma la scelta

delle misure specifiche da adottarsi rientra nel c.d. “*margin of appreciation*” riservato agli Stati contraenti; c) in determinate circostanze l’obbligo positivo imposto dall’art. 8 può essere ottemperato attraverso l’introduzione di un sistema normativo idoneo a conciliare, nello specifico contesto di riferimento, i diversi interessi in conflitto; d) in relazione all’impianto complessivo della normativa di riferimento (nel caso *Köpke* l’ordinamento tedesco), si può ritenere che un sistema di videosorveglianza occulta sul luogo di lavoro che segua fondati e dimostrabili sospetti di furto, in presenza di un appropriato sistema di tutele, possa dirsi rispettoso della protezione della vita privata.

Le circostanze concrete che indussero la Corte, nel caso *Köpke*, a ritenere che il bilanciamento degli interessi in conflitto fosse stato operato equamente, sono rappresentate dal fatto che: i) l’area di ripresa era ristretta, ii) la sorveglianza era stata limitata nel tempo; iii) l’accesso ai dati registrati era limitato; iv) vi era un considerevole interesse alla protezione del diritto di proprietà; v) gli organi della Giustizia domestica avevano verificato che non erano disponibili, in concreto, altri strumenti, meno invasivi, per proteggere la proprietà del datore di lavoro.

La rilevanza del principio di diritto è evidente, in quanto il filone *Köpke/López* chiarisce quando sia possibile derogare alla regola della trasparenza (*sub specie* informativa preventiva), così completando il quadro rispetto al “test” di compatibilità dei controlli operati dal datore di lavoro rispetto all’interesse alla privacy del lavoratore elaborato dalla Grande Camera con la sentenza *Bărbulescu*²¹.

I profili che la sentenza della Grande Camera, in *López*, ritiene debbano essere considerati sono i seguenti: i) il lavoratore deve essere stato informato della possibilità del monitoraggio e dell’adozione di misure di controllo; ii) l’informazione deve essere chiara in ordine alla natura del monitoraggio e deve essere fornita preventivamente; iii) deve essere verificata l’estensione del monitoraggio ed il grado di intrusione nella privacy del lavoratore: in questa prospettiva v’è distinzione tra il monitoraggio del solo flusso di comunicazioni e quello del loro contenuto; deve essere precisato al lavoratore se sono oggetto di monitoraggio tutte o solo una parte delle comuni-

²¹ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, 5 settembre 2017, *Bărbulescu v. Romania*; per un commento cfr. F. PERRONE, *La tutela della privacy sul luogo di lavoro: il rinnovato dialogo tra Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e giurisdizione nazionale dopo la sentenza Bărbulescu 2*, in *Labor*, 2018, p. 3. In argomento si veda anche R. SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori*, cit., p. 36 ss. nonché P. TULLINI, *I controlli aziendali per finalità difensive nella giurisprudenza*, in *RIDL*, 2022, I, p. 221 ss.

cazioni scambiate, ed il numero di persone che vi possono avere accesso; iv) il datore di lavoro deve disporre di ragioni legittime, capaci di giustificare il monitoraggio; v) si deve verificare se esista la possibilità di ricorrere a misure di monitoraggio meno intrusive; vi) devono essere verificate quali sono le conseguenze del monitoraggio e qual è l'uso che il datore di lavoro intende fare delle informazioni; vii) si deve verificare che esistano garanzie adeguate che garantiscano in particolare che il datore di lavoro non possa accedere al contenuto delle comunicazioni senza che il lavoratore sia preventivamente informato di una tale eventualità.

La sentenza *López* ribadisce i principi affermati da *Köpke* e chiarisce quando possa dirsi legittimo un controllo operato in assenza di informazione preventiva.

Il ragionamento è il seguente: a) la videosorveglianza occulta di un lavoratore sul luogo di lavoro deve essere considerata come una intrusione significativa nella sua vita privata; b) lo Stato deve ottemperare all'obbligo positivo imposto dall'art. 8 di garantire un effettivo rispetto della vita privata anche sul luogo di lavoro; c) in questa prospettiva occorre verificare se lo Stato abbia realizzato un equo bilanciamento tra gli interessi contrapposti (privacy e proprietà).

I più recenti arresti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo insistono su due profili del test di proporzionalità: lo scopo della sorveglianza e la consapevolezza del soggetto sorvegliato, ammettendo che possa ritenersi misura che «in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui» (art. 8, par. 2, Conv. EDU), un'intrusione nella vita privata del lavoratore costituita da un sistema di videosorveglianza occulta giustificato da "*prior substantiated suspicion*" nei confronti dell'interessato.

Il fatto che la Sezione lavoro abbia espressamente richiamato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dunque, consente di aggiungere un importante tassello: l'attività di controllo sul lavoratore da parte del datore di lavoro deve essere in ogni caso compatibile con i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia di tutela della "*privacy*" (*rectius*, della vita privata e familiare); la restrizione del diritto alla riservatezza del lavoratore deve essere necessaria in una società democratica, da considerarsi alla stregua di una valutazione di proporzionalità, nel bilanciamento tra contrapposti interessi.

Un esempio delle modalità concrete di applicazione giurisprudenziale

del test di proporzionalità può essere ricercato nella giurisprudenza francese. Con riferimento ad una fattispecie in cui una lavoratrice era stata licenziata sulla base di una ripresa del sistema di videosorveglianza interno che mostrava come la stessa che aveva denunciato un incidente sul lavoro, si fosse, in realtà deliberatamente provocata, all'interno della cucina dove lavorava come cuoca, un taglio all'avanbraccio sinistro utilizzando un pezzo di vetro. La ripresa risale all'11 settembre 2013. La lavoratrice era stata informata circa l'installazione dell'impianto di videosorveglianza nel luglio 2012, attraverso una nota interna che conseguiva ad alcuni comportamenti della medesima lavoratrice all'esito dei quali il datore di lavoro aveva ritenuto di dover predisporre un sistema di controllo. Apparentemente, dunque, nel concreto risultava essere stata fornita una chiara informazione circa il monitoraggio, conseguente ad un'operazione di bilanciamento di interessi all'esito della quale, evidentemente, il datore di lavoro aveva ritenuto di poter giustificare l'installazione del sistema di videosorveglianza.

La Corte d'appello di Parigi, con sentenza confermata dalla Cassazione, ha, per contro, affermato che, a causa della prolungata estensione temporale del controllo, unitamente alla circostanza relativa al fatto che all'interno della cucina lavorasse la sola dipendente in questione, fosse necessario riconoscere la violazione del diritto della lavoratrice al rispetto della propria vita privata, in quanto il controllo (il trattamento) risultava sproporzionato rispetto al fine perseguito, e dichiarato dal datore di lavoro, e cioè la sicurezza delle persone e dei beni aziendali.

Questo perché, in base all'esame delle circostanze concrete, la Corte ha ritenuto che in realtà «la finalit  du dispositif de vid o surveillance est la surveillance constante du salari »²².

²² Cour d'appel de Paris, 17 janvier 2019, n  16/10144; Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 23 juin 2021, 19-13.856.

LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI DEI LAVORATORI NEL DIRITTO VIVENTE AL TEMPO DEGLI ALGORITMI

Alessandra Ingraio *

1. *Il potere direttivo e di controllo del datore di lavoro, algoritmi e dati personali dei lavoratori*

Da qualche anno la riflessione dei giuslavoristi ha messo in luce che le nuove tecnologie non soltanto rafforzano il potere di controllo a distanza del datore di lavoro¹ – aumentando le *chances* di tracciabilità della prestazione lavorativa –, ma esse potenziano notevolmente *anche* il potere direttivo, gestionale e d'organizzazione² del datore di lavoro che può delegare agli algoritmi, basati sulla intelligenza artificiale,³ e/o ai *people analytics*⁴

* Ricercatore di tipo B – Università degli Studi di Milano.

¹ A. BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione collettiva nell'economia digitale*, in C. ALESSI, F. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019, p. 151 ss. R. SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori*, in *LG*, 2021, p. 19 ss.

² La pervasività che i poteri datoriali acquistano ha indotto la dottrina a ipotizzare l'esistenza di un «potere di controllo direttivo» cfr. L. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, p. 239 e di un «potere computazionale», cfr. M. DURANTE, *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto società e sapere*, Meltemi, Roma, 2019. Cfr. L. ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, n. 446/2021.

³ Sia consentito rinviare per la definizione e i profili problematici di tali sistemi a A. DONINI, A. INGRAO, *Algoritmi e Lavoro*, Itinerario di ricerca per Labour Law Community, 2022, consultabile su <https://www.labourlawcommunity.org/ricerca/algoritmi-e-lavoro/>.

⁴ A. DONINI, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *DRI*, 2018, 1, p. 222 ss.

parecchie scelte decisionali e gestorie⁵ che impattano sulla vita lavorativa del prestatore.

Il *trend* non è proprio soltanto del modello **Industria 4.0** – dove l’interazione costante, circolare, interconnessa e autogovernata dei sensori dell’*internet of things*, di algoritmi e macchinari conduce alla creazione di processi produttivi e soluzioni organizzative rispetto ai quali il lavoratore potrebbe assistere ad una esacerbazione della sua condizione di dipendenza⁶. Il tracciamento informatico del prestatore funzionale all’esercizio di potere gestionale-organizzativo, infatti, è già realtà nei comparti economici più avanzati del terziario, dove sono diffusi dispositivi che suggeriscono (per fare soltanto un esempio) al *manager* decisioni sulla mobilità di carriera del prestatore⁷ o, del settore della distribuzione e *delivery*, dove l’algoritmo, dopo aver stilato classifiche tra i ciclofattorini, assegna i turni, premiando i *riders* considerati affidabili e scartando coloro che invece non “hanno dimostrato di avere i numeri” per meritare l’assegnazione della corsa⁸, arrivando persino

⁵ P. TULLINI, *Recensione a S. Zuboff, Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2020, in RIDL, 2021, III, 1, p. 61 ss.

⁶ Si tratta però soltanto di una ipotesi, giacché secondo diversa opinione, il modello industria 4.0 contribuirebbe a popolare i reparti produttivi di “*blue collar* aumentati”, cioè super-operai istruiti, specializzati e responsabilizzati a governare ogni eventuale necessità del sistema automatizzato, cfr. E. DAGNINO, *Dalla fisica all’algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019. Il lavoro, più in generale, potrebbe presentarsi «sempre meno esecutivo e più autorganizzato, focalizzato sugli obiettivi; prevalentemente caratterizzato dalla modalità di lavoro in team e quindi richiedente skill corrispondenti», R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, FUP, Firenze, 2018, p. 229.

⁷ La constatazione emerge da una ricerca sul campo svolta su un campione di grandi aziende appartenenti al comparto ICT, relativa al lavoro agile, si veda M.T. CARINCI, A. INGRAO, *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma*, in LLI, vol. 7, n. 2, 2021, pp. 11-59.

⁸ Tali fatti sono stati accertati definitivamente da Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, all’esito di un giudizio instaurato da Filcams-CGIL Bologna, Nidil-CGIL Bologna e Filt-CGIL Bologna contro la piattaforma *Deliveroo* e il suo algoritmo *Frank*. Ad avviso della giudice, il modello algoritmico di assegnazione delle corse realizzava una discriminazione indiretta, poiché *Frank* era programmato per considerare le assenze (dovute a presentazioni tardive, cancellazioni di turni o comunque cancellazioni comunicate tardivamente) dei lavoratori tutte uguali, senza distinguere tra quelle legittimate giustificate per malattia o per l’esercizio del diritto di sciopero costituzionalmente garantito e quelle non giustificate. Cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in LLI, n. 1, 2021, 7, p. 3 ss.

a disattivare (o sospendere) gli *account* dei *gig workers* che non hanno raggiunto una determinata soglia di *rating*⁹.

Tra le tante riflessioni che tali innovazioni tecnico-organizzative suscitano, una più d'altre in questa sede merita di essere coltivata. Si vuole appuntare l'attenzione sul fatto che i frammenti informativi che riguardano l'attività lavorativa del prestatore (i dati personali) divengono la linfa che permette il funzionamento di tutti i sistemi sopraccitati, la cui cifra comune risiede nella capacità di elaborazione dei dati di *input* per generare dati di *output*, utili a prendere *smarter business decision*, secondo il ben noto modello del c.d. *data driven management*¹⁰.

Se le cose stanno così, se il dato costituisce il carburante del nuovo sistema produttivo informatizzato, allora, sarebbe scorretto sottovalutare i rischi che l'utilizzo di questa "miscela infiammabile" può innescare per l'effettività dei diritti del lavoratore di libertà, dignità ed autodeterminazione¹¹. Occorre piuttosto avviare una seria riflessione dei giuslavoristi sulle norme che – in sinergia con le regole dello Statuto dei lavoratori – sono dirette proteggere quei diritti fundamentalissimi della persona in uno Stato democratico, di fronte a processi vorticosi di circolazione dei dati personali che riguardano anche i luoghi di lavoro.

Per tali ragioni, nei paragrafi che seguono si concentrerà l'attenzione sugli aspetti salienti del Regolamento 2016/679/UE (Regolamento generale sulla protezione dei dati personali delle persone fisiche, c.d. GDPR), come adeguato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, con la convinzione che la complessa architettura normativa *privacy* – ora confluita nel d.lgs. n. 196/2003¹² – sia

⁹Di particolare interesse è la decisione dell'Amsterdam District Court, 11 marzo 2021, n. C/13/692003 /HA RK 20-302 che applica l'art. 22 del Regolamento n. 679/2016 ad alcuni autisti di Uber. Sulla disattivazione quale recesso unilaterale del contratto cfr. A. INGRAO, "Uberlabour": l'organizzazione "uberiana" del lavoro in Brasile e nel mondo. Il driver è un partner di Uber o un suo dipendente?, in *DRI*, n. 2, 2018, p. 705 ss. e *ivi* giurisprudenza citata.

¹⁰P. TULLINI, *Dati*, in M. NOVELLA, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 105 ss. Cfr. G. GAUDIO, *Algorithmic management, sindacato e tutela giurisdizionale*, in *DRI*, n. 1, 2022, p. 30 ss.

¹¹In termini A. BELLAVISTA, *La tutela dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO, ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali, temi e problemi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 397 ss.

¹²A. BELLAVISTA, *Le prospettive della tutela della persona del lavoratore tra le politiche del nuovo Governo gialloverde e le tendenze del diritto europeo*, in *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione, Studi in onore di Roberto Pessi*, Cacucci, Bari, 2021, p. 145 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Gli effetti del regolamento europeo GDPR sulla disciplina del trattamento aziendale dei dati del lavoratore*, in *ADL*, n. 4-5, 2018, p. 1 ss.

una di quelle discipline normative che riducono l'ambito di operatività della libertà d'iniziativa economica privata in nome della salvaguardia dei diritti fondamentali di dignità e libertà dei lavoratori, soddisfacendo così il contemperamento imposto dall'art. 41, comma 2, Cost.

2. La filosofia del GDPR: responsabilizzazione del datore di lavoro per la prevenzione dei rischi di lesione dei diritti fondamentali di libertà, dignità e autodeterminazione dei lavoratori

Tutte le volte che un'informazione, capace di rendere una persona fisica identificata o identificabile, è raccolta o elaborata da un apparecchio tecnologico o immagazzinata in un archivio cartaceo si configura la fattispecie del «trattamento di dati personali» disciplinato dal Regolamento n. 679/2016. I dati personali, come noto, si dividono poi al loro interno tra dati comuni e dati particolari, questi ultimi – chiamati in precedenza dati “sensibili” – disciudono informazioni più strettamente connesse al nucleo profondo della persona: dati sanitari, biometrici (impronta digitale, scansione dell'iride, ecc.) opinioni politiche e sindacali.

La normativa *privacy*, sin dalle sue origini – a partire dalla Convenzione 108/1980 e dalla direttiva n. 95/46/CE¹³, richiede che ogni trattamento di dati personali sia rispettoso di alcuni principi – di finalità, trasparenza e minimizzazione – che incidono sulla modalità del trattamento stesso al fine di fornire protezione all'individuo, cui i dati appartengono in virtù di una relazione quasi-dominicale¹⁴.

Non si tratta però di proteggere la riservatezza o una pretesa ad «essere lasciati soli»¹⁵, tutelando la sfera intima del lavoratore da sguardi indiscreti

¹³ A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2013; P. CHIECO, *Il diritto alla riservatezza del lavoratore*, in *DRI*, 1998, p. 1 ss. e A. SITZIA, *Il diritto alla “privatezza” nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, Padova, 2013.

¹⁴ S. RODOTÀ, *La “privacy” tra individuo e collettività*, in *Politica del diritto*, 1974, p. 545 ss.; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *RCDP*, 1997, p. 583 ss.

¹⁵ Che è considerato un diritto della personalità, cfr. M. MAGNANI, *Diritti della persona e contratto di lavoro. L'esperienza italiana*, in *QDLRI*, n. 15, 1994, p. 49, la quale rimarca che l'art. 2 Cost. è “grimaldello” per giustificare il riconoscimento di nuovi diritti, come quello all'identità personale e alla *privacy*, i cui confini reciproci, tuttavia, non sono facilmente

di un datore di lavoro «ficcanaso»¹⁶. Il legislatore europeo intende piuttosto assicurare che le modalità del trattamento siano necessitate e proporzionate¹⁷ e che i suoi scopi siano noti alla persona interessata dal trattamento sin dalla raccolta dei dati, oltreché permettere a quest'ultima di restare padrona delle sue informazioni, accedendovi eventualmente anche per opporsi al trattamento.

V'è di più. Il Regolamento n. 679/2016 fa propria una filosofia radicalmente differente rispetto alla direttiva del 1995¹⁸, sostituendo al precedente approccio autorizzatorio, il principio generale dell'*accountability* o responsabilizzazione del titolare del trattamento e della prevenzione del rischio. Il “rischio informativo-tecnologico” è considerato dal Regolamento una diretta derivazione dell'organizzazione strumentale informatica capace di raccogliere, elaborare e utilizzare dati personali dei lavoratori. La normativa *privacy*, dunque, è costruita e si sviluppa intorno alla stessa logica che caratterizza la materia della protezione della salute e della sicurezza del lavoro, nella quale un crocevia di obblighi, adempimenti e responsabilità sono addossati al datore di lavoro per minimizzare o eliminare il rischio biologico che si assume nascere e dipendere dall'organizzazione del lavoro e dalle lavorazioni.

Pertanto, partendo dal presupposto che ogni trattamento di dati personali comporta un rischio di lesione dei diritti fondamentali della persona di dignità, libertà e autodeterminazione il Regolamento n. 679 assegna un ruolo preminente al principio di responsabilizzazione e prevenzione che obbliga il datore di lavoro a valutare tale rischio, ad adottare misure idonee al fine di prevenire eventuali conseguenze negative sulla persona e, in definitiva, a eliminare o mitigare il suddetto rischio.

distinguibili dall'interprete.; E. GRAGNOLI, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, in *ADL*, 2007, I, p. 1211 ss. A. BELLAVISTA, *La tutela dei dati personali*, cit., p. 397 ss.

¹⁶U. ROMAGNOLI, *Sub art.* 8, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 143.

¹⁷Cfr. R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, cit.

¹⁸A. BELLAVISTA, *La tutela dei dati personali*, cit. Sia consentito rinviare alla più approfondita analisi in A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari, 2018.

3. *Il principio di accountability del datore di lavoro e le sue implicazioni*

Si è già detto che il Regolamento n. 679/2016 altro non è che una complessa architettura regolativa diretta a prevenire e, se possibile impedire, le conseguenze negative che possono derivare dall'uso di tecnologie informative che consentono di raccogliere, incrociare, immagazzinare, rielaborare e conservare dati eterogenei e di utilizzarli per gli scopi più disparati, anche all'insaputa del soggetto interessato dal trattamento. Il Regolamento, tra l'altro, intende evitare che le moderne apparecchiature digitali, che consentono di effettuare trattamenti di dati "multifunzionali" a scopo plurimo, ricostruendo veri e propri "profili" comportamentali dell'individuo (il livello di produttività individuale o la velocità di compimento di certe operazioni), possano essere poste alla base di decisioni che comportano effetti significativi sulla gestione e sulla stessa esistenza del contratto di lavoro.

Benchè il GDPR non sia stato concepito per regolare soltanto i trattamenti di dati dei lavoratori – configurandosi piuttosto come uno «statuto generale dell'informazione»¹⁹ – è innegabile che la sua applicazione abbia notevoli ricadute nel diritto del lavoro, contribuendo a rafforzare i limiti all'esercizio dei poteri datoriali di direzione e controllo. Occorre considerare infatti che l'architettura dell'imponente costruzione regolativa coincide con il principio di «responsabilizzazione» del titolare del trattamento (*accountability*) da cui discende un obbligo generale del datore di lavoro di *essere in grado di dimostrare* l'adozione e l'efficace attuazione di un *modello organizzativo*, che contempra misure giuridiche, organizzative, tecniche, «adeguate», riguardo alle peculiarità e ai bisogni della singola organizzazione, a garantire l'efficace attuazione delle regole del Regolamento al fine di prevenire la lesione dei diritti degli interessati.

Il datore di lavoro è soggetto, dunque, a un obbligo di proceduralizzare il proprio potere informatico: prima di effettuare qualsiasi trattamento di dati dei lavoratori – anche sottoforma di controllo a distanza – l'organizzazione strumentale idonea a cogliere frammenti informativi del prestatore dovrà essere esaminata e mappata, al fine di predisporre una esaustiva *valutazione dei rischi* per i diritti fondamentali – inserita e documentata nella valutazione di impatto *privacy* di cui all'art. 35 Regolamento che deve essere resa pubblica – nonché delle misure attuate per contrastare tali rischi.

¹⁹E. GRAGNOLI, *Dalla tutela della libertà*, cit.

All'interno di tale valutazione periodica, il titolare è tenuto a spiegare quali misure e azioni concretizzano i principi del trattamento, di cui all'art. 5 Regolamento, di finalità, trasparenza e minimizzazione. Nella materia che ci occupa, infatti, è di estrema, rilevanza per il lavoratore interessato dal trattamento (o per la RSA o RSU) conoscere ed essere consapevole dello scopo per il quale un dato che gli appartiene è stato appreso nonché dei possibili utilizzi che il datore può fare delle informazioni raccolte. Peraltro, nella valutazione d'impatto *privacy* devono essere altresì indicate le misure di mitigazione del rischio adottate, in applicazione dei principi di minimizzazione e proporzionalità, la cui implementazione ha notevoli ricadute sulla disciplina dei limiti datoriali al controllo a distanza²⁰.

Infine, nella valutazione d'impatto *privacy* è fondamentale palesare la catena di soggetti autorizzati dallo stesso titolare a trattare e a visionare i dati personali dei lavoratori, anche al fine di assicurare agli interessati o ai loro rappresentanti l'accesso ai dati raccolti ed eventualmente l'esercizio del diritto di opposizione.

4. Algoritmi e trattamenti automatizzati di dati personali

Il Regolamento n. 679 prevede una disposizione che si ataglia specificamente al caso degli algoritmi che rafforzano il potere direttivo del datore di lavoro prendendo decisioni elaborate dalla intelligenza artificiale (*supra* par. 1). All'art. 22 è sancito il diritto del lavoratore interessato del trattamento a non essere sottoposto a una «decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, ivi inclusa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla persona». Le decisioni algoritmiche interamente automatizzate, dunque, non sono vietate al datore di lavoro o al committente di un rapporto di lavoro autonomo coordinato o eterorganizzato, ma possono essere introdotte nell'organizzazione produttiva quando ciò sia necessario per la conclusione o esecuzione di un contratto tra lavoratore-interessato e titolare del trattamento, datore o committente (art. 22, par. 2).

In tutti questi casi, in virtù del par. 3 dell'art. 22 del Regolamento, il titolare del trattamento è obbligato ad attuare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e gli interessi del lavoratore interessato, informandolo altresì dell'esistenza del trattamento automatizzato, dei suoi scopi, non-

²⁰ A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, cit., p. 156 ss.

ché della «logica utilizzata» e delle conseguenze previste per l'interessato²¹. In proposito, il Gruppo di lavoro art. 29 per la protezione dei dati, 3 ottobre 2017 (modificato il 6 febbraio 2018, 28) ha chiarito che «il titolare del trattamento dovrebbe trovare modi semplici per comunicare all'interessato la logica o i criteri sui quali si basa l'adozione della decisione. Il regolamento impone al titolare del trattamento di fornire informazioni significative sulla logica utilizzata, ma non necessariamente una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati o la divulgazione dell'algoritmo completo. Le informazioni fornite dovrebbero tuttavia essere sufficientemente complete affinché l'interessato possa comprendere i motivi alla base della decisione». L'applicazione del principio di trasparenza e intelligibilità della specifica decisione cui è sottoposto l'interessato è, dunque, uno degli antidoti più efficaci nei confronti dei meccanismi decisionali opachi tipici degli algoritmi²².

In secondo luogo, il titolare del trattamento non può esimersi dal garantire al lavoratore il diritto di opposizione al trattamento e di contestare la decisione automatizzata anche al fine di ottenere una nuova decisione, questa volta, “umanizzata”. Viene così previsto un limite alla possibilità di svolgere processi decisionali algoritmici *completamente* automatizzati, dovendo sempre essere possibile rinvenire un centro d'imputazione e di responsabilità della decisione che sia in grado di spiegare in maniera comprensibile la logica umana decisionale sottesa. Tale limite, nondimeno, opera esclusivamente nell'ipotesi in cui il lavoratore facendo apposita richiesta si opponga al trattamento.

5. Protezione dei dati personali dei lavoratori nel “diritto vivente”. Adeguatezza del GDPR ed effettività del diritto alla privacy

Nei paragrafi precedenti sono stati illustrati la filosofia e alcuni adempimenti imposti dalla normativa *privacy* per proteggere i diritti dei prestatori interessati da trattamenti di dati personali nei luoghi di lavoro. Rimangono quindi da svolgere alcune considerazioni conclusive sulla adeguatez-

²¹ Cfr. art. 13, par. 1, lett. f), Regolamento n. 679/2016 e art. 14, par. 1, lett. g) quanto all'informativa *privacy* preventiva al trattamento; ma cfr. art. 15, par. 1, lett. h) per ciò che attiene al diritto d'accesso del lavoratore interessato.

²² F. PASQUALE, *The black Box Society. The Secret Algorithms That Controls Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge, 2016.

za del diritto alla protezione dei dati personali a regolare i fenomeni che la normativa si prefigge di governare e sulla sua effettività.

Quanto al primo aspetto, la normativa *privacy* – studiata da un’angolazione giuslavoristica – è ancora perfettibile, essendo macchiata da una sorta di “peccato originale”, ovvero di non considerare la dimensione collettiva di protezione dei diritti dei prestatori. La regolazione in parola, infatti, nasce e si sviluppa con una forte vocazione individualistica che troppo poco spazio lascia alla dimensione collettiva-sindacale, la quale, invece, nell’immaginario lavoristico rappresenta un solido baluardo per la difesa e l’effettività dei diritti dei lavoratori.

Per fare soltanto un esempio, la disciplina della «valutazione d’impatto» *privacy* (art. 35 Regolamento, su cui cfr. § 3), prevede che nell’esecuzione della mappatura, il titolare-datore di lavoro «se del caso» raccoglie «le opinioni degli interessati o dei loro rappresentanti sul trattamento» che intende effettuare (art. 35, p. 9, Regolamento). Non è quindi previsto un vero e proprio dovere del datore di lavoro di sottoporre i sistemi adottati al vaglio delle rappresentanze sindacali. Si tratta di una mancanza che andrebbe colmata, sul piano legislativo, confezionando una norma che riconosca l’estremo valore che in questa materia riveste la codeterminazione, così come aveva dimostrato d’intendere il lungimirante legislatore statutario nella costruzione del testo originario dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori e come il sistema del consiglio d’Europa ha più volte affermato nelle sue raccomandazioni²³.

Tanto più che, nell’epoca degli algoritmi decidenti, la tanto auspicata umanizzazione delle logiche decidenti o, perlomeno degli effetti che conseguono alle determinazioni dell’intelligenza artificiale – condensate nell’icastico slogan “contrattare l’algoritmo” – può conseguire soltanto ad un’azione sindacale efficace che sappia sviluppare una politica di contrattazione d’anticipo. La negoziazione preventiva di sistemi così complessi nonché dei flussi informativi che essi elaborano non può prescindere dalla solida conoscenza dei lavoratori e dei loro rappresentanti circa il funzionamento e i criteri decisionali degli stessi algoritmi²⁴, essendo impensabile contrattare un’organizzazione del lavoro di cui si ignora il funzionamento stesso.

²³ Rivestono una funzione d’orientamento dell’interpretazione normativa i principi d’informazione e consultazione posti dall’art. 21 della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa R(2015)5 del 1° aprile 2015.

²⁴ È indispensabile entrare «nella logica interna e nei meccanismi di funzionamento automatico di questi sistemi, per ricondurli alla capacità di controllo e di orientamento delle

Di qui, occorre passare a rassegnare alcune conclusioni sullo stato dell'arte e sull'effettività del diritto alla protezione dei dati personali nei luoghi di lavoro la cui concreta attuazione ed esecuzione costituisce ancora una luce in un orizzonte luminoso che è ancora di là da venire.

Per non risultare troppo ingenerosi si vuole premettere che il diritto alla protezione dei dati personali è un diritto "giovane" che fino ad oggi ha trovato applicazione secondo logiche burocratiche che poco giovano agli interessi che la normativa mira a proteggere.

Nell'ambito lavoristico, poi, la normativa *privacy* è stata sottovalutata per diverso tempo dagli operatori del settore. Di fatti, è innegabile che – sino a quando il tema della protezione dei flussi informativi, degli algoritmi e dei controlli sul lavoro non è divenuto "esplosivo" – le organizzazioni sindacali confederali, e non, hanno investito poca energia sul tema e speso troppe poche risorse per utilizzare le leve di contrattazione che già la direttiva del 1995 (se letta santonicamente con l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori) avrebbe potuto offrire. Si contano sulle dita di una mano gli accordi aziendali che hanno saputo formalizzare in clausole negoziali la procedimentalizzazione del potere informatico del datore di lavoro e ciò perché, sino ad ora, non è stato realizzato un reale investimento di sensibilizzazione e formazione degli apparati sindacali che sarebbe stato, invece, strategico per giocare d'anticipo rispetto ad una evoluzione tecnologica sempre più spinta e orientata esclusivamente a logiche produttive.

Il discorso sull'effettività, poi, non può prescindere da alcune considerazioni sui percorsi giurisprudenziali che dimostrano come quella della *privacy* sia una materia troppo spesso sottovalutata dalla giurisprudenza nostrana²⁵.

persone che lavorano» T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *DRI*, n. 1, 2022, p. 19.

²⁵ Nella giurisprudenza di merito si segnalano Trib. Vicenza 28 ottobre 2019; Trib. Roma 13 giugno 2018; Trib. Padova 22 gennaio 2018 che riconoscono espressamente che il controllo a distanza, rappresenta una fase del trattamento dei dati personali, e come tale deve rispettare i principi dettati dalla normativa, ossia i principi di liceità, di correttezza, di necessità, di determinatezza della finalità perseguita, di pertinenza, di completezza, di non eccedenza. È stato altresì riconosciuto illegittimo il controllo effettuato sul computer aziendale in uso al dipendente per violazione sia dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori sia dell'art. 11, d.lgs. n. 196/2003, poiché la sorveglianza effettuata all'infuori dei canoni di lealtà e correttezza e non per scopi determinati, espliciti e legittimi, costituisce un trattamento illecito di dati personali, cfr. Trib. Ferrara 27 agosto 2012. Tuttavia, al di là di queste pronunce di me-

La riforma dei controlli a distanza sulla prestazione lavorativa del 2015 rappresenta un buon banco di prova. Benché infatti – già prima della novella dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, risultava chiaro che il controllo a distanza fosse un trattamento di dati personali dei lavoratori e che, come tale, dovesse soggiacere sia alle regole statutarie sia a quelle del d.lgs. n. 196/2003 – la noncuranza giudiziaria sulla materia della privacy dei lavoratori ha costretto il legislatore a intervenire sul testo della norma al fine di richiamare l'attenzione dei giudici²⁶ sulla necessità di valutare l'effettiva applicazione delle regole a protezione dei dati personali prima di concedere che i dati raccolti dal datore di lavoro possano essere utilizzati.

Si auspica in definitiva che il rinvio esplicito di cui al comma 3 dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori – che si ritiene essere un rinvio “mobile” ossia da innestare su qualsiasi disposizione del Titolo I dello Statuto dei lavoratori – contribuisca a sviluppare l'attenzione e un dibattito tra di addetti ai lavori che possa portare all'emersione di nuovi strumenti di tutela e a rafforzare l'esercizio dei diritti già contemplati dalla normativa.

rito, la giurisprudenza di legittimità continua ad accreditare la tesi del controllo difensivo esercitato dal datore di lavoro in violazione sia della norma statutaria che della normativa privacy.

²⁶In termini, M.T. CARINCI, *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 45 ss., spec. p. 57 e P. TULLINI, *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione è possibile?*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza*, cit., p. 97 ss., spec. p. 100.

LA SORVEGLIANZA DEL LAVORATORE MEDIANTE SOCIAL NETWORK

Gabriele Franza *

1. Delimitazione dell'oggetto dell'analisi

Il riferimento al concetto di sorveglianza consente innanzitutto, anche in relazione al tema dei *social network*, di delimitare l'ambito dell'indagine al profilo del controllo del lavoratore inteso in senso stretto, cioè quello riguardante le sue "attività" in corso di rapporto, così prescindendo da indagini preventive che, interessando il momento pre-assuntivo attraverso vari sistemi di profilazione, possono ricondursi al più ampio concetto di monitoraggio¹.

Il tentativo è dunque quello di inquadrare sistematicamente, alla luce della attuale disciplina statutaria dei controlli e di quella integrata della tutela della riservatezza, un fenomeno che tende invece a sottrarsi all'utilizzo delle tradizionali categorie giuridiche. Ciò che indubbiamente dipende dalle sue qualità dinamiche, collegate alle inarrestabili evoluzioni tecnologiche delle piattaforme e alle loro conseguenti diversificazioni, ma anche dalla sua originaria funzione di socializzazione, che lo colloca in una dimensione extra-lavorativa e quindi, rispetto all'inquadramento nel diritto del lavoro, accentua la rilevanza attribuibile al profilo della riservatezza nella sua modulazione con le regole, individuali e collettive, di gestione del rapporto di lavoro.

A fronte di queste considerazioni, il dato più sorprendente è comunque rappresentato dalla scarsissima presenza, nell'elaborazione giurispruden-

* Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Macerata.

¹ A. SITZIA, B. LOPEZ, *Le più avanzate modalità di controllo sul lavoratore: machine learning e social media*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 358 ss.

ziale, di soluzioni incentrate sulla riconduzione del fenomeno in esame alla disciplina dei controlli datoriali. In effetti, mentre sono centinaia le sentenze della giurisprudenza del lavoro che, a vario titolo, sono interessate dall'utilizzo dei *social network*, quelle che si confrontano con l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, nella versione precedente ed in quella attuale, sono assai poche. Ed ancora di meno sono quelle che offrono una soluzione di inquadramento del problema alla stregua della disposizione statutaria.

Questo dato può avere varie spiegazioni, tra cui anche la scarsa dimestichezza dell'avvocatura del lavoro con una realtà che può definirsi molto recente, ma pure per tali ragioni appare utile provare a suggerire una ricostruzione sistematica che tenga conto delle variegate vicende finora emerse nelle esperienze aziendali.

2. Social network e organizzazione del lavoro

Il primo ambito in cui misurare l'incidenza giuridica del fenomeno riguarda l'organizzazione del lavoro, rispetto alla quale i *social network* possono sovrapporsi, fino a sostituirsi, ai tradizionali strumenti di comunicazione.

Se in alcuni casi la gestione dei *social* costituisce l'oggetto stesso dell'obbligazione lavorativa, generando nuove figure professionali come quella del *social media manager* o del *blogger*², è comunque indubbio che l'utilizzo di queste applicazioni si stia diffondendo come ordinario strumento di lavoro, soprattutto in realtà imprenditoriali ed in contesti produttivi che non richiedono l'osservanza di specifici protocolli interni o particolari formalismi.

Al di là della ampia gamma di applicazioni attualmente esistenti ed in continua evoluzione, sembra innanzitutto necessario distinguere questi *social* dalle applicazioni professionali, come quelle, oramai al centro del dibattito giudiziale e dottrinale, che caratterizzano il rapporto dei c.d. *riders*.

Si tratta di una distinzione che, proprio a causa dello sviluppo tecnologico, può anche risultare complicata, ma proprio per questo richiede di elevare la soglia di attenzione. Infatti la originaria e tipica funzione di socializzazione degli strumenti di comunicazione in esame, fruibili gratuitamente o a bassissimo costo, rischia di determinarne un utilizzo non solo quantita-

²Per le quali si pongono anche problemi di inquadramento giuridico: cfr. ad es. Trib. Roma 5 ottobre 2016, n. 8395; Trib. Roma 4 giugno 2020, n. 2934.

tivamente massiccio ma anche “culturalmente” promiscuo e perfino inconscio³. Appunto a differenza delle applicazioni esclusivamente professionali, che vengono immediatamente percepite, in una dimensione non solo individuale, come meri strumenti di lavoro e, in alcuni casi, di vero e proprio sfruttamento.

Al tempo stesso va però osservato come, per ragioni speculari, gli stessi *social media* costituiscano oramai una inesauribile fonte di prova anche a vantaggio dei lavoratori. Infatti, ferme le regole tecniche sulla loro acquisizione come mezzi istruttori, incluso l'accertamento sulla loro provenienza⁴, le risultanze dei *social* agevolano senz'altro la dimostrazione di ogni fatto rilevante rispetto al momento genetico del rapporto, al suo effettivo svolgimento e finanche al momento estintivo.

Pertanto in ambito processuale l'utilizzo dei *social* come strumenti di lavoro non si pone solo in chiave di asimmetrie informative in relazione alla disciplina sostanziale dei controlli, disegnando invece una variabile geometria probatoria. Ciò che, forse, contribuisce a spiegare il silenzio o almeno la diffidenza della giurisprudenza rispetto alla riconducibilità dei *social*, quali strumenti di lavoro, alla disciplina statutaria ed a quella della *privacy*.

2.1. Controllo mediante social network quali strumenti di lavoro

Come avvertito in dottrina, proprio nella logica dell'organizzazione del lavoro sembra invece indispensabile riflettere sulla qualificazione dei *social* quali strumenti di esecuzione della prestazione, distinguendo necessariamente la disciplina applicabile in base alla loro reale funzione.

Pur con le peculiarità di ciascun utilizzo, in linea generale devono pertanto ritenersi soggetti alla disciplina dell'art. 4, comma 2, i casi in cui le applicazioni dei *social*, qui intese soprattutto come servizi di messaggistica istantanea (le c.d. *chat* di gruppo), siano funzionali a rendere la prestazione di lavoro, come usualmente accade per la gestione degli orari e delle turnazioni, ovvero per la realizzazione di specifiche commesse. Il tutto a prescindere

³ A. INGRAO, *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, in *LLI*, n. 2, 2016, p. 1 ss.

⁴ In proposito, va osservato che secondo Trib. Torino (ord.) 11 novembre 2021, l'eventuale disconoscimento della messaggistica *Whatsapp* non ha gli stessi effetti di quello della scrittura privata, consentendo di accertare la rispondenza all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni.

dere dall'utilizzo di *hardware* o *device* aziendali, anche se concessi ad uso promiscuo, perché è sufficiente qualificare come strumento di lavoro non tanto il *software*, cioè la piattaforma in sé considerata, quanto lo specifico profilo di gruppo o *chat* deputati all'organizzazione del lavoro⁵.

Conseguentemente, è necessaria l'informativa prevista dall'art. 4, comma 3, sulle modalità di utilizzo e sui controlli delle informazioni raccolte⁶, anche se per la disciplina della *privacy* va evidenziato che alcuni principi, come quelli di minimalizzazione o cancellazione dei dati, rischiano di frustrarne l'utilizzo probatorio da parte degli stessi lavoratori, ad esempio per dimostrare l'esistenza di direttive o per provare il lavoro straordinario.

Maggiori perplessità vanno espresse per le comunicazioni individuali, effettuate mediante tali applicazioni, che riguardano la gestione del rapporto, come nel caso di quelle relative alle assenze, o perfino le sue modalità di estinzione. Infatti in queste ipotesi lo strumento non serve a rendere la prestazione e in linea di principio, salva la sovrapposizione con l'utilizzo sopra ricordato, neppure sembra ricorrere il pericolo di una sorveglianza continuativa.

Al contrario, aderendo all'interpretazione più attendibile della novella del 2015, per ogni informazione acquisibile dall'utilizzo del *social* come strumento di lavoro, qualora però ecceda la funzione servente alla esecuzione della prestazione – ad esempio per la dibattuta questione della geolocalizzazione⁷ – o è in assoluto vietata la stessa raccolta, come è a dirsi nell'ipotesi di utilizzo di un *device* personale (che non giustifica neppure la tutela del patrimonio aziendale, salvo eventuali esigenze di tutela della si-

⁵Peraltro va ricordato che secondo il parere n. 2/2017 del Gruppo di Lavoro Articolo 29 i dipendenti non dovrebbero essere tenuti a utilizzare un profilo sui media sociali messo a disposizione dal loro datore di lavoro e, in ogni caso, tale profilo dovrebbe restare distinto da quello «non lavorativo».

⁶Analogamente a quanto affermato da Cass. 22 settembre 2021, n. 25731, rispetto alla inutilizzabilità per mancanza di informativa *ex* art. 4, comma 3, dello Statuto dei lavoratori rispetto ad una *chat* aziendale, dal cui controllo emergeva un potenziale contenuto denigratorio.

⁷Ovviamente, oltre al dibattito generale su cosa debba intendersi per strumenti di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 2, dello Statuto dei lavoratori, cioè se tali siano solo quelli «strettamente» funzionali alla prestazione (cfr. circ. INL n. 2/2016) o pure quelli idonei a garantire una migliore efficienza, si può concordare col rilievo per cui questo problema di qualificazione è amplificato rispetto ad una applicazione *social* e neppure è sempre di immediata percezione, dovendosi rimettere alla valutazione giudiziale l'apprezzamento del caso concreto, salvo le precisazioni dell'Autorità garante in materia.

curezza), oppure, ricorrendo le esigenze tipizzate dall'art. 4, comma 1, è necessaria la procedura sindacale o l'autorizzazione amministrativa⁸.

3. Controllo dell'attività di lavoro mediante social network aziendali

Dalle precedenti considerazioni occorre distinguere nettamente le ipotesi in cui il *social network*, pur non costituendo uno strumento di esecuzione della prestazione, interagisca comunque con il controllo dell'attività di lavoro.

Innanzitutto il *social* può qualificarsi come diretto strumento di controllo. Il caso più evidente è rappresentato dal *social* aziendale, che è senz'altro riconducibile al concetto di strumento installato e impiegato per esigenze organizzative e produttive. Qui si registra in giurisprudenza il fenomeno di sorveglianza dell'attività lavorativa attraverso le recensioni della clientela.

Al di là delle conclusioni a cui si è giunti nel merito, per le quali vale la ovvia differenza tra opinioni e fatti, sembra invece inevitabile ricondurre queste vicende al primo comma della disposizione statutaria, con la precisazione che la utilizzabilità delle informazioni raccolte, oltre che condizionata dalla garanzia sindacale o amministrativa, deve misurarsi con una più articolata disciplina della *privacy*, che interessa anche gli autori delle recensioni. Pertanto risulta indispensabile pure l'adozione di idonee *policy* aziendali, in conformità al GDPR⁹.

Del tutto diversa è l'ipotesi in cui sia il lavoratore a postare un commento sul *social network* aziendale. A prescindere dal fatto che la condotta sia assunta o meno in occasione della prestazione di lavoro¹⁰, non sembra possibile ricondurre la vicenda all'applicazione dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, giacché non esiste alcun pericolo di lesione della riservatezza rispetto ad una condotta singola e specifica, estranea all'obbligo lavorativo, che il lavoratore non soltanto sceglie volontariamente di assumere, ma altrettanto meditatamente decide di rendere manifesta.

⁸E. ROCCHINI, *Social network e controlli a distanza: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *MGL*, n. 1, 2019, p. 151.

⁹Per una applicazione cfr. Trib. Cassino 19 agosto 2021, n. 700.

¹⁰Potendone semmai derivare differenti conseguenze sul piano dell'addebito disciplinare, in quanto se la condotta è assunta anche in occasione del lavoro potrà configurarsi, in aggiunta alla contestazione incentrata sul contenuto del commento, anche quella relativa alla sua incompatibilità temporale con la esecuzione della prestazione di lavoro.

Pertanto ogni valutazione viene correttamente svolta nel merito, potendosi segnalare che, trattandosi di commenti su un *social* comunque aziendale, nel caso di sussistenza del fatto disciplinare rileva anche, nel giudizio di proporzione e per una peculiare applicazione della disciplina della *privacy*, la *policy* aziendale di gestione della piattaforma, ad esempio idonea ad escludere la particolare gravità di un commento, pur accertato come denigratorio, in assenza di una rapida rimozione da parte del datore di lavoro¹¹.

Ancora diversa è l'ipotesi in cui il controllo datoriale avvenga sul *social network* aziendale di altra impresa, stavolta per verificare condotte extra-lavorative o l'eventuale violazione di obblighi distinti dall'adempimento dell'obbligazione di lavoro, vale a dire condotte che, come ancora si dirà, sembrano comunque sottrarsi all'applicazione della disciplina statutaria.

4. Controllo dell'attività di lavoro rispetto all'utilizzo del social network

La forma più rilevante di sorveglianza dell'attività del lavoratore in relazione al fenomeno in esame riguarda senz'altro l'utilizzo del *social network* per scopi privati e personali, cioè appunto di socializzazione, durante l'esecuzione della prestazione di lavoro.

Sembra scontato che in questa ipotesi rilevi il concetto ampio di «attività dei lavoratori» previsto dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, inclusivo di eventuali condotte illecite assunte durante il lavoro e distinte dal mero inadempimento¹², secondo il noto dibattito tuttora in corso sulla persistente ammissibilità dei c.d. controlli difensivi. Senonché, anche rispetto a questa ipotesi il fenomeno dei *social network* pone problemi nuovi e che impongono ulteriori distinzioni ai fini dell'inquadramento sistematico.

Il controllo della navigazione sulle piattaforme *social* deve essere ricondotto al primo comma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori qualora l'accesso a tali piattaforme venga effettuato mediante strumenti di lavoro, qui intesi come strumenti funzionali all'esecuzione di una prestazione che, a differenza di quanto sopra osservato, non ha nulla a vedere con l'utilizzo dei *social*.

¹¹ Trib. Ancona 5 luglio 2021, n. 175.

¹² A. TROJSI, *Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore*, in VTDL, n. 4, 2016, p. 676 ss., in particolare nt. 10.

In questa ipotesi, pertanto, quegli strumenti di lavoro (computer, *smartphone*), che siano o meno di dotazione aziendale, diventano strumenti di controllo a fronte di un qualunque sistema informatico che consenta di verificare la sovrapposizione al tempo di lavoro dell'utilizzo del *social*¹³, come nel noto caso dell'incrocio dei tabulati degli orari di lavoro con i dati così raccolti¹⁴.

Il tutto secondo una logica non difforme da quella che riguarda la sorveglianza della posta elettronica privata, restando solo da verificare la persistente ammissibilità di controlli difensivi rispetto all'illecito perpetrato mediante lo strumento di lavoro, perlomeno quando aziendale.

4.1. Controllo mediante "contatto" sul social network e profilo datoriale "fittizio"

Tuttavia, rispetto ai *social network* il problema risulta assai più complesso, poiché il controllo del loro uso a fini personali e durante l'esecuzione della prestazione può essere svolto in tutt'altro modo, vale a dire mediante il semplice collegamento o "contatto" sulla stessa piattaforma, peraltro attivabile non solo dal datore di lavoro, ovviamente concepito in senso lato e non personale.

Al riguardo, appare irrilevante che l'applicazione *social* venga fruita dal lavoratore attraverso uno strumento di lavoro (funzionale ad altre prestazioni) piuttosto che mediante *device* privati o comunque ad uso promiscuo¹⁵. In entrambi i casi, per ricondurre il controllo alla disciplina dell'art. 4, comma 1, dello Statuto dei lavoratori o, meglio, alla sua violazione, occorre infatti la ardua prova che l'impiego del *social network* da parte di chi, tramite di esso, acquisisce l'informazione sul lavoratore, sia svolto proprio al fine di controllare in modo occulto l'attività di lavoro.

In effetti, in sé considerata la situazione giuridica rappresentata dal "contatto" *social* sembra sottrarsi all'alternativa controllo occulto/controllo autorizzato. Se da un lato la possibilità del controllo è nota al lavoratore, dall'altro non è neppure ipotizzabile un "contatto" riconducibile alle esi-

¹³ Peraltro potenzialmente rilevante anche solo come «abuso del *wifi* aziendale»: così ancora A. INGRAO, *op. cit.*, p. 119.

¹⁴ Cass. 1° ottobre 2012, n. 16622.

¹⁵ Trib. Livorno 25 giugno 2020, n. 208. La distinzione potrebbe semmai rilevare nel giudizio di gravità della condotta, qualora il datore di lavoro avesse disposto il blocco di accesso al *social* tramite strumenti aziendali.

genze aziendali tipizzate dalla disposizione statutaria, per le quali bisognerebbe pure attribuire un diverso significato all'avverbio "esclusivamente". Peraltro ciò presupporrebbe, dal punto di vista logico, la scomposizione finalistica dell'atto di installazione (dell'applicazione *social*) ad opera del datore di lavoro da quello di impiego del *social* quale strumento di controllo dell'organizzazione e del patrimonio aziendale, secondo una lettura che non pare giustificata dalla disposizione e dalla rilevanza finora assegnata alla mera possibilità (e quindi casualità) di controllo, che appunto deriva dalla sola installazione, alla quale oltretutto vengono espressamente riferiti l'intervento sindacale o l'autorizzazione amministrativa.

A riprova, la certezza dello scopo di controllo occulto sussiste, invece, nel caso del profilo *social* fittizio (il c.d. stratagemma), creato appositamente dal datore di lavoro e quindi installato ed impiegato proprio per contattare il dipendente durante l'orario di lavoro. E, non a caso, la vicenda è stata esaminata dalla Cassazione alla luce del precedente testo della norma statutaria¹⁶.

Per questa ipotesi occorre dunque stabilire se, a fronte di esigenze di tutela del patrimonio aziendale o di sicurezza sul lavoro, la novella consenta ancora di ricondurre la fattispecie nell'alveo dei controlli difensivi, come appunto affermato dalla ricordata pronuncia del giudice di legittimità. D'altra parte, la soluzione opposta non appare comunque praticabile, dovendosi altrimenti ipotizzare che un accordo sindacale possa consentire la creazione (cioè l'installazione) di profili falsi da parte del datore di lavoro.

Fermo restando che, quanto ad una informazione così raccolta, anche al di fuori del limite di inutilizzabilità posto dal necessario rispetto del GDPR agli effetti dell'art. 4, un contatto in qualunque modo "indotto" o "sollecitato" sembra effettivamente ledere le elementari garanzie della dignità e riservatezza del lavoratore (salvo, forse, che la richiesta provenga dallo stesso dipendente per mera coincidenza temporale).

4.2. *Controllo mediante contatto "vero" sul social network*

Al di fuori dell'ipotesi appena considerata, va tuttavia ribadito che, anche collocandosi sul mero piano probatorio (vale a dire ammettendo che in astratto sia dimostrabile lo specifico scopo di controllo perseguito con l'impiego del *social*), i margini di dimostrazione di un tale scopo di controllo sembrano strettissimi.

¹⁶Cass. 27 maggio 2015, n. 10955.

Non può dirsi, infatti, che in materia sia configurabile una presunzione (giurisprudenziale) di controllo occulto, nel senso che il “contatto” *social* tra datore di lavoro e dipendente possa essere considerato, quale situazione tipica, instaurato o anche solo impiegato appositamente per tale finalità.

Lo stesso problema si pone in relazione al divieto dell’art. 8 dello Statuto dei lavoratori, qualora si assuma che la partecipazione del datore di lavoro allo spazio virtuale condiviso dal lavoratore impedisca di scindere, *ex ante*, ciò che rileva a fini professionali da ciò che, invece, è oggetto del divieto di indagine¹⁷. Difatti nel caso di specie è più che dubbia la possibilità di qualificare come indagine la possibilità di un controllo che, in senso tecnico-giuridico, non può dirsi svolto all’insaputa del lavoratore¹⁸ e che, oltretutto, può riguardare anche informazioni acquisite casualmente.

Nella stessa prospettiva, neanche sembra possibile valorizzare l’inciso del parere del Gruppo di lavoro Articolo 29 secondo cui «non esiste alcun fondamento giuridico che giustifichi la richiesta di amicizia di un datore di lavoro nei confronti di potenziali dipendenti o qualsiasi richiesta di accesso ai contenuti dei loro profili»¹⁹. Oltre al rilievo per cui questa “regola” è indicata in relazione alla fase pre-assuntiva, la sua applicazione a rapporti in corso non consente di configurare un divieto assoluto di contatto *social* tra datore di lavoro e dipendente. Ciò che sarebbe comunque irrealizzabile, non solo nella pratica in cui verrebbe perfino imposto lo scollegamento di contatti già esistenti, ma anche in punto di diritto, giacché la libertà dello stesso lavoratore di accettare o addirittura chiedere il contatto, quale forma di libera comunicazione, gode di copertura costituzionale²⁰.

In realtà, quello che può essere valutato, rispetto all’accertamento di uno scopo di controllo occulto tramite una “vera” condivisione, sono ele-

¹⁷ F. D’AVERSA, *Il diritto di critica (anche sindacale) nell’epoca dei Social Media e degli altri sistemi di interazione sociale*, in *LLI*, n. 2, 2019, p. 58.

¹⁸ Da qui anche l’exasperazione delle problematiche poste dall’utilizzo dei *social* sul piano psicologico e culturale.

¹⁹ In questo senso, ma rispetto agli strumenti di lavoro, A. TOPO, *Circolazione di informazioni, dati personali, profilazione e reputazione del lavoratore*, in *Lavoro e privacy*, cit., p. 395.

²⁰ Pertanto, anche ammettendo che l’installazione dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori possa identificarsi con il solo contatto *social* (piuttosto che con la creazione di un proprio profilo da parte del datore di lavoro), non si vede come possa essere legittimato un intervento sindacale in materia, che invece per la norma statutaria sarebbe necessario, data l’irrelevanza del consenso prestato dal singolo lavoratore o dal gruppo rispetto alla installazione dello strumento di controllo, secondo gli approdi del giudice di legittimità.

menti indiziari, come la collocazione temporale del contatto, anche in relazione al momento della stessa rappresentazione sul *social*²¹, la provenienza della richiesta e soprattutto l'ambito soggettivo di chi raccoglie l'informazione, per il quale andrebbe allora stabilito se possa trascendersi quello individuato dall'art. 3 dello Statuto dei lavoratori.

Il punto critico ed essenziale è, tuttavia, che il datore di lavoro può acquisire l'informazione da qualsiasi soggetto terzo, perfino se privo di una relazione di colleganza con il dipendente interessato dal controllo. E per tali soggetti sicuramente non è possibile configurare un divieto rispetto alla installazione o anche al solo impiego dei *social*, non diversamente da quanto vale per la "sorveglianza" di condotte del lavoratore comunque avulse dall'obbligazione di lavorare, per quanto concepita in senso lato in relazione alla attività di lavoro.

5. Controllo tramite social network di attività extra-lavorative

In effetti, l'analisi si presenta ancora più spinosa per la "sorveglianza" che riguarda l'utilizzo dei *social network*, da parte del dipendente, rispetto a sue condotte di carattere strettamente personale o comunque *lato sensu* extra-lavorative, per tali intendendosi quelle che esulano dal dibattito sulla complicata distinzione tra controllo dell'adempimento dell'obbligazione di lavoro e controllo della commissione di un illecito.

Si tratta del noto problema posto dall'esercizio del diritto di critica, ma anche di altre condotte rappresentate sui *social* e potenzialmente idonee ad integrare la violazione di specifici obblighi contrattuali²² o più in generale del rapporto fiduciario.

Escluso che ricorra l'utilizzo di strumenti di lavoro (anche qualora il *device* sia il medesimo utilizzato per rendere la prestazione), non sembra possibile, a monte di ogni ragionamento in chiave probatoria, sostenere che queste vicende siano inquadrabili nella disciplina statutaria, cioè qualificare a tale fine come strumento di controllo l'impiego del *social network* da parte del datore di lavoro.

In primo luogo, si pone il problema del riferimento alla «attività dei lavoratori», che può senz'altro estendersi all'illecito commesso durante l'ese-

²¹ Al riguardo, occorre pure considerare che alcune applicazioni *social* consentono di programmare la pubblicazione di un proprio *post*.

²² Cass. 26 giugno 2018, n. 16847; Cass. 13 marzo 2018, n. 6047.

cuzione della prestazione, ma non oltre. I primi interventi della Cassazione sul nuovo testo dell'art. 4 sembrano confermare questa conclusione, distinguendo – ai fini della persistente configurabilità dei c.d. controlli difensivi – tra controlli in senso ampio e controlli in senso stretto. Questi ultimi, in particolare, non avrebbero ad oggetto la «normale attività del lavoratore»²³. Il che, a prescindere dalla conclusione tratta in ordine all'attuale spazio di operatività dei controlli difensivi, induce a ritenere che i controlli inclusi nel perimetro della nuova disposizione riguardino proprio e solo l'attività definita «normale».

A fronte dell'impostazione giudiziale, non sembra consentito rovesciare la relazione tra primo e terzo comma della disposizione statutaria. È evidente che la soluzione è influenzata dalla contrapposizione tra la tesi che qualifica il rispetto della disciplina della *privacy* come un limite (finale) di utilizzabilità delle informazioni raccolte e quella che, invece, ritiene che la medesima disciplina concorra a definire i limiti dei primi due commi dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori²⁴.

Tuttavia non pare possibile richiamare l'ambito complessivamente protetto della *privacy* (che in questo caso riguarderebbe una attività personale ma rilevante ai fini del rapporto, e dunque soggetta all'applicazione del GDPR²⁵) per interpretare un inciso («l'attività dei lavoratori») che è rimasto immutato nel nuovo testo della disposizione e a cui, d'altronde, pure la giurisprudenza successiva ha continuato ad attribuire il significato di «attività lavorativa» nel senso già scrutinato. Del resto, l'estensione semantica del termine attività non è tale da includere ogni possibile condotta o comportamento del lavoratore.

Analogamente, per l'individuazione dell'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 4 neanche appare decisivo il richiamo all'ampia nozione di vita privata come emergente dall'interpretazione dei principi sovranazionali, tenuto conto che la sua estensione alla vita professionale è stata finora esaminata – in collegamento alla protezione della corrispondenza e nella logica del bilanciamento degli interessi – nella opposta prospettiva del divieto di azzeramento della vita sociale privata ma «sul luogo di lavoro»²⁶.

²³ Cass. 12 novembre 2021, n. 34092.

²⁴ Per l'analisi A. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Torino, 2020, p. 277 ss.

²⁵ Non operando la deroga del considerando n. 18.

²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Barbulescu c. Romania*, 5 settembre 2017, punto 80.

Ed ancora, per sostenere l'applicazione a queste situazioni giuridiche dell'art. 4 si dovrebbe non solo predicare la ricordata scissione tra installazione e impiego dello strumento di controllo, ma anche forzare il concetto di «esigenze organizzative» o addirittura quello di «patrimonio aziendale», estendendolo perfino oltre l'immagine o la reputazione del datore di lavoro, cioè identificandolo con tutto quello che la giurisprudenza riconduce al c.d. rapporto fiduciario.

Si porrebbe, infine, un rilevante problema di legittimazione dell'autonomia collettiva (e quindi in subordine dell'autorità amministrativa) rispetto alla capacità di sintetizzare interessi individuali che, attenendo in chiave prognostica alla sola vita privata, difficilmente potrebbero essere qualificati professionali, con significativo riscontro nella difficoltà di ricondurre la stessa tutela della *privacy* ad un interesse di gruppo, perlomeno se identificato come entità preesistente e munita di una identità di natura collettiva piuttosto che generale²⁷. Il che rafforza l'idea per cui, nell'interpretazione dell'art. 4, la *privacy* può semmai rilevare rispetto alla definizione delle esigenze dell'impresa che inferiscono con la riservatezza dei dipendenti sul luogo di lavoro.

D'altra parte, neppure può ignorarsi che la stessa possibilità di apportare limiti alla libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione è soggetta, per Costituzione, a riserva assoluta non solo di legge ma anche di giurisdizione.

5.1. Social network "aperti" e "chiusi"

Prima di ogni altro argomento si colloca peraltro un limite teleologico, poiché la *ratio* della disciplina di tutela dei controlli a distanza si incentra sul pericolo costituito dalla loro natura, se non occulta comunque continuativa e pervasiva, e dunque incompatibile con la dignità e la riservatezza del lavoratore. Mentre un controllo mediante *social network* di ciò che viene manifestato o rappresentato dal lavoratore sulla piattaforma non presenta, in linea di principio, tali caratteristiche. Infatti in tali casi il lavoratore rinuncia volontariamente alla sua sfera di riservatezza.

Tutto ciò contribuisce a spiegare perché la giurisprudenza, invece di affrontare la questione della riconducibilità di queste vicende alla disciplina statutaria (cioè senza neppure passare per la ricostruzione in termini di

²⁷ A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. Ue 2016/679*, in *NLGC*, n. 1, 2017, p. 144 ss.

controlli difensivi ancora consentiti), abbia ripiegato su una soluzione di compromesso, intercettando il fenomeno nella diversa prospettiva della inviolabilità e segretezza della corrispondenza, in particolare ricorrendo alla macrodistinzione tra profili “aperti”, cioè visibili/accessibili a chiunque, contrapposti a profili o *chat* “chiusi”. A differenza di quanto vale per il controllo dell’attività lavorativa, nei casi in esame rileva, infatti, esclusivamente la conoscibilità del “contenuto” della condotta del dipendente²⁸.

Da qui l’ipotesi che per i soli profili aperti valgano le stesse regole affermate per la ordinaria navigazione in rete, con rimessione alla valutazione di merito della eventuale rilevanza disciplinare della concreta condotta assunta dal lavoratore. Dovendosi solo precisare che, rispetto ad un giudizio tendenzialmente elastico, per il diritto di critica o satira la condotta che non esorbita dai limiti di continenza e pertinenza determina l’insussistenza del fatto sul piano disciplinare, con le note conseguenze in materia.

Si tratta allora di stabilire quali siano le regole applicabili rispetto ai profili chiusi, ovviamente sul presupposto che tali profili non siano visibili o accessibili dal datore di lavoro.

La pronuncia da cui occorre prendere le mosse, relativa ad una condotta di critica e poi richiamata da alcune decisioni successive, è quella di legittimità secondo cui ogni comunicazione nell’ambito di un profilo *social* chiuso andrebbe qualificata «alla stregua della corrispondenza privata, chiusa e involabile», cioè una caratteristica «incompatibile con i requisiti propri della condotta diffamatoria»²⁹.

Questa soluzione non sembra condivisibile. Infatti, volendosi collocare nella prospettiva penalistica, la condotta diffamatoria presuppone soltanto che la comunicazione avvenga «con più persone»³⁰, mentre l’utilizzo di un «mezzo di pubblicità», idoneo ad escludere il carattere chiuso della corrispondenza, integra una specifica aggravante (art. 595, comma 2, c.p.). Per-

²⁸In realtà, il problema di una *chat* chiusa, ad esempio perché protetta dall’utilizzo di *password*, può porsi anche in relazione al suo utilizzo come strumento di lavoro. Tuttavia in questo caso acquista una specifica valenza proprio la novella del comma 2 dell’art. 4, idonea a garantire le modalità dei controlli e quindi plausibilmente a superare il problema della chiusura di una comunicazione comunque attinente all’esecuzione della prestazione. Ed ancora più utile potrebbe rivelarsi, nell’ambito del c.d. *smart working*, la disciplina di utilizzo degli strumenti oggetto di un accordo che, ai sensi dell’art. 19, legge n. 81/2017, risulta evidentemente più penetrante della sola disciplina generale, la quale già trova un esplicito riconoscimento nel successivo art. 21 del testo legislativo.

²⁹Cass. 10 settembre 2018, n. 21965.

³⁰Trib. Bergamo 12 ottobre 2021, n. 515.

tanto la diffamazione può configurarsi a prescindere dal ricorso a quel mezzo, ed anzi la giurisprudenza penale è assai rigorosa in materia³¹.

D'altra parte, tra gli elementi della fattispecie non è previsto neanche quello del «luogo pubblico», come invece richiesto dall'art. 660 c.p., peraltro applicato proprio in relazione a molestie realizzate postando ripetuti messaggi sulla pagina pubblica *social* del soggetto passivo³².

In ogni caso, nella prospettiva lavoristica ciò che rileva non è neppure la configurabilità della condotta delittuosa, o del corrispondente illecito aquiliano, quanto la potenziale lesione dell'interesse contrattuale del datore di lavoro. Il che spiega perché in altre pronunce, rispetto all'informazione acquisita su specifiche condotte, si faccia proprio riferimento all'accertamento della «attitudine professionale» del lavoratore³³, cioè ad un controllo che, come già ricordato, può interessare anche rappresentazioni *social* differenti dall'esercizio del diritto di critica e che, qualificato o no come indagine, si sottrae comunque al divieto dell'art. 8 dello Statuto dei lavoratori.

Del resto, è in tale logica che si pongono quelle decisioni secondo cui sui *social* si può anche mentire³⁴, così peraltro aggiungendo un'ulteriore complicazione nel giudizio sulla rilevanza attribuibile alla condotta del lavoratore, appunto rispetto all'interesse dell'altro contraente.

5.2. Limiti della segretezza della comunicazione e tutela della riservatezza

In questa prospettiva, sembra intanto necessario risalire al principio costituzionale che sancisce la inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.). Il primo significato da attribuire alla segretezza è quello che insiste sulla chiusura della comunicazione, idonea a distinguere la relativa libertà da quella di manifestazione del pensiero.

Le crepe della soluzione che poggia sulla rigida distinzione tra comuni-

³¹ Cass. pen., 23 ottobre 2020, n. 34831, afferma che perfino una comunicazione di posta elettronica certificata inviata ad un solo destinatario può integrare la diffamazione, qualora il documento sia, per sua natura, destinato ad essere visionato da altre persone come gli addetti ai servizi telematici.

³² Cass. pen., 11 luglio 2014, n. 37596.

³³ Cass. 12 novembre 2018, n. 28878.

³⁴ Trib. Roma 7 luglio 2021, n. 6569; nello stesso Trib. Genova 9 dicembre 2020, n. 602, per un caso in cui il lavoratore postava fotogrammi pur non essendosi recato, nella data indicata, presso il luogo rappresentato sul *social*.

cazione aperta e chiusa si sono manifestate rispetto allo stesso concetto di chiusura, data la evidente problematicità di una sua applicazione a strumenti *social* che presentano caratteri di fruibilità molto diversi e, oltretutto, in continuo sviluppo (una *chat* di messaggistica non è francamente comparabile ad un profilo chiuso ma con migliaia di contatti)³⁵.

Qui può plausibilmente valorizzarsi l'esistenza di sistemi di cifratura, analoghi a quelli ipotizzati con l'avvento delle comunicazioni telematiche. E quindi, ad esempio, i sistemi di crittografia adottati da alcune piattaforme di messaggistica.

Più in generale, nella giurisprudenza civile e penale si sta affermando una impostazione di contemperamento, stando alla quale occorrerebbe valutare, ma mediante un tipico giudizio di merito, la capacità di diffusione della comunicazione in funzione del numero dei partecipanti³⁶. La soluzione ha il pregio di adattarsi alle differenze, molto rilevanti, che intercorrono tra le varie applicazioni *social*, soddisfacendo il requisito della determinatezza o determinabilità dei destinatari della comunicazione.

Tuttavia la stessa soluzione, mentre si presta a divergenti conclusioni in relazione alla qualità dei partecipanti³⁷, ancora non chiarisce se, rispetto alla potenziale lesione dell'interesse contrattuale del datore di lavoro, da una scarsa o insufficiente capacità di diffusione (o diffusione effettiva) della comunicazione derivi comunque l'insussistenza ontologica della illiceità della condotta (con le ovvie conseguenze sul piano disciplinare in materia di licenziamento) o, al contrario, soltanto il ridotto disvalore della condotta pur disciplinarmente rilevante³⁸, peraltro apprezzabile anche sul piano dell'elemento soggettivo rispetto alla prevedibilità in concreto della diffusione, che tenga conto della natura privata di quanto comunicato nonché della prassi utilizzata dai destinatari³⁹.

³⁵ M. OROFINO, *L'articolo 15 della Costituzione italiana: osservazioni sulla libertà e sulla segretezza delle comunicazioni ai tempi del web 2.0*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Mondadori, Milano, 2020, p. 202.

³⁶ Cass. pen., 28 aprile 2015, n. 24431, rileva come, per comune esperienza, una bacheca *Facebook* serve proprio per rivolgersi ad un numero apprezzabile di persone; nello stesso senso Cass. pen., 2 gennaio 2017, n. 50. App. Milano, sez. II, 29 marzo 2021, n. 984, esclude la diffamazione per una comunicazione inviata al singolo, o ad una *chat* che comprende un numero ristretto di persone.

³⁷ App. Genova, 18 marzo 2019, n. 150, per un caso di *chat* a cui partecipavano imprenditori concorrenti del datore di lavoro.

³⁸ Cass. 31 gennaio 2017, n. 2499.

³⁹ Cass. 11 aprile 2022, n. 11665, esclude la potenziale lesività di una conversazione

Il fatto è che, se non si esclude *ab origine* la potenziale illiceità di una condotta in contrasto con l'interesse dell'impresa, ci si sposta inevitabilmente sul piano della utilizzabilità in sede giudiziale della informazione acquisita dal datore di lavoro.

Senonché, mentre si può sostenere che, perlomeno in ambito civilistico, sia inutilizzabile l'informazione acquisita, dal datore di lavoro o da un terzo, violando il profilo *social* chiuso, è invece molto più dubbio che ricorra un tale impedimento se l'informazione è raccolta in quanto fornita da uno dei destinatari della comunicazione⁴⁰.

In questo caso, infatti, non rileva il profilo della chiusura della comunicazione, ma quello della segretezza intesa in senso stretto, cioè relativa al suo contenuto; e tale segretezza è circoscritta, rispetto al ricordato principio costituzionale, dal requisito della attualità, che cessa nel momento in cui la comunicazione perviene a conoscenza del destinatario. D'altra parte, non solo nella materia in esame non ricorre l'ipotesi di informazioni "privilegiate" o coperte da segreto d'ufficio, ma le stesse fattispecie degli artt. 616 ss. c.p. sanzionano soltanto condotte di rivelazione di contenuti, anche se espressamente definiti segreti, acquisiti illecitamente o abusivamente da parte soggetti a cui la comunicazione non era diretta.

Pertanto dal momento in cui uno dei destinatari riceve la comunicazione, a tutela del mittente subentrano altri limiti, fondati su diversi principi costituzionali⁴¹, a partire da quello della libertà di manifestazione del pensiero che, tuttavia, riporterebbe l'analisi all'interno del giudizio di merito sul rispetto dei limiti al diritto di critica del mittente.

Se così è, il principale limite alla stessa capacità di diffusione della comunicazione va allora individuato nella tutela della riservatezza. Già molto tempo addietro si era detto, infatti, che la segretezza della comunicazione vuole evitare l'illegittima conoscenza del contenuto della comunicazione, mentre la tutela della riservatezza è rivolta contro l'abuso che consegue alla legittima conoscenza di quel contenuto⁴², qual è appunto quella che interessa il destinatario della comunicazione che possa definirsi chiusa.

Whatsapp tra privati, totalmente estranea all'ambiente lavorativo, in quanto risultava «escluso in fatto che tali dichiarazioni fossero anche solo ipoteticamente finalizzate ad una ulteriore diffusione».

⁴⁰ Trib. Venezia 16 luglio 2019, n. 480.

⁴¹ A. PACE, *Libertà di comunicare riservatamente*, in ID., *Problematica delle libertà costituzionali*, II, Parte speciale, Cedam, Padova, 1992, p. 246 ss.

⁴² V. ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 87.

Al riguardo, si pone ovviamente una questione di accertamento della natura riservata della comunicazione, cioè di esclusione della sua conoscenza da parte di estranei, che però è sempre questione di merito e che può ricavarsi dall'indagine sulla manifestazione di volontà, anche tacita, dell'avente diritto (il mittente), o anche dalla volontà comune espressa da tutti i partecipanti ad un gruppo *social*, come d'altronde afferma pure la ricordata ordinanza della Cass. n. 21965/2018, rilevando che nel merito era stata accertata «la volontà dei partecipanti alla chat di non diffusione all'esterno delle conversazioni ivi svolte», peraltro in un contesto di rivendicazione sindacale.

Tuttavia questa impostazione circoscrive il problema all'ambito del trattamento illecito dei dati personali. Sicché da un lato impone la verifica, in assenza del consenso dell'interessato (il mittente), ma nella logica del bilanciamento di interessi che sono anche quelli dei terzi (il datore di lavoro) ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. f), GDPR, di eventuali altre basi giuridiche che giustificano la rivelazione di una comunicazione "segreta" da parte di uno dei destinatari⁴³; dall'altro, sconta comunque i dubbi, tuttora irrisolti, sulla utilizzabilità in sede processuale di dati riservati trattati illecitamente, stante il tenore dell'art. 160-*bis* Codice Privacy⁴⁴.

In conclusione, pertanto, anche per le particolari vicende in esame rischia di riproporsi il dilemma dell'efficacia deterrente delle sanzioni amministrative per l'illecito trattamento dei dati, in eventuale concorso col risarcimento dei danni, rispetto alla convenienza datoriale ad azionare comunque una procedura disciplinare.

⁴³ Per il caso di una *chat* di *Whatsapp* ideata dai soci lavoratori per boicottare le attività della cooperativa cfr. Cass. 18 novembre 2021, nn. 35341 e 35367.

⁴⁴ In tema, da ultimo, M. GAMBACCIANI, *Prove, privacy e processo*, in *MGL*, n. 1, 2022, p. 67 ss.

NUOVE TECNOLOGIE E PROFESSIONALITÀ

Loredana Ferluga *

1. *Innovazioni organizzative e tecnologiche nell'era digitale: l'apporto umano nel processo produttivo*

La materia delle mansioni e più in generale della professionalità è strutturalmente in movimento e sensibile alle trasformazioni della realtà¹, collocandosi tra la libertà dell'imprenditore di decidere le modalità dell'iniziativa economica ed i limiti agli atti di gestione del rapporto di lavoro dettati a tutela della dignità della persona del lavoratore².

Sulla spinta di numerosi fattori, quali la globalizzazione dei mercati, la concorrenza internazionale, l'impiego flessibile della manodopera, la centralità del ruolo assunto dai consumatori, l'introduzione di metodi di comunicazione ed informazione applicati alla produzione di beni e servizi e la diffusione di tecnologie di nuova generazione, la realtà economica si evolve, portando le imprese a trasformarsi ed inducendo al superamento dei tradizionali modelli di organizzazione del lavoro, e di conseguenza all'emersione di nuove professionalità³: si tratta di fenomeni estremamente

* Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro – Università di Messina.

¹F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 53.

²M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 14-15.

³Sono risalenti nel tempo le analisi condotte sui mutamenti dell'organizzazione del lavoro e l'emersione di nuove professionalità, per tutti A. TOURAINE, *L'evoluzione del lavoro operaio alla Renault*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1974; F. BUTERA, *Dalle occupazioni industriali alle nuove professioni*, Franco Angeli, Milano, 1992. Più di recente, R. SUSSKIND, D. SUSSKIND, *The Future of the Professions. How Technology Will Transform the Work of Human Experts*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

vitali e complessi, che comportano la trasformazione dei sistemi di produzione, gestione e *governance* delle aziende, sui quali si confrontano studiosi di differenti settori⁴ e problematico risulta definirne l'essenza, sia per l'ampia ed innovativa terminologia utilizzata⁵ sia per la profondità dei cambiamenti che stanno evolvendo ad un ritmo esponenziale⁶.

Si utilizza in proposito l'espressione Quarta rivoluzione industriale, per indicare un sistema nel quale si applicano all'economia industriale le tecnologie digitali, la robotica, l'intelligenza artificiale, i big data, gli algoritmi, l'*Internet of things*, e caratterizzato dalla elevata diffusione di strumenti tecnologici, dallo sviluppo della rete internet e delle comunicazioni, dall'utilizzo di macchinari tecnologici e *robot* sempre più intelligenti, dalla circolazione e trasformazione dei dati⁷. Una rivoluzione industriale di matrice tecnologica, connotata – si è detto – da una fusione di tecnologie che an-

⁴In passato la dottrina lavorista ha sottolineato un certo disagio di fronte a fenomeni i cui fattori fondamentali si muovono prevalentemente nel mondo dell'economia e delle scienze organizzative: F. SCARPELLI, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *DRI*, n. 2, 1994, p. 44 ss.; L. ZOPPOLI, *Lo spirito del dono e il contratto di lavoro: Qualità Totale, socialità primaria e arricchimento delle corrispettività "negoziante"*, in *DRI*, n. 2, 1994, p. 15 ss.; entrambi in AA.VV., *Qualità totale e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1997, rispettivamente pp. 265 ss. e 57 ss.

⁵S. BORELLI, V. BRINO, C. FALERI, L. LAZZERONI, L. TEBANO, L. ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, Torino, 2022.

⁶La letteratura in argomento è molto ampia; senza carattere di completezza, si segnalano M.C. CARROZZA, *I robot e noi*, Il Mulino, Bologna, 2017; F. SEGHEZZI, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, Adapt University Press, 2017; P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 3 ss.; A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, Firenze, 2018; F. RULLANI, E. RULLANI, *Dentro la rivoluzione digitale*, Giappichelli, Torino, 2018; C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019; C. CROUCH, *Se il lavoro si fa gig*, Il Mulino, Bologna, 2019; R. BALDWIN, *Rivoluzione globale. Globalizzazione, robotica e futuro del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2020; S. BINI, *Persona e robot nel diritto del lavoro digitale*, in *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, Tomo I, Cacucci, Bari, 2021, p. 271 ss.; B. CARUSO, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali, ivi*, Cacucci, Bari, p. 562 ss.; D. GOTTARDI, *Intelligenza artificiale, robotica e diritto del lavoro, ivi*, Tomo II, Cacucci, Bari, p. 1315 ss.

⁷Per approfondimenti, M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI, *Il piano nazionale industria 4.0: una lettura lavoristica*, in *LLI*, n. 2, 2016, vol. 2; B. CARUSO, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0*, in *DLRI*, 2018, p. 81 ss.; E. SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Giappichelli, Torino, 2018.

nullano i confini tra il mondo fisico, digitale e biologico, ridisegnando l'intero sistema industriale⁸. La *digital revolution* utilizza la velocità di circolazione delle informazioni e la facilità di trasmissione della conoscenza, dando luogo ad una progressiva e crescente compenetrazione tra realtà digitale ed economica⁹.

È evidente che siamo in presenza di una trasformazione epocale¹⁰: dal modello di fabbrica caratterizzato da una certa rigidità tecnica, produttiva ed organizzativa, e per questo incapace di adeguarsi tempestivamente alle mutevoli esigenze del mercato ed al progresso tecnologico, alla *smart factory*, un modello di fabbrica che, in una prospettiva di contenimento dei costi e di aumento della produttività, si avvale di dispositivi in grado di essere connessi alle reti di telecomunicazione e, così, di dialogare tra di loro e con *computer* e *server* remoti, e capaci di realizzare analisi complesse attraverso l'impiego di dati digitali processati rapidamente da banche dati centralizzate¹¹. In particolare, “un modello di fabbrica intelligente del futuro, dove sistemi guidati dai *computer* monitorano processi fisici e prendono decisioni decentralizzate basate su meccanismi di autoorganizzazione”¹², nel quale i lavoratori vengono addetti ad attività lavorative polivalenti ed integrate caratterizzate da funzioni di controllo, coordinamento e mantenimento di automatismi complessi, che richiedono un aumento di capacità intellettua-

⁸ K. SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

⁹ R. CARATOZZOLO, *Le nuove frontiere imprenditoriali nell'era della digitalizzazione dell'economia*, in V. CALABRÒ, D. NOVARESE (a cura di), *The Wall Storie di muri tra passato e presente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 303. A livello istituzionale, v. EUROPEAN PARLIAMENT, *Industry 4.0. Digitalisation for productivity and growth*, 2015; WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs. Employment Skills and Workforce for the Fourth Industrial Revolution*, Global Challenge Insight Report, 2016; EUROPEAN COMMISSION, *Future of Work, Future of Society*, European Group on Ethics in Science and New Technologies – Opinion n. 30, 19 dicembre 2018.

¹⁰ R. SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori tra libertà di impresa e diritti della persona*, in R. SANTUCCI, *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 20.

¹¹ F. BUTERA, *Lavoro e organizzazione nella quarta rivoluzione industriale: la nuova progettazione socio-tecnica*, in *L'industria*, 2017, p. 291 ss.; L. BELTRAMETTI, N. GUARNACCI, N. INTINI, C. LA FORGIA, *La fabbrica connessa. La manifattura italiana (attra)verso Industria 4.0*, Guerini e Associati, Milano, 2017; A. MANTELERO, G. VACIAGO, *Internet of things (IOT)*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 561 ss.

¹² COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione COM(2016) 180, *Digitalizzazione dell'industria europea – Cogliere appieno i vantaggi di un mercato unico digitale*.

li, una crescente autonomia operativa ed una maggiore responsabilità in relazione ai risultati, e quindi una minore soggezione ai poteri di direzione e controllo del datore¹³.

L'adozione dei nuovi sistemi di produzione da una parte comporta, contemporaneamente ad una richiesta di maggiore professionalità, l'emersione di modelli meno gerarchici e verticalizzati, con appiattimento della tradizionale struttura gerarchica dell'impresa, in cui possono emergere forme di coinvolgimento e di collaborazione del lavoratore alle dinamiche aziendali¹⁴; dall'altra, i nuovi modelli organizzativi enfatizzano "la qualità dell'apporto umano al processo produttivo, riconoscendo al lavoro umano la capacità di adattamento a contesti in continua trasformazione, di risoluzione di problemi nuovi e non previsti, di relazione con realtà complesse e di interpretazione e lettura di dati non standardizzati, di intervento su situazioni critiche e di scostamento dalla normalità"¹⁵.

Se è vero quindi che i mutamenti dei modelli organizzativi delle imprese, conseguenti ai processi di digitalizzazione in corso, modificano profondamente il modo di lavorare e di produrre¹⁶ – per ruolo dell'uomo nel processo produttivo, per tempi e modi di svolgimento, per contenuto professionale – coinvolgendo trasversalmente tutti i lavoratori¹⁷, tuttavia nella

¹³ Sulle conseguenze dei processi evolutivi sul potere direttivo dell'imprenditore, A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 267 ss. Più di recente, L. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; V. FERRANTE, *Potere di controllo e tutela dei lavoratori: riflessioni sparse sulle disposizioni dello "Statuto", alla luce delle più recenti modifiche normative*, in *VP Jus*, 2020.

¹⁴ Si utilizza in proposito l'espressione "fabbrica piatta" o "a barca a vela" per indicare strutture operative molto piatte, che si sviluppano secondo uno schema romboidale con pochi *manager* e lavoratori manuali dequalificati ai due estremi ed una forte concentrazione di tecnici nell'area intermedia, nelle quali si ha uno scambio continuo di informazioni tra i dirigenti e gli altri lavoratori, con conseguente parziale perdita, per i primi, della posizione di autorità. In dottrina, I. PERO, *Organizzazione, lavoro e tecnologie 4.0*, in *Professionalità Studi*, n. 1, 2017, vol. I, p. 4 ss.; E. SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, cit., p. 53.

¹⁵ F. GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2000, p. 4. Anche D. SACCHETTO, *Tecnologie al lavoro nei processi produttivi e riproduttivi*, in M. PERUZZI, D. SACCHETTO (a cura di), *Il lavoro da remoto*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 6.

¹⁶ Già A. SCHAFF, *Occupazione e lavoro*, in *La rivoluzione microelettronica*, Mondadori, Milano, 1982, p. 307 ss., prevedeva la scomparsa quasi totale del "lavoro" tradizionalmente inteso.

¹⁷ P. ICHINO, P. MICHELI, *Perché non dobbiamo temere che la tecnologia ci impedisca di lavorare*, in <http://www.pietroichino.it>, 3 maggio 2017.

nuova fase al centro del sistema produttivo si pone l'uomo, che con le sue conoscenze, competenze e capacità, è in grado di governare le nuove forme della produzione¹⁸; l'uomo che deve operare non solo come singolo ma in una dimensione collettiva, integrata in modo dinamico con gli altri lavoratori e secondo una visione sistemica dell'intero ciclo produttivo¹⁹.

2. L'incidenza delle trasformazioni produttive sui contenuti della prestazione lavorativa

Il quadro sommariamente descritto non sarebbe completo se non si avvertisse che i mutamenti organizzativi in corso non sono diffusi come potrebbe apparire²⁰: la realtà industriale italiana è variegata, disomogenea, appare disegnata a macchia di leopardo e presenta profonde differenze tra le imprese, nel senso che solo alcune aziende sperimentano nuovi modelli di produzione ed organizzazione²¹. Ciò significa che accanto ai tradizionali modelli di organizzazione convivono nuovi modelli, probabilmente anche all'interno della stessa impresa, con una "mescolanza, coesistenza, contrapposizione di vecchio e nuovo"²², ed in special modo nelle grandi imprese il confine tra il vecchio ed il nuovo appare spesso labile e sfumato.

Ciò premesso, è innegabile che importanti effetti sull'idea del lavoro e sulle modalità di svolgimento di esso si producono in conseguenza della diffusione dei nuovi modelli di produzione, siano essi indotti o meno dall'introduzione di nuove tecnologie: per ricordare soltanto alcune delle problematiche più ricorrenti basti pensare ai riflessi sulla tutela della *privacy*, della salute, dei controlli a distanza, dei licenziamenti c.d. tecnologici e

¹⁸ U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in DLRI, 2004, p. 54; R. PESSI, *Organizzazione del lavoro e qualificazione dei rapporti*, in DL, 2003, p. 592.

¹⁹ P. ICHINO, *Interesse dell'impresa, progresso tecnologico e tutela della professionalità*, in RGL, 1976, I, p. 497.

²⁰ V. i dati ISTAT, *Rapporto sulla competitività dei settori produttivi*, 2021.

²¹ M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, in DRI, 2019, p. 472, osserva che solo un terzo delle nostre imprese presenta caratteristiche innovative. V. anche M. NOVELLA, *Impresa*, in M. NOVELLA, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 8-9.

²² F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in DLRI, 1985, p. 211.

delle mansioni. Con specifico riferimento a queste ultime – oggetto specifico della nostra indagine – si può affermare che si tratta di una tematica che, forse più delle altre nell’ambito del diritto del lavoro, maggiormente subisce l’impatto dei mutamenti derivanti dall’utilizzo delle tecnologie, posto che l’organizzazione del lavoro, la professionalità e, più in generale, il modo di lavorare, spesso dipendono dalle tecnologie di produzione, la cui evoluzione determina sempre un cambiamento nella realtà lavorativa²³.

In particolare, il primo gruppo di conseguenze derivanti dall’introduzione di nuovi modelli di produzione è costituito dal fatto che compiti e mansioni tradizionali vengono cancellati dal progresso tecnologico o sono dequalificati attraverso il trasferimento di abilità manuali alle nuove macchine intelligenti²⁴.

Si assiste, a causa della velocità del progresso tecnologico, ad una rapida obsolescenza di alcune figure professionali, anche se non tutti i lavoratori sono investiti nello stesso modo e nella stessa misura dalla rivoluzione digitale: il fenomeno da tempo in atto è quello della “polarizzazione” della forza-lavoro²⁵, per cui da una parte si trovano i soggetti in possesso di elevate professionalità, dotati di conoscenze altamente specialistiche, ed all’estremo opposto la restante parte del personale addetto alla mera attività con compiti più elementari²⁶, mentre le occupazioni a media qualificazione tendono a rarefarsi²⁷. Questo fenomeno non solo è in contrasto con la circostanza secondo cui oggi, anche ai livelli più bassi della scala professionale, il sistema produttivo richiede prestazioni di lavoro con un investimento cognitivo maggiore²⁸, ma può condurre anche ad un altro fenomeno nel

²³ C. PISANI, *Rapporto di lavoro e nuove tecnologie: le mansioni*, in DLRI, 1988, p. 294.

²⁴ O. FANELLI, *I riflessi del nuovo modo di lavorare sulle classificazioni del lavoro*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 124. Più di recente, M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Giappichelli, Torino, 2018.

²⁵ I. FELLINI, E. REYNERI, *Intensità del lavoro, evoluzione dell’occupazione, polarizzazione*, in *Boll. ADAPT*, n. 6, 2019, p. 35 ss. Con riferimento al contesto europeo, V. CIRILLO, *Job polarization in European industries*, in *ILR*, n. 1, 2018, p. 39 ss.

²⁶ A. GARILLI, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, Jovene, Napoli, 1988, p. 240, che osserva come “il fenomeno taglia in orizzontale la tradizionale partizione delle categorie”. V. anche U. GARGIULO, *L’equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, Catanzaro, 2008, p. 27; G. SATERIALE, *Ripensare la contrattazione*, in *DRI*, 2017, p. 710 ss.

²⁷ OECD, *OECD Employment Outlook 2017*, Paris, 2017.

²⁸ S. BRUN, *Sviluppo della professionalità e prassi contrattuali*, in *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, Tomo I, cit., Cacucci, Bari, 376; E. ARMANO, S. COMINU, *Connettività e capacità umana nella trasformazione digitale*, in C. BENVEN-

mercato del lavoro, ovvero al disallineamento delle competenze presenti nel mercato e possedute dal lavoratore rispetto alle competenze richieste dalle posizioni lavorative vacanti²⁹, per cui le elevate professionalità si espongono al rischio di espulsione dal mercato del lavoro qualora con il passare del tempo il progresso tecnologico riduca o annulli il valore della loro competenza³⁰, le professionalità più generiche ed elementari e quelle a media qualificazione invece sono destinate ad essere riciclate in altre attività o ad essere irrimediabilmente espulse rapidamente dal mercato del lavoro³¹. Circostanza, quest'ultima, che risulta aggravata nelle imprese in cui si ricorre a tecnologie avanzate con cicli produttivi *labour intensive*, in cui la quasi totalità dei lavoratori svolge compiti poco qualificati ed assolutamente ripetitivi e soltanto pochissimi riescono ad utilizzare le proprie conoscenze e capacità³².

Contemporaneamente la diffusione dei nuovi modelli produttivi ed organizzativi comporta per un verso la modifica dei contenuti di alcune posizioni lavorative³³ e per l'altro la creazione di nuove figure professionali³⁴ caratterizzate da attività lavorative che richiedono mansioni sempre meno

GNU, N. CUPPINI, M. FRAPPORTI, F. MILESI, M. PIRONE (a cura di), *Capitalismo 4.0. Genealogia della rivoluzione digitale*, Meltemi, Milano, 2021, p. 111 ss.

²⁹E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoratistica*, Adapt University Press, 2019, p. 13 ss. e p. 94.

³⁰U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, cit., p. 26.

³¹A. GARILLI, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, cit., pp. 240-241.

³²Si pensi, per esempio, ai lavoratori addetti all'ultima fase di intervento per la realizzazione di un oggetto digitale prima della sua distribuzione, che svolgono attività in cui le competenze tecniche e professionali si risolvono in operazioni meccaniche e ripetitive (mero controllo delle linee di scrittura di un *software*), in cui il lavoratore è mero esecutore di una procedura standardizzata. Diversa è la situazione dei lavoratori in possesso delle competenze relazionali applicate agli strumenti digitali (*digital soft skills*), che sono preposti alla realizzazione di un incremento della redditività dell'impresa in cui operano: R. FABOZZI, *Il diritto del lavoro nell'era della digital economy*, in *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, Tomo II, cit., Cacucci, Bari, p. 940.

³³Basta pensare, per esempio, alla figura del cassiere di banca, che in seguito all'introduzione di tecnologie svolge ormai da lungo tempo compiti prima espletati da altre figure funzionalmente connesse, quali lo sportellista e il riscontrista.

³⁴V. *l'Osservatorio delle competenze digitali. Professioni ICT*. Solo per citare qualche esempio: *account manager, artificial intelligence specialist, big data specialist, blockchain specialist, business information manager, cloud computing specialist, data scientist, data specialist, digital consultant*. In dottrina, M. D'AQUINO, *Le professioni del lavoro digitale*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, cit., p. 107 ss.

identificabili con un singolo compito lavorativo e più adattabili a situazioni mutevoli, nelle quali le capacità soggettive e potenziali, immateriali e intellettuali, del lavoratore sono ampliate e valorizzate ed acquista rilievo non la specifica mansione, ma un gruppo di competenze e abilità (*skills*) trasversali, con tratti di interdisciplinarietà³⁵, costantemente mutevoli a seconda dei contesti lavorativi, che, attraverso percorsi personali non necessariamente legati al singolo posto di lavoro, vengono alimentate, anche al fine di salvaguardare il posto di lavoro, da attività formative e di aggiornamento e da esperienze lavorative plurime e differenziate, riassunte nella formula “sapere in azione”, che comprende tanto il “saper fare concreto” quanto il “saper fare di tipo relazionale e comunicativo”³⁶, e dunque il “saper divenire”³⁷.

Come si traducono sul piano giuridico i processi ed i fenomeni fin qui descritti? E come si concilia la vigente disciplina con i nuovi contenuti quantitativi e qualitativi della prestazione lavorativa come conseguenza delle innovazioni organizzative e tecnologiche, e quindi con la nuova professionalità richiesta al lavoratore?

Da quanto accennato è facile intuire che gli aspetti coinvolti sono molteplici e complessi e ripropongono alla dottrina giuslavorista impegnative e delicate problematiche tra loro inevitabilmente ed intimamente connesse. Le tematiche che dovrebbero essere affrontate sono troppe perché si possa in questa sede indagarle tutte e condurrebbero lontano dall’oggetto di riflessione; si può invece schematicamente osservare come:

a) Il nuovo modello organizzativo di fabbrica intelligente appanna lo stereotipo del lavoratore subordinato. Senza ripercorrere il dibattito sul tema dell’incidenza giuridica delle innovazioni tecnologiche sui contenuti della subordinazione, in questa sede si intende solo evidenziare come l’idea della subordinazione come continuità e coordinamento spazio-temporale rigido della prestazione e come eterodirezione fondata su elementi di gerarchia e di autocrazia imprenditrice declina, con la ulteriore conseguenza che i confini tra lavoro subordinato ed autonomo si attenuano divenendo sempre meno netti e si assiste ad una frantumazione dei due modelli tradi-

³⁵ R. FABOZZI, *Il diritto del lavoro nell’era della digital economy*, cit., p. 941.

³⁶ F. GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, cit., p. 8 ss.

³⁷ M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, cit., p. 478, la quale richiama il pedagogista S. MEGHNAGI, *Jobless society: quale formazione?*, in AA.VV., *10 idee per convivere con il nuovo che cambia*, Feltrinelli, Milano, 2017, p. 122 ss.

zionali in una pluralità di figure in cui si intersecano elementi ed indici dell'uno e dell'altro³⁸.

b) La rigida distinzione tra lavoro intellettuale e manuale perde rilevanza: anche il lavoro operaio non è più soltanto manuale, ma implica lo svolgimento di attività che può al contempo essere manuale ed intellettuale³⁹, anche perché è ridotta, da una parte, la manualità richiesta per moltissimi lavori e, dall'altra, il numero dei lavori ove si richiede manualità⁴⁰; e da qui anche la necessità di rivedere il sistema contrattuale di inquadramento dei lavoratori.

c) La subordinazione, tratto caratteristico del rapporto di lavoro dipendente, si evolve verso una attenuazione della soggezione ed una accentuazione della cooperazione⁴¹. In passato ciò accadeva solo per i lavoratori ad alta professionalità, ai quali le conoscenze tecnico-specialistiche, affiancate da una capacità professionale polivalente, conferivano all'interno dell'organizzazione d'impresa un "contropotere individuale" che "dovrà coordinarsi col potere organizzativo e direttivo dell'imprenditore in un rapporto di cooperazione"⁴². Il contropotere individuale dovuto al sapere del lavoratore limita il potere direttivo e di controllo dell'imprenditore, determinando al contempo una "diversa tensione all'adempimento e quindi una dilatazione della posizione debitoria, in correlazione, da un canto, alla discrezionalità delle mansioni e dall'altro all'inerenza di queste all'organizzazione produttiva"⁴³. Oggi invece l'emersione di modelli meno gerarchici e verticalizzati induce a ritenere che il principio "meno soggezione e più collabora-

³⁸ Per tutti, M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 45 ss.; P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in RIDL, n. 4, 2017, p. 525 ss.; A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 46 ss.

³⁹ Per tutte, v. la storica sentenza Cass. 16 ottobre 1985, n. 5098, in MGL, 1986, p. 541, con nota di A. SBROCCA, e in GC, 1986, I, p. 412, con nota di P. GHINOY, che ha ritenuto possibili spostamenti di lavoratori da mansioni impiegate a mansioni operaie, inquadrate nello stesso livello contrattuale; con ciò superando il tabù della aprioristica e ontologica differenza tra lavoro impiegatizio e lavoro operaio.

⁴⁰ M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporto e mercato del lavoro*, in DLRI, 2004, p. 167 ss.

⁴¹ Per tutti, A. GARILLI, *La mobilità orizzontale fra "soggezione" e "collaborazione"*, in A. GARILLI, A. BELLAVISTA, *Innovazioni tecnologiche e statuto dei lavoratori: i limiti ai poteri dell'imprenditore fra tutela individuale e collettiva (artt. 4-9-13)*, in QDLRI, n. 6, 1989, p. 168.

⁴² L. MENGONI, *La cornice legale*, in QDLRI, n. 1, 1987, p. 48.

⁴³ A. GARILLI, *La mobilità orizzontale fra "soggezione" e "collaborazione"*, cit., p. 172.

zione” tenda a riguardare la generalità dei lavoratori; ne “potrebbe derivare un ripensamento del tradizionale stile manageriale, basato sul comando e sul controllo, verso una dimensione crescente di coinvolgimento, di condivisione di finalità e obiettivi, di collaborazione attiva, se non di vera e propria partecipazione della persona che lavora”⁴⁴.

d) L’evoluzione tecnologica e la mutata organizzazione del lavoro richiedono una diversa professionalità, che, come si è scritto in dottrina, potrebbe definirsi “plastica” valorizzando l’idea della sua infinita trasformazione⁴⁵, con un allargamento delle competenze, che presuppone più ampie capacità e abilità, non solo tecniche e specialistiche, ma anche trasversali (c.d. *soft skills*, quali creatività, collaborazione, comunicazione, ecc.), e relativo bagaglio di conoscenza per agire e reagire alle mutevoli situazioni che derivano dall’adozione dei moderni modelli di organizzazione. Il che consente di affermare che è richiesta una più estesa gamma di esigibilità della prestazione da parte del datore di lavoro, con conseguente allargamento dei compiti richiesti al lavoratore e maggiori difficoltà di individuazione dell’area della prestazione dovuta, tanto da doversi segnalare il rischio che i nuovi modelli di organizzazione del lavoro possano portare con sé una significativa e pericolosa dilatazione dell’area del debito del lavoratore sul piano sia quantitativo (l’ampliamento dei compiti) che qualitativo (un nuovo impegno collaborativo).

3. Dalla professionalità alle competenze. Il ruolo della formazione

Con riferimento a quest’ultimo punto, appare opportuno osservare come in realtà l’individuazione del concetto di professionalità⁴⁶, dal momento che si tratta di una nozione che nasce in ambiti diversi rispetto al contesto giuridico e dei quali comunque il diritto deve tener conto⁴⁷, “non può

⁴⁴ M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, cit., p. 474.

⁴⁵ M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, cit., p. 478.

⁴⁶ La scienza dell’organizzazione individua la professionalità come “risorsa produttiva”, che “consiste non solo nell’esecuzione corretta di compiti più o meno complessi di contenuto prestabilito ma nel partecipare appropriatamente a circuiti di informazione e decisione relativi al controllo di eventi imprevisi e a miglioramenti del processo lavorativo, divenendo così *input* per il conseguimento dei risultati e per il miglioramento stesso di quel processo”: F. BUTERA, *Dalle occupazioni industriali alle nuove professioni*, cit., p. 15.

⁴⁷ P. CAUSARANO, *Dimensioni e trasformazioni della professionalità*, in A. CIPRIANI, A.

che incentrarsi prioritariamente sui dati provenienti dall'ordinamento, confrontandoli poi funzionalmente con la realtà sociale"⁴⁸.

In proposito, soccorre l'art. 2103 c.c. che determina i limiti della pretesa del datore di lavoro all'adempimento ancorandoli alle mansioni originariamente contrattate o ad altre cui il lavoratore può essere successivamente adibito⁴⁹; perciò, a meno di non voler concludere che il significato del termine "professionalità" si riduce a quello di "mansioni", si deve convenire con coloro i quali ritengono che la professionalità non è l'oggetto del contratto di lavoro⁵⁰: essa costituisce "una sorta di presupposto, di prerequisito, che consente l'adempimento di quanto convenuto con il contratto di lavoro, ma ciò che viene dedotto nel contratto è pur sempre una prestazione, che il lavoratore sarà in grado di adempiere solamente se possiede la relativa professionalità"⁵¹, cioè secondo il significato etimologico del termine "la capacità di svolgere la propria attività con competenza ed efficienza"⁵².

Invero, la nozione di professionalità "non ha un preciso statuto normativo"⁵³ e da qui la difficoltà ad accogliere la tesi che propone la professionalità del lavoratore come il vero oggetto dello scambio del contratto di lavoro subordinato⁵⁴: come da più parti sottolineato il termine professionali-

GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, cit., p. 161 ss.

⁴⁸ M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporto e mercato del lavoro*, cit., p. 177.

⁴⁹ Per tutti, A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 2016, p. 129 ss. V. anche il numero monografico su *Le mansioni*, in *VTDL*, n. 1, 2016.

⁵⁰ G. LOY, *Professionalità e rapporto di lavoro*, in M. NAPOLI (a cura di), *La professionalità*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, p. 3; M. GRANDI, *Nuove riflessioni sull'oggetto del contratto di lavoro*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Tomo I, Cacucci, Bari, 2008, p. 506. Anche A. SUPPIOT (a cura di), *Il futuro del lavoro*, trad. it., Carocci, Roma, 2003 (già A. SUPPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994, p. 86); U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, cit., p. 25, nota 52.

⁵¹ G. LOY, *Professionalità e rapporto di lavoro*, cit., p. 3.

⁵² La ricostruzione tradizionale, che risale a G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963, spec. p. 104 ss., individua nelle mansioni convenute l'oggetto del contratto. Lo stesso Autore, però, propone una differente prospettiva in G. GIUGNI, *Mansioni, qualifica e tutela della professionalità*, in *RGL*, 1973, I, p. 3 ss.

⁵³ M. GRANDI, *Nuove riflessioni sull'oggetto del contratto di lavoro*, cit., p. 506.

⁵⁴ M. NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *RGL*, 1997, p. 269; L. GALANTINO, *Lavoro atipico, formazione professionale e tutela dinamica della professionalità del lavoratore*, in *DRI*, 1998, p. 317 ss.; F. GUARRIELLO, *Trasformazioni organizza-*

tà è ambiguo, con una certa polivalenza di significati⁵⁵. Nel diritto del lavoro, la professionalità è una “qualità” inclusa nelle nozioni normative di mansioni, qualifiche e categorie, che sono rappresentative di determinati livelli di capacità professionale nell’esercizio delle attività lavorative: queste nozioni – mansioni, qualifiche e categorie – determinano l’oggetto del contratto, “ma non la qualità inclusa, poiché essa non possiede un’autonoma oggettivazione”⁵⁶.

Con ciò non si vuole certo negare rilievo alla professionalità né significare che la tutela del bene-professionalità tramonta⁵⁷: è opinione acquisita l’inerenza della professionalità del lavoratore ai valori di dignità personale⁵⁸. Piuttosto si intende porre attenzione ad un elemento che emerge già da quello che si è individuato come il significato etimologico del termine e, comunque, dalla realtà pratica: svolgere la propria attività professionalmente significa svolgerla “con competenza”. E ciò appare in sintonia con la nuova dimensione organizzativa dell’impresa nell’ambito della quale la professionalità del lavoratore non si identifica più con un determinato pro-

tive e contratto di lavoro, cit., p. 191 ss.; M. MARAZZA, *Saggio sull’organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002, p. 299; M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporto e mercato del lavoro*, cit., p. 165 ss.; C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 81 ss.

⁵⁵ F. LISO, *L’incidenza delle trasformazioni produttive*, in *QDLRI*, n. 1, 1987, p. 60; L. GAETA, *Nuove regole per il lavoro che cambia?*, in *DML*, 2001, p. 467; G. LOY, *Professionalità e rapporto di lavoro*, cit., p. 3; U. GARGIULO, *L’equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, cit., p. 36.

⁵⁶ M. GRANDI, *Nuove riflessioni sull’oggetto del contratto di lavoro*, cit., p. 506, il quale aggiunge “la predetta qualità può assumere, poi, valore prospettico, nel senso di un requisito da acquisire mediante l’assunzione di speciali obblighi di formazione proprio finalizzati all’acquisto delle competenze necessarie all’esercizio di attività lavorative”.

⁵⁷ Si sottolinea in dottrina che la professionalità emerge come modo di estrinsecazione della personalità ed è protetta come sua componente essenziale con la veste di diritto fondamentale desumibile dal collegamento tra gli artt. 2 e 35, comma 2, Cost.: C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, cit., p. 114 ss.; A. AVIO, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 102 ss.; M. NAPOLI, *Prefazione. Un incontro a più voci sulla professionalità*, in M. NAPOLI (a cura di), *La professionalità*, cit., p. VII. In giurisprudenza, per tutte Cass. 2 novembre 2001, n. 13580, in *RGL*, 2002, II, p. 233. Per alcuni rilievi critici, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, a cura di A. CICU-F. MESSINEO, II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 319 ss.; A. VALLEBONA, *Spunti critici sulla questione del diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione*, in *RIDL*, 1996, II, p. 363 ss.

⁵⁸ In dottrina, C. LAZZARI, *La tutela della dignità professionale del lavoratore*, in *DLRI*, 2017, p. 663 ss. In giurisprudenza, per tutte Cass. 2 febbraio 2010, n. 2352, in *RIDL*, 2010, II, p. 628, con nota di P. ALBI.

filo, ma si esprime come insieme di conoscenze e competenze di carattere teorico-pratico in ordine al ciclo produttivo e si basa su una maggiore cooperazione per l'analisi, la valutazione e gli scambi di informazione, dove il lavoratore deve mettere in campo una combinazione sempre diversa di capacità professionali sulla base delle variabili che si manifestano di volta in volta⁵⁹. In tale prospettiva, in una realtà di mercato che richiede conoscenze e capacità polivalenti, non solo tecniche e specialistiche, ma anche trasversali, al lavoratore viene richiesto – come accennato – non più il “sapere” ed il “saper fare”, quali elementi costitutivi di una professionalità statica, ma il “sapere come fare”, quale indice di una professionalità dinamica e del bagaglio professionale potenziale, o meglio ancora di una “competenza” che si manifesta anche attraverso percorsi formativi e di aggiornamento ed esperienze lavorative differenziate, “con un’importanza crescente della formazione *on the job* e dell’attitudine all’aggiornamento, all’apprendimento, al miglioramento continuo” (“saper divenire”)⁶⁰.

Il nucleo essenziale del concetto di competenza è il c.d. “sapere in azione”, vale a dire conoscenza arricchita da esperienza, che si traduce in un “sapere fare concreto”: nei moderni sistemi organizzativi il sistema produttivo chiede “la conoscenza avanzata dei sistemi informativi, la capacità di analisi in tempo reale di *big data*, e il sapersi muovere celermente tra sistemi ciber-fisici”⁶¹. Non si tratta più del *learning by doing*, tipico degli assetti organizzativi tayloristi, ma di comprensione critica dei processi, acquisita attraverso fasi di apprendimento formale e di esercizio di capacità riflessiva applicata alla pratica professionale⁶². E pure l’evoluzione di carriera è fondata su tali capacità provate in azione, perché le selezioni risultano, almeno sulla carta, condizionate dagli elementi soggettivi e non dalle prove compiute all’atto della verifica. In secondo luogo, la nozione di competenza comprende anche un “saper fare” di tipo relazionale e comunicativo, nel senso di competenze comportamentali-relazionali (come la flessibilità ope-

⁵⁹D. SACCHETTO, *Tecnologie al lavoro nei processi produttivi e riproduttivi*, cit., p. 6.

⁶⁰M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, cit., p. 478. V. anche F. GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, cit., p. 8 ss.; U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, cit., p. 55.

⁶¹F. SEGHEZZI, *Come cambia il lavoro nell’Industry 4.0?*, in *Working Paper Adapt*, 23 marzo 2015, n. 172, p. 8.

⁶²F. GUARRIELLO, *Competenze e nuovi sistemi di classificazione*, in *Università progetto*, n. 5, 2003, p. 18.

rativa, la capacità di adattarsi al contesto, ecc.)⁶³. Il che evidenzia la centralità riconosciuta al soggetto ed alle sue concrete caratteristiche e postula anche una centralità del momento valutativo, rimesso a procedure di verifica *a posteriori* delle competenze effettivamente dimostrate, non a meccanismi di certificazione *a priori* del possesso di competenze semplicemente supposte (per esempio, titoli di studio, anzianità di servizio)⁶⁴: il controllo dei sistemi di valutazione appare, perciò, la questione più delicata da risolvere sotto il profilo delle tecniche di tutela per evitare il rischio che il potere di valutazione sconfini in arbitrio⁶⁵.

Al fine di favorire una moderna organizzazione, anche le nuove tendenze negoziali – nonostante la questione delle competenze non abbia assunto in Italia grande visibilità, come invece è accaduto in altri paesi – sono volte alla valorizzazione della competenza quale metro per la classificazione del lavoratore, utile per una maggiore fidelizzazione e motivazione dello stesso nonché per ridurre lo scarto tra esigenze organizzative ed organizzazione del lavoro⁶⁶. In proposito va segnalato già all’inizio degli anni 2000 l’interesse delle parti sociali a livello europeo, che hanno definito un “Quadro di azione per lo sviluppo delle competenze e dei livelli di qualificazione lungo tutto l’arco della vita”⁶⁷, obiettivo ritenuto fondamentale e di stimolo alle organizzazioni affiliate a livello nazionale ad adottare sistemi che riconoscano e valorizzino le competenze.

L’apertura al tema delle competenze nei contratti collettivi e la costruzione di modelli di inquadramento che ne tengano conto possono costituire in effetti una corretta rappresentazione della realtà: i sistemi delineati dalla contrattazione collettiva che privilegiano le competenze rispetto all’attività concretamente svolta dal lavoratore fanno infatti dipendere il destino lavorativo di quest’ultimo dalla valutazione compiuta dal datore di lavoro con strumenti sensibili alle mutevoli varianti organizzative e posso-

⁶³ S. BRUN, *Sviluppo della professionalità e prassi contrattuali*, cit., p. 376.

⁶⁴ F. GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, cit., p. 277.

⁶⁵ F. GUARRIELLO, *Competenze e nuovi sistemi di classificazione*, cit., p. 20.

⁶⁶ F. GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, cit., pp. 79 e 256, sottolinea come “i nuovi sistemi di classificazione implicano, implicitamente o esplicitamente, una doppia declinazione: una classificazione delle mansioni e/o dei ruoli (o della professionalità richiesta) e una classificazione delle competenze (o della professionalità espressa), in cui la prima, attraverso le declaratorie ed i profili, disegna il tipo di professionalità astratta, la seconda, attraverso la predisposizione di griglie di valutazione, rileva in concreto le qualità dell’apporto soggettivo all’organizzazione”.

⁶⁷ Accordo Ces, Unice, Ueapme e Ceep, del 28 febbraio 2002.

no offrire agli stessi lavoratori la possibilità di ottenere riscontri positivi rispetto ad elementi valorizzati dal datore, nell'ottica della realizzazione e valorizzazione della persona per mezzo del lavoro in coerenza con i principi fissati dalla Costituzione (artt. 1, 4 e 35 Cost.).

Nella prospettiva delineata assumono particolare rilievo, anche in considerazione del fatto che le c.d. transizioni occupazionali (intese in senso ampio: dal sistema formativo al lavoro, la mobilità orizzontale o verticale interna all'azienda, quella da un lavoro ad un altro, da uno *status* professionale ad uno diverso, attraverso fasi di non lavoro o di lavoro di cura, anche legate a diverse realtà lavorative e/o a diversi *status* contemporaneamente) nel tempo diventeranno situazioni sempre più frequenti⁶⁸, i processi formativi e di addestramento dei lavoratori⁶⁹, e più in generale la valorizzazione della formazione professionale, quale momento centrale dell'attività lavorativa di tutte le figure presenti in azienda⁷⁰.

La formazione professionale dovrebbe rappresentare lo strumento normale dell'impresa per il raggiungimento dei suoi fini di produttività e di competitività⁷¹: le imprese, così come evitano l'invecchiamento degli impianti e dei macchinari, alla stessa maniera devono evitare l'obsolescenza delle conoscenze dei lavoratori, anche perché entrambi i fattori costituiscono un aggravio dei costi di gestione.

La competitività del sistema produttivo e delle imprese si fonda sul patrimonio di competenze dei lavoratori e per questo si rende necessario intensificare gli investimenti specifici in politiche attive aziendali (formazione, riqualificazione, apprendimento per tutto l'arco della vita lavorativa), anche per allineare le competenze dei lavoratori ai cambiamenti derivanti dal progresso tecnologico⁷². Emerge dunque la necessità che la formazione

⁶⁸ L. CASANO, *Le transizioni occupazionali nella nuova geografia del lavoro: dieci domande di ricerca*, in *www.bollettinoadapt*, 27 febbraio 2017.

⁶⁹ S. CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012. Anche G. LOY, *Formazione e rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1988.

⁷⁰ L'obiettivo di sviluppare il capitale umano è uno dei capisaldi delle proposte di azione contenute già nel Libro Bianco della Commissione delle Comunità Europee su "Crescita, competitività, occupazione", redatto da J. Delors nel 1993. Di recente, v. la *New Skills Agenda for Europe*, adottata dalla Commissione europea il 10 giugno 2016 con la comunicazione COM(2016) 381 *final*, dal titolo "Una nuova agenda per le competenze per l'Europa. Lavorare insieme per promuovere il capitale umano, l'occupabilità e la competitività".

⁷¹ A. MINERVINI, *La formazione professionale e la professionalità*, in L. GALANTINO (a cura di), *Innovazione tecnologica e professionalità del lavoratore*, Cedam, Padova, 1987, p. 99.

⁷² A. PERULLI, V. SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 101

professionale sia continua durante il rapporto di lavoro⁷³, a maggior ragione di fronte agli effetti dell'innovazione tecnologica⁷⁴; e ciò non solo nell'interesse del datore di lavoro, ma anche in quello del lavoratore, in quanto solo attraverso una adeguata formazione può trovare tutela il patrimonio di conoscenze e competenze in suo possesso, gravando peraltro sullo stesso lavoratore un diritto-dovere di aggiornarsi e di sviluppare le proprie competenze e capacità professionali a favore dell'impresa. E la considerazione vale per assicurare capacità di adattamento dei lavoratori sia alle mutevoli condizioni organizzative e tecnologiche⁷⁵, sia all'attuale crisi economica con riferimento alla quale maggiore è l'aggiornamento dei lavoratori minori sono le probabilità di essere espulsi dai processi produttivi. In sostanza, l'arricchimento del patrimonio di conoscenze e competenze del lavoratore, in altre parole la formazione, dovrebbe poter fornire al lavoratore anche la c.d. occupabilità o *capability*, sia interna al rapporto di lavoro in corso sia esterna trasferibile sul mercato del lavoro⁷⁶, divenendo uno strumento essenziale di politica attiva per il lavoro e di tutela transizionale per i lavoratori, oltre che strumento normale dell'impresa per il raggiungimento dei suoi fini di sviluppo e di espansione⁷⁷.

ss., spec. p. 108; M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, cit., p. 481. V. anche Accordo Interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 28 febbraio 2018, ratificato il 9 marzo 2018, sul quale A. SARTORI, *L'AI 9 marzo 2018: quale futuro per l'ordinamento intersindacale*, in *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, cit., Tomo III, Cacucci, Bari, p. 2395 ss.

⁷³ V. le interessanti osservazioni di M. CORTI, *L'edificazione del sistema italiano di formazione continua dei lavoratori*, in RGL, n. 1, 2007, p. 239 ss.

⁷⁴ Sottolinea la necessità di una continua qualificazione dei lavoratori, E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoratistica*, cit., p. 96 ss.

⁷⁵ F. AMATO, *Spunti per una nuova tutela della professionalità del prestatore di lavoro*, in QRCDL, n. 1, 1996, p. 74 ss.

⁷⁶ B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in DLRI, 2007, p. 1 ss.; D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, Bari, 2004; C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, cit. V. anche T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2002; G. LOY, *Professionalità e rapporto di lavoro*, cit., p. 3 ss.; M. ROCCELLA, *Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*, in DLRI, n. 1, 2007, p. 187.

⁷⁷ L. CASANO, *Contributo all'analisi giuridica dei mercati transizionali del lavoro*, Adapt University Press, 2020. In chiave socio-economica sui mercati del lavoro transizionali, G. SCHMID, *Transitional labour markets: a new European employment strategy*, Discussion Paper FS I 98-206, 1998; G. SCHMID, B. GAZIER (ed.), *The Dynamics of Full Employment. Social Integration Through Transitional Labour Markets*, Edward Elgar, Cheltenham, 2002; B. GAZIER,

Con riferimento ai profili formativi, una importante novità è sicuramente rappresentata dalla nuova formulazione dell'art. 2103 c.c., che per il caso di mutamento di mansioni opportunamente prevede l'assolvimento di un obbligo formativo (comma 3), quale naturale ed inedito contrappeso al sacrificio della professionalità ed alla dilatazione delle mansioni esigibili⁷⁸. Tuttavia, l'approssimativa formulazione del terzo comma dell'art. 2103 c.c. lascia aperte alcune fondamentali questioni e genera numerose incertezze interpretative, a partire dal fatto che l'obbligo è previsto solo ove ritenuto necessario⁷⁹, per cui se è vero che la norma introduce "una sorta di diritto sociale dei lavoratori di nuova generazione", risulta poi difficile la sua concreta applicazione⁸⁰.

Nel nostro ordinamento, in realtà, l'obbligo di formazione in capo al datore di lavoro è previsto soltanto nell'ambito dei rapporti di lavoro con finalità formativa, la cui causa di scambio tra prestazione e retribuzione si arricchisce dell'elemento della formazione, gravante sul datore di lavoro e distinta tra formazione interna, di competenza della legge statale, e formazione esterna, di competenza della legge regionale⁸¹; viceversa, nel "normale" contratto di lavoro subordinato non esiste un obbligo generale di formazione in capo al datore di lavoro⁸².

In proposito, in dottrina non è mancato chi ha qualificato la finalità formativa come "effetto naturale del normale contratto di lavoro"⁸³, corolla-

Vers un nouveau modèle social, Flammarion, Paris, 2005. V. anche la ricerca di Assolombarda in collaborazione con Adapt "Le politiche attive nei moderni mercati transizionali del lavoro", ricerca n. 13/2021.

⁷⁸ M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, cit., p. 484; anche M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt University Press, 2015, e-Book series, n. 48/2015, p. 85.

⁷⁹ Sulle questioni sollevate dall'obbligo formativo previsto dal comma 3 dell'art. 2103 c.c. sia consentito il rinvio a L. FERLUGA, *La dequalificazione unilaterale nella nuova disciplina delle mansioni*, in VTDL, 2016, spec. p. 91 ss.

⁸⁰ M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, cit., p. 485.

⁸¹ Corte cost. 6 febbraio 2007, n. 24, in RIDL, 2007, II, p. 559, con nota di B. CARUSO e di A. ALAIMO; Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50, in GC, n. 1, 2005, p. 395, con nota di S. SCAGLIARINI.

⁸² C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, cit., p. 155 ss., spec. p. 156.

⁸³ M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1082 ss. Criticano tale posizione G.G. BALANDI, *Formazione e contratto di lavoro*, in DLRI, 2007, p. 180, per il quale "l'au-

rio della ricostruzione della professionalità quale elemento dello scambio corrispettivo e controprestazione dell'obbligo retributivo. Oppure chi ha rilevato che "la formazione continua sia ormai entrata a far parte della struttura causale del contratto di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato", con conseguente difficoltà di continuare a distinguere, all'interno del lavoro subordinato, tra contratti speciali a causa mista e normali contratti a tempo indeterminato, ed aggiunge che "lavorare significa sempre meno occupare un posto di lavoro e sempre più intraprendere un percorso formativo"; e tutto ciò in quanto al lavoratore si richiede un'attività di carattere sempre più "intellettuale", come tale bisognosa di continuo aggiornamento, una professionalità polivalente ed una visione sistemica del ciclo produttivo⁸⁴. Oppure, ancora, chi ha distinto una formazione "per il contratto" da una formazione "per il mercato", ritenendo che la formazione può assumere rilievo sul piano del contratto, intervenendo nell'equilibrio corrispettivo, soltanto se, e nella misura in cui, va ad integrare la quota di professionalità divenuta obsoleta, se cioè essa può colmare quel *gap* debitorio, nell'ambito del contratto di lavoro, e quindi dello scambio, che in determinati casi potrebbe altrimenti condurre al licenziamento e sempre che vi sia una specifica volontà delle parti in tal senso; viceversa qualora la formazione sia diretta esclusivamente al reinserimento nel mercato o al mantenimento di una più "astratta" capacità professionale, non risultando connessa allo specifico contenuto di professionalità dedotto *in obligatione*, non potrà essere considerata elemento integrativo dello scambio negoziale, ma estraneo al nucleo essenziale del sinallagma funzionale⁸⁵.

spicio è sicuramente condivisibile ma ... sembra che a tutt'oggi non possa che restare tale"; U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, cit., p. 153, secondo il quale "la finalità" rimanda ai motivi, che salvo eccezioni sono irrilevanti nella struttura contrattuale, oppure alla funzione del contratto, cioè alla causa, ma non a un effetto, vale a dire ad una conseguenza del regolamento contrattuale adottato dalle parti, così come integrato da disposizioni inderogabili di legge. Possibilista appare M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporto e mercato del lavoro*, cit., p. 188, che scrive "l'affermazione per la quale la formazione è divenuta un effetto legale naturale del contratto di lavoro si può accogliere nei limiti in cui rappresenta la sintesi descrittiva delle evoluzioni contrattuali e legislative segnalate".

⁸⁴L. GALANTINO, *Lavoro atipico, formazione professionale e tutela dinamica della professionalità del lavoratore*, cit., p. 318 ss. La tesi è stata criticata in quanto non trova convincenti appigli sul piano giuridico: U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, cit., p. 154; M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporto e mercato del lavoro*, cit., p. 188.

⁸⁵U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, cit., p. 156 ss.

In effetti, a parte le indicazioni sovranazionali⁸⁶, che pongono la formazione continua come importante obiettivo dell'azione comunitaria in materia di lavoro⁸⁷, questa è disciplinata oggi nel nostro ordinamento dall'art. 6 della legge 8 marzo 2000, n. 53, rubricato "congedi per la formazione continua"⁸⁸. Il legislatore, dopo avere definito i principi ed i criteri generali in materia di riordino della formazione professionale (art. 17, legge n. 196/1997) ed avere creato i fondi paritetici interprofessionali (art. 118, legge n. 388/2000), per la prima volta all'art. 6, legge n. 53/2000, fa riferimento ad un "diritto" alla formazione continua dei lavoratori, cioè ad intraprendere e proseguire percorsi formativi per tutto l'arco della vita, così da "accretere conoscenze e competenze professionali", che riguarda sia gli occupati, e quindi i lavoratori, che i non occupati. In sostanza, la norma evidenzia l'ambivalenza del diritto alla formazione, in quanto idoneo a fondare sia una pretesa nei confronti del datore di lavoro sia nei confronti dello Stato, delle Regioni e degli enti locali, che devono assicurare una offerta formativa "articolata sul territorio" e che consenta "percorsi personalizzati, certi-

⁸⁶ V. l'art. 14 della Carta di Nizza del 2000, che ribadisce il diritto di ogni persona all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale e continua (già la Carta sociale europea del 1961, richiamata nel Preambolo e nell'art. 136 del Trattato di Amsterdam, prevedeva il diritto alla formazione ed all'elevazione professionale). V. anche la Raccomandazione del Consiglio dell'Unione Europea, 22 maggio 2018, relativa alle competenze chiave per l'apprendimento permanente (2018/C 189/01).

⁸⁷ Per una ricostruzione in chiave comunitaria, M.N. BETTINI, *Ruolo e sviluppo della formazione professionale nella realtà italiana e nella politica comunitaria*, in DL, 1995, I, p. 238; M. BARBERA, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione Europea*, in DRI, n. 2, 2000, p. 161 ss.; T. BAZZANI, *Re-thinking EU Employment Policy Implementation*, in R. SINGER, T. BAZZANI (a cura di), *European Employment Policies: Current Challenges*, BWV, Berlin, 2018, p. 121 ss. Più in generale, v. anche F. CARINCI, *Piano, piano, dolce Carlotta: cronaca di un'Europa in cammino*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, IX, Torino, 2010; S. SCIARRA, *How social will social europe be in the 2020s?*, in *German Law Journal*, n. 21, 2020, Issue, 1, p. 85 ss.

⁸⁸ V. anche il d.lgs. 16 gennaio 2013, n. 13, intitolato "Definizione delle norme generali e dei livelli essenziali delle prestazioni per l'individuazione e validazione degli apprendimenti non formali e informali e degli standard minimi di servizio del sistema nazionale di certificazione delle competenze", che, in attuazione della legge Fornero (art. 4, commi 51-68, legge n. 92/2012), introduce nell'ordinamento italiano il diritto all'apprendimento permanente e, per promuoverne l'effettivo esercizio, il riconoscimento e la certificazione delle competenze comunque acquisite dalla persona. Sull'importanza della certificazione delle competenze, L. CASANO, *La riforma del mercato del lavoro nel contesto della "nuova geografia del lavoro"*, in DRI, n. 3, 2017, p. 634 ss.; G.R. SIMONCINI, *Occupabilità e produttività del lavoro: il nodo della certificazione delle competenze*, *ivi*, p. 687 ss.

ficati e riconosciuti come crediti formativi in ambito nazionale ed europeo” (art. 6, comma 1, legge n. 53/2000)⁸⁹.

Il tema della formazione, e in particolare della formazione continua, inoltre, fino ad ora prerogativa imprenditoriale, viene oggi sempre più attratto nel campo delle relazioni industriali attraverso la previsione di obblighi di informazione, consultazione, partecipazione, rinvenibili nelle prime parti dei contratti collettivi, oppure attraverso una disciplina a carattere propriamente normativo⁹⁰. L’investimento in formazione, prima ritenuto compito esclusivo della scuola, poi, a lavoro iniziato, componente gestita dall’imprenditore come se questi fosse proprietario delle risorse umane, è divenuto nel tempo una questione di relazioni industriali, di contrattazione, di concertazione e persino anche di cogestione⁹¹. Pertanto, un diritto alla formazione continua esiste nei termini e nei limiti in cui esso è posto e specificato da specifiche disposizioni contrattuali, rispetto alle quali un ruolo propulsivo è certamente svolto dalla legge 8 marzo 2000, n. 53⁹²: in questa ottica si inserisce lo stesso art. 6, legge n. 53/2000, il quale prevede che spetta alla contrattazione collettiva di categoria, nazionale e decentrata, di definire il monte ore da destinare ai congedi per la formazione continua, i criteri per l’individuazione dei lavoratori e le modalità di orario e di retribuzione connesse alla partecipazione ai percorsi di formazione (comma 2).

Un ruolo importante nel sistema della formazione potrebbe essere svolto dal Fondo Nuove Competenze, costituito di recente presso l’Anpal (nel limite di 230 milioni di euro a valere sul Programma Operativo Nazionale SPAO) dall’art. 88, d.l. n. 34/2020, conv. nella legge n. 128/2020, modificato dall’art. 4, d.l. n. 104/2020, conv. nella legge n. 226/2020⁹³, che pre-

⁸⁹ C. ALESSI, *Commento agli artt. 5 e 6 della legge 8 marzo 2000, n. 53*, in M. NAPOLI, M. MAGNANI, E. BALBONI (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in NLCC, 2001, p. 1284; ID., *Professionalità e contratto di lavoro*, cit., p. 201 ss.

⁹⁰ F. GUARRIELLO, *Competenze e nuovi sistemi di classificazione*, cit., p. 20.

⁹¹ Già T. TREU, *Nuova professionalità e futuro modello del sistema di relazioni industriali*, in L. GALANTINO (a cura di), *Innovazione tecnologica e professionalità del lavoratore*, cit., p. 25 ss.

⁹² M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporto e mercato del lavoro*, cit., p. 188.

⁹³ V. anche l’art. 24, d.l. n. 17/2022, convertito nella legge n. 34/2022, c.d. Decreto Energia, che, modificando l’art. 11-ter, comma 2, primo periodo, d.l. n. 146/2021, convertito con modif. nella legge n. 215/2021, c.d. Decreto Fisco Lavoro, estende le possibilità di utilizzo del Fondo Nuove Competenze. Possono oggi presentare istanza non solo le aziende danneggiate dalle conseguenze della pandemia Covid-19 e quelle interessate alla transi-

vede – per l’anno 2020, ma a seguito delle modifiche anche per gli anni 2021 e 2022 – la possibilità per i contratti collettivi aziendali o territoriali, stipulati da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operative in azienda, di realizzare “specifiche intese” di rimodulazione dell’orario di lavoro per mutate esigenze organizzative e produttive dell’impresa ovvero, a seguito della modifica, anche per favorire percorsi di ricollocazione dei lavoratori, con le quali parte dell’orario di lavoro viene finalizzato a percorsi formativi, rimettendo i relativi oneri previdenziali ed assistenziali a carico dello stesso Fondo (comma 1)⁹⁴. Sebbene la sua specifica finalità sia di consentire la graduale ripresa dell’attività dopo l’emergenza epidemiologica, il Fondo potrebbe rivelarsi utile strumento per adeguare le competenze dei lavoratori alle mutate esigenze aziendali, in particolare per quei lavoratori che maggiormente risentono del forte impatto dei processi di digitalizzazione⁹⁵. Si è evidenziato come il forte ritardo nell’emanazione dei decreti interministeriali a cui la legge affida l’individuazione dei criteri e delle modalità di applicazione della misura e di utilizzo delle risorse del Fondo (art. 88, comma 3, d.l. n. 34/2020)⁹⁶ e la

zione ecologica e digitale (d.l. n. 146/2021), ma anche i datori di lavoro che: a) abbiano sottoscritto accordi di sviluppo per progetti di investimento strategico, ai sensi dell’art. 43, d.l. n. 112/2008, convertito nella legge n. 133/2008; b) siano ricorsi al Fondo per il sostegno alla transizione industriale di cui all’art. 1, comma 478, legge 30 dicembre 2021, n. 234 (legge di bilancio 2022).

⁹⁴D. GAROFALO, *Gli incentivi all’occupazione “difensivi” nell’emergenza epidemiologica*, in D. GAROFALO (a cura di), *Covid-19 e sostegno alle imprese e alle pubbliche amministrazioni*, vol. II, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nell’emergenza epidemiologica*, Adapt Labour Studies, e-Book series, n. 92, Adapt University Press, 2020, pp. 357-358; L. CASANO, *La formazione continua e i fondi interprofessionali*, in M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI (a cura di), *Scuola Università e formazione a distanza*, vol. IV, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nell’emergenza epidemiologica*, cit., p. 80 ss.

⁹⁵C. FALERI, *Disruptive innovation*, in S. BORELLI, V. BRINO, C. FALERI, L. LAZZERONI, L. TEBANO, L. ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, cit., p. 109; C. VALENTI, *La tutela della professionalità nel mercato del lavoro che cambia*, in LD, 2021, p. 145; D. GAROFALO, *Rivoluzione digitale e occupazione: politiche attive e passive*, in LG, 2019, p. 336. V. anche S. CIUCCIOVINO, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell’industria 4.0 e nella gig economy: un “problem framework” per la riflessione*, in DRI, n. 4, 2018, p. 1043 ss.; G.R. SIMONCINI, *L’incidenza della rivoluzione digitale nella formazione dei lavoratori*, in LG, 2018, p. 39 ss.

⁹⁶V. decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, emanato, di concerto con il Ministero dell’economia e delle finanze, in data 9 ottobre 2020.

ridefinizione dei limiti degli oneri finanziabili a valere sulle risorse del Fondo, delle caratteristiche dei datori di lavoro che possono presentare istanza e delle caratteristiche dei progetti formativi (art. 11-ter, comma 2, d.l. n. 146/2021, convertito con modif. nella legge n. 215/2021, c.d. Decreto Fisco Lavoro) ed il complesso *iter* previsto dall'art. 88, d.l. n. 34/2020, che coinvolge il Ministero del lavoro, l'Anpal, le Regioni, l'Inps, i Programmi operativi nazionali e regionali di Fondo Sociale Europeo, i Fondi paritetici interprofessionali (costituiti ai sensi dell'art. 118, legge n. 388/2000) ed il Fondo per la formazione e il sostegno al reddito dei lavoratori somministrati ex art. 12, d.lgs. n. 276/2003 (art. 88, comma 2, d.l. n. 34/2020), hanno di fatto reso la norma di complicata applicazione⁹⁷. Tuttavia, da una parte il rifinanziamento del Fondo (art. 11-ter, comma 1, d.l. n. 146/2021, convertito con modif. nella legge n. 215/2021, c.d. Decreto Fisco Lavoro)⁹⁸ e dall'altra l'adozione, in attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), del Piano Nazionale Nuove Competenze⁹⁹, che ha come obiettivo di riorganizzare la formazione dei lavoratori in transizione e disoccupati, basandosi sul rafforzamento del sistema della formazione professionale e la definizione di livelli essenziali di qualità per le attività di *upskilling* e *reskilling*, consentono di ritenere che il Fondo possa risultare funzionale all'acquisizione di nuove competenze per i lavoratori e costituire una utile e preziosa modalità per fornire ai lavoratori una occasione di formazione.

È evidente che il problema della formazione, e specificamente della formazione continua, riguarda l'effettività delle norme: le problematiche relative al Fondo a cui si è fatto cenno confermano i ritardi delle riforme delle politiche dell'impiego e della formazione professionale che derivano non solo da ragioni finanziarie e dalla difficoltà dei rapporti tra i soggetti istituzionalmente preposti alla formazione¹⁰⁰, ma anche dal fatto che nella maggior parte delle Regioni italiane esiste una separazione ancora particolarmente accentuata tra attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro.

⁹⁷ L. VALENTE, "Nuove competenze" soffocate dalla burocrazia, in *lavoce.info*, 27 ottobre 2020.

⁹⁸ Per il rifinanziamento del Fondo, v. da ultimo decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, emanato, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, in data 22 settembre 2022.

⁹⁹ V. decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, emanato, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, in data 14 dicembre 2021.

¹⁰⁰ A. BELLAVISTA, A. GARILLI (a cura di), *Mezzogiorno, sviluppo, lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012.

ro, orientamento e formazione, con la conseguenza che il percorso formativo si configura come percorso di istruzione indipendente rispetto alle concrete esigenze del mercato¹⁰¹. Con ciò si vuol dire che una cosa è la previsione a livello legislativo di un “diritto” alla formazione continua e di altre misure di politica attiva nei confronti dei lavoratori per adattare le loro competenze ai cambiamenti nella carriera professionale, altra cosa è la concreta e pratica attuazione delle norme; fermo restando che nulla vieta alle parti di un contratto di lavoro subordinato, anche in conseguenza dell’impiego sempre più consistente di tecnologie di ultima generazione, di inserire una clausola inerente all’obbligo di formazione¹⁰², intervenendo così a modificare l’assetto contrattuale del negozio.

Nella prospettiva di tutela del lavoratore si impone pertanto una implementazione del sistema, nel quale un ruolo fondamentale possono assumere le imprese, che se da una parte sono libere di affidare le produzioni all’innovazione tecnologica, dall’altra devono farsi carico dell’obbligo di formare i lavoratori alle nuove esigenze produttive. Occorre un forte impegno delle aziende ad investire in formazione, ricerca e innovazione, al fine dell’aumento della competitività e della produttività accompagnato da una crescita dei salari, e, in sinergia con le parti sociali ed il Governo, a potenziare le politiche attive del lavoro, tutelando e sostenendo al contempo le transizioni occupazionali e lavorative, e a sviluppare ulteriormente la formazione continua, per adeguare ed accrescere le competenze di tutti i lavoratori, a partire dai livelli più bassi della scala professionale, al fine di ridurre ed anticipare le ricadute che le innovazioni tecnologiche, in particolare modo quelle di nuova generazione, possono avere sull’occupazione¹⁰³. In tal modo si riuscirà ad operare in maniera più fattiva nell’incentivare un sistema integrato di formazione continua ed apprendimento permanente, quale forma di garanzia della continuità occupazionale e di sviluppo professionale coerente con l’evoluzione tecnologica.

¹⁰¹ Le esperienze sono differenti nelle diverse parti del Paese: v. D. GAROFALO, *La legislazione regionale sul lavoro e sull’occupazione dell’ultimo decennio*, in A. BELLAVISTA, A. GARILLI (a cura di), *Mezzogiorno, sviluppo, lavoro*, cit., p. 155 ss. Con riferimento alla Regione Sicilia, R. TOMMASINI, *Brevi osservazioni sulle politiche per l’occupazione nel Mezzogiorno e prospettive future*, *ivi*, p. 254 ss.

¹⁰² Come da tempo sembra ammettere la giurisprudenza: per tutte, Cass. 23 giugno 2001, n. 8623, in *MGL*, 2001, p. 1017.

¹⁰³ V. Accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 28 febbraio 2018, cit.

IL RATING REPUTAZIONALE NELL'ERA DIGITALE TRA POTERE DIRETTIVO/ORGANIZZATIVO E DISCIPLINARE. ALCUNE RIFLESSIONI

Giovanni Zampini *

1. I poteri datoriali nell'era digitale: verso una subordinazione di natura sempre più autoritaria?

È comune osservazione che il nuovo “capitalismo della sorveglianza”¹, indotto dalle tecnologie di ultima generazione, promuoverà lo sviluppo di organizzazioni imprenditoriali sempre più efficienti e pervasive (la c.d. “*smart-factory*”)². È evidente, infatti, che il dibattito attuale non è più incentrato su apparecchiature “aggiuntive” (come i sistemi di video sorveglianza o microfoni occulti), secondo il tradizionale approccio dello Statuto dei lavoratori. Si discute ormai di “datore automatizzato” o di *algorithmic management* per assunzioni, valutazione delle *performance*, selezione e promozione del personale, assegnazione incentivi retributivi, licenziamento)³, mentre le stesse modalità ordinarie di collegamento in rete di ogni persona – non solo durante il lavoro e non solo nel c.d. *smart working* – creano collegamenti permanenti⁴. Pare dunque ragionevole prevedere che

* Professore associato – Università Politecnica delle Marche.

¹ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance, The fight for a human future at the new frontier of Power*, PublicAffairs, New York, 2019.

² M. NOVELLA, *Impresa*, in M. NOVELLA, P. TULLINI, *Lavoro digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 5 ss.

³ G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *LLI*, 2020, n. 6, p. 20.

⁴ M. BROLLO, *Verso il lavoro “anytime, anywhere”?*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro-Pasarelli. Giurista della contemporaneità*, Giappichelli, Torino, 2018, vol. II, p. 919 ss.; A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio temporale e tecnologie: l'idea di lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 87 ss.

il rapporto di lavoro tenderà a non esaurirsi più nella sua mera genesi negoziale, ma verrà a contemplare poteri e obblighi che non si spiegano nella logica dello scambio, in quanto derivanti dalla natura dell'organizzazione nella quale il lavoratore è inserito⁵. Ne deriva la necessità di politiche del diritto, tese a contemperare le istanze di efficienza organizzativa con le esigenze di tutela delle persone che lavorano.

È da segnalare al riguardo la proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale (il c.d. *Artificial Intelligence Act* – A.I.A., presentata dalla Commissione il 21 aprile 2021, ora all'analisi del Parlamento UE e che diventerà verosimilmente operativa entro il 2024)⁶. Tale proposta, analogamente a quanto accade in altri settori ad alta intensità tecnologica come la tutela della riservatezza o la sicurezza sul lavoro:

a) classifica, innanzitutto i prodotti in base a livelli definiti di rischio per i diritti fondamentali; da notare che, nel Regolamento (UE) 2016/679 sulla protezione dei dati personali (GDPR – *General Data Protection Regulation*), la valutazione del livello di rischio è lasciata al titolare del trattamento dei dati, qui è invece determinata a priori in rapporto alla tipologia di prodotto, per cui può parlarsi di una visione “statica” o “*top-down*” dei livelli di rischio;

b) elabora soluzioni basate sulla gestione e minimizzazione del rischio in rapporto ai suoi vari livelli («totale», «alto» «medio»).

Per quel che qui interessa, i prodotti riguardanti la «occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo» sono annoverati tra quelli a «rischio alto» (art. 6); tali prodotti, prima di essere immessi sul mercato, devono rispettare determinate condizioni, fra cui: adozione di un sistema di gestione del rischio; gestione dati di alta qualità; adozione di documentazione tecnica adeguata; conservazione della documentazione tramite registri (file di log) per garantire la tracciabilità dei risultati; traspa-

⁵È ragionevolmente prevedibile che torni d'attualità il ricco dibattito sulla fonte del rapporto di lavoro subordinato, su cui v. da ultimo e per tutti R. DE LUCA TAMAJO, *Il fondamento contrattuale o acontrattuale del rapporto di lavoro*, in *LDE*, 2021, n. 2; M.V. BALLESTRERO, *Brevi note sulla dialettica tra posizioni contrattualistiche e acontrattualistiche*, in *LDE*, 2020, n. 3; G. FERRARO, *Contrattualismo e acontrattualismo nel diritto del lavoro*, in *LDE*, 2020, n. 3. A tali autori si rinvia anche per l'amplessima bibliografia.

⁶COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sulla intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, Bruxelles, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final, in <https://eur-lex.europa.eu>.

renza nei rapporti con gli utenti e dovere di informarli; supervisione umana.

Sono annoverati a «rischio totale» (e dunque proibiti) tutti i prodotti suscettibili di «causare o poter causare danni fisici o psicologici manipolando il comportamento umano per aggirare il libero arbitrio degli utenti»; o «di imporre il c.d. *social scoring* da parte o per conto delle autorità pubbliche che può portare a un trattamento dannoso o sfavorevole» (art. 5). Il c.d. *scoring*, nell'attuale formulazione della proposta di regolamento, sembrerebbe, pertanto, vietato solo per le autorità pubbliche e non per quelle private.

2. Procedimento decisionale algoritmico e rating reputazionale: la fase dell'acquisizione dei dati

In attesa del definitivo varo della citata normativa eurolunitaria – di cui si darà ancora conto nel prosieguo della esposizione – deve preliminarmente sottolinearsi che la tutela del lavoratore può comunque già ora essere garantita da una serie di approcci – sia a monte sia a valle della decisione algoritmica – in rapporto alle fasi di vita dell'algoritmo stesso. Ci si riferisce, in particolare, alle fasi (a) dell'acquisizione/raccolta dei dati; (b) dell'elaborazione dei dati; (c) e della decisione finale.

Per quanto riguarda la fase di cui sub (a), si potrebbe impedire già a monte l'utilizzo di determinati dati, in quanto rischierebbero di dar corso a decisioni illegittime. Sarebbe sufficiente dunque applicare la normativa sul trattamento dei dati personali, unitamente agli artt. 4 e 8, legge n. 300/1970⁷.

Nella raccolta di dati “interni” all'impresa si rivelerebbe certo utile l'art. 4 sui controlli a distanza, per il quale, se il lavoratore è stato adeguatamente informato su modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, «possono utilizzarsi a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro le informazioni raccolte da [...] strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e da strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze», nonché da «impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza (questi ultimi solo previa autorizzazione sindacale o amministrativa)».

L'art. 8, poi, vieta «al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, an-

⁷A. TOPO, “Automatic management”, *reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *LD*, 2018, n. 3, p. 453 ss.

che a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore». Come è stato da tempo rilevato, la norma tutela la riservatezza del lavoratore, inibendo al datore di lavoro la verifica di fatti attinenti alla vita privata⁸, proprio per rendere effettiva la libertà di opinione protetta dal citato art. 1 dello Statuto⁹ e per impedire discriminazioni sulla base di elementi estranei all'attitudine professionale. In tal modo, si rafforza e si anticipa la protezione approntata dall'art. 15 dello stesso Statuto, che sanziona con la nullità «qualsiasi patto od atto diretto» – tra l'altro e per quel che qui interessa – «a fini di discriminazione politica [...] o basata [...] sulle convinzioni personali»¹⁰. La norma, insomma, rappresenta – come è stato da tempo autorevolmente rilevato – il principale indice del superamento della tradizionale concezione fiduciaria del rapporto di lavoro, basata sull'*intuitus personae*, a favore di un criterio di valutazione più oggettivo¹¹, al quale anche i sistemi di intelligenza artificiale e di decisione algoritmica non potrebbero che attenersi.

La ricostruzione prospettata è certamente condivisibile, ma si rivela forse velleitaria, in quanto i cc.dd. *big data* hanno notoriamente una matrice ambigua e sfuggente. In effetti, le *information and communication technologies* e, in particolare, i *social media* «hanno profondamente eroso l'argine tra ciò che è professionalmente rilevante e ciò che non lo è, rendendolo sempre più sfumato e poroso e sottraendo alla irrilevanza il comportamento *online* del lavoratore», con conseguente incertezza dei limiti fissati dal legislatore statutario al potere datoriale di controllo¹². Si pensi, ad esempio, al caso – oggi tutt'altro che infrequente – d'un *web report*, operato da un algoritmo che, per finalità lecite – ad esempio di selezione/valutazione del personale – attinge da un *data lake* (una *repository* d'ultima generazio-

⁸ Cfr. A. CATAUDELLA, *Divieto di indagini sulle opinioni* (sub art. 8), in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 237.

⁹ Cfr. S. SCIARRA, *Divieto di indagini sulle opinioni* (sub art. 8), in A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 88 ss.

¹⁰ U. ROMAGNOLI, *Divieto di indagini sulle opinioni* (sub art. 8), in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1972, p. 143; A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 237; M. MAGNANI, *Diritti della persona e contratto di lavoro. L'esperienza italiana*, in *QL*, 1994, p. 54.

¹¹ U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 146; S. SCIARRA, *op. cit.*, p. 95.

¹² P. TULLINI, *Prefazione*, in E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, Modena, 2019, p. XVIII.

ne che consente archiviazione di grandi quantità di dati nel loro formato nativo, derivanti da molte fonti diversificate e disomogenee). In questo caso i dati, immessi in rete col consenso dei titolari, vengono poi portati nel contenitore ed analizzati secondo parametri sovente definiti dall'algoritmo stesso, che viene quindi ad effettuare delle scelte selezionando i dati raccolti¹³. Poiché è assai difficile, nell'esempio illustrato, filtrare o bloccare a monte i soli dati ritenuti *a priori* "accettabili" o "trattabili" secondo principi generalmente condivisi, sarebbe, forse, più opportuno capire esattamente in base a quali criteri i dati raccolti vengano successivamente elaborati.

3. (Segue): le regole di programmazione dell'algoritmico

È, questa, la fase di cui sub (b), relativa alle regole di programmazione/funzionamento dell'algoritmo. Qui si invoca generalmente un obbligo datoriale di *disclosure*, teso alla conoscibilità delle regole che governano le decisioni della macchina intelligente. Interessante al riguardo è una pronuncia della giurisprudenza di legittimità in materia di *web scoring*, in cui si è stabilito che il consenso al trattamento dei propri dati, per essere valido, dev'essere "consapevole" e dunque "necessariamente prestato liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato e ben definito nei suoi elementi essenziali", per cui occorre la conoscenza dello «schema esecutivo di funzionamento dell'algoritmo»¹⁴. Trattasi di un'espressione atecnica che non trova un preciso riscontro nel linguaggio specialistico dell'ingegneria informatica. Sembra ragionevole ritenere che i supremi giudici intendano alludere non tanto al vero e proprio

¹³ Per quanto riguarda la fase antecedente all'instaurazione del rapporto di lavoro, si è ritenuto di dubbia compatibilità coi divieti previsti dallo Statuto dei lavoratori il crescente ricorso, da parte delle imprese, a pratiche cc.dd. di *social recruiting* (consistenti nella selezione di candidati mediante l'utilizzo esclusivo dei *social network*); v. sul punto F. IAQUINTA, A. INGRAO, *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, in *DRI*, 2014, p. 1027; A. CEFIS, C. PIOVESAN, *Il social recruiting tra privacy e dati sensibili*, in www.bollettinoadapt.it, 27 dicembre 2013; A. GATTI CASATI, G. SALTA, *L'impatto dei social network sul mondo del lavoro: problemi e prospettive*, in www.bollettinoadapt.it, 26 novembre 2012.

¹⁴ Cass. 25 maggio 2021, n. 14381, in www.italgiure.giustizia.it/sncass, con riferimento all'art. 23, d.lgs. n. 196/2003, ora formalmente abrogato (ma sostanzialmente confluito nella normativa attualmente vigente).

linguaggio di programmazione (il c.d. “codice sorgente”, di assai difficile decifrazione e comunque protetto dalle leggi sulla proprietà intellettuale), quanto piuttosto agli elementi di fatto in base ai quali la valutazione viene effettuata.

Sulla stessa linea sembra porsi l’art. 13 dell’A.I.A., secondo cui «i sistemi ad alto rischio» (come quelli che impattano sull’occupazione) devono essere «progettati, sviluppati e forniti in modo da assicurare la trasparenza del loro funzionamento, oltre a fornire istruzioni per un uso appropriato»¹⁵.

La soluzione prospettata è anche qui condivisibile in linea di principio, ma di difficile attuazione, a causa dell’estrema complessità dei sistemi di i.a. e della notevole mutevolezza delle regole di funzionamento dell’algoritmo, che cambiano e si adattano continuamente nel tempo in base all’esperienza (il c.d. *machine learning*). Una soluzione potrebbe essere quella di aggiornare l’informativa ogni volta che le regole di funzionamento si evolvono, analogamente a quanto previsto dal d.lgs. n. 81/2008, il cui art. 35 impone «riunioni periodiche» per l’aggiornamento permanente del sistema di sicurezza aziendale ad un contesto organizzativo in continua mutazione. Il che presupporrebbe, però, l’effettiva disponibilità di molteplici informazioni, in particolare: il momento temporale in cui le regole di funzionamento cambiano, in che cosa concretamente consiste questo cambiamento e da quali accadimenti esso è stato indotto.

La conoscibilità integrale dell’algoritmo e dei processi decisionali interni ai sistemi d’intelligenza artificiale si rivela, inoltre, di problematica compatibilità con la tutela dei diritti di proprietà intellettuale¹⁶. La questione

¹⁵ Sul tema della c.d. “reputazione digitale” v. da ultimo L. LAZZERONI, *Rating*, in S. BORELLI, V. BRINO, C. FALERI, L. LAZZERONI, L. TEBANO, L. ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, Torino, p. 176 ss.

¹⁶ È opportuno ricordare che l’algoritmo in sé non è brevettabile, in quanto “metodo matematico” (come le “scoperte” e le “teorie scientifiche”: art. 52, comma 1, Conv. di Monaco 5 ottobre 1973 sul brevetto europeo, modificato con Atto di revisione del 29 novembre 2000, ratificati rispettivamente dalle leggi n. 260/1978 e n. 224/2007), a meno che non sia parte di un più complesso *software* di intelligenza artificiale, che abbia tutti gli elementi delle “invenzioni” (novità, attività inventiva e applicazione industriale: art. 52, comma 3, Conv. cit.; direttiva 91/250/CEE, attuata con d.lgs. n. 518/1992). Cfr. in argomento S. LAVAGNINI, *Intelligenza artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti*, in *DA*, 2018, p. 360 ss.; V. MANGINI, A.M. TONI, *Manuale breve di diritto industriale*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, spec. pp. 101-103; V. DI CATALDO, A. VANZETTI, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2018, spec. pp. 383-385; R. FOGLIA, *La direttiva Cee sulla tutela del software*, in *FI*, 1991, IV, p. 307 ss.

potrebbe essere risolta optando per un'interpretazione restrittiva della clausola di salvaguardia di tali diritti (prevista anche dal Considerando n. 63 del Regolamento (UE) 2016/679, per affermare la prevalenza del diritto d'accesso dell'interessato (in linea, peraltro, con quanto espresso nei Considerando 34 e 35 della direttiva 2016/943/UE sulla protezione dei segreti commerciali)¹⁷.

La conoscibilità dell'algoritmo sembra una esigenza più stringente nel procedimento decisionale del datore di lavoro pubblico. Qui il Consiglio di Stato ha avuto occasione di pronunciarsi nella vicenda dell'algoritmo utilizzato dal Ministero dell'Istruzione per l'assegnazione delle cattedre nelle operazioni di mobilità conseguenti alle immissioni in ruolo *ex lege* n. 107/2015 (c.d. sulla "buona scuola"). I giudici amministrativi hanno riconosciuto che l'automazione del processo decisionale della p.a. mediante l'utilizzo di una procedura digitale algoritmica (ovvero di una sequenza ordinata di operazioni di calcolo, in grado di valutare e graduare in via informatica una moltitudine di domande) è, in linea di principio, conforme ai canoni costituzionali di efficienza, economicità e buon andamento dell'azione amministrativa. Gli stessi giudici, tuttavia, hanno stabilito che l'utilizzo di «procedure robotizzate» deve svolgersi in conformità ai principi generali del diritto amministrativo. Pertanto, «la regola algoritmica, anche se declinata in forma matematica, possiede una piena valenza giuridica e amministrativa e come tale deve soggiacere ai principi di pubblicità e trasparenza, ragionevolezza, proporzionalità» e «non può lasciare spazi applicativi discrezionali, atteso che la discrezionalità amministrativa non può essere demandata al *software*». La regola algoritmica, inoltre, «richiede che la p.a. compia un ruolo *ex ante* di mediazione e composizione di interessi, anche per mezzo di costanti *test*, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo (soprattutto nei caso di apprendimento progressivo e di *deep learning*); deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo che deve investire la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti, dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione».

Se dunque l'algoritmo è da considerarsi a tutti gli effetti un «atto amministrativo informatico», la p.a. che lo utilizza deve spiegare l'*iter* logico-

¹⁷ G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in PD, 2019, spec. p. 229. Sul tema diffusamente A. OTTOLIA, *The public interest and intellectual property models*, Giappichelli, Torino, 2010.

giuridico che conduce alla decisione finale, la quale resta soggetta alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, quali disparità di trattamento, difetto di motivazione, violazione del principio di proporzionalità, ecc.¹⁸. Sembra, pertanto, sostenibile l'esistenza d'un vero e proprio diritto d'accesso all'algorithm, "perché il relativo *software* è il provvedimento amministrativo"¹⁹. Si tratta, in particolare, d'un «diritto di accesso [...] "al codice sorgente ovvero all'algorithm di calcolo del *software*»²⁰.

Dovrebbe, pertanto, concludersi che nel procedimento amministrativo può essere utilizzato solo un algorithm meramente esecutivo di immutabili parametri decisionali già a monte individuati e ponderati dall'uomo. Si tratterebbe quindi d'uno strumento funzionale al celere svolgimento d'una attività amministrativa vincolata. Il che escluderebbe dall'ambito decisionale pubblico (ed in particolare dall'attività amministrativa discrezionale) la fruibilità di veri e propri sistemi di intelligenza artificiale, basati su inconoscibili processi di valutazione ed apprendimento di *machine learning*. Resta, tuttavia, esclusa la legittimità anche d'una decisione puramente automatica, in quanto all'algorithm è assegnata una funzione meramente "servente" e strumentale, quale supporto automatizzato della decisione umana e dell'istruttoria procedimentale che p.a. deve comunque svolgere con una necessaria partecipazione di esseri umani²¹.

Va ricordato in proposito che il principio del controllo umano (c.d. *human in control principle*, da attivarsi, su richiesta del lavoratore, in ogni processo decisionale algoritmico) è ora sancito dall'Accordo quadro europeo sulla digitalizzazione del 22 giugno 2020²². Si tratta della generalizza-

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in www.giustizia-amministrativa.it e in VN, 2019, p. 806. Nel caso di specie, non avendo la p.a. consentito al giudice amministrativo di comprendere per quale ragione le legittime aspettative di docenti della scuola secondaria di secondo grado (già inseriti nelle relative graduatorie ad esaurimento) siano andate deluse, il Consiglio di Stato ha annullato i provvedimenti amministrativi assunti sulla base della procedura robotizzata per violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza.

¹⁹ T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 14 febbraio 2017, n. 3769, in *GDA*, 2018, p. 647, con nota di I. FORGIONE.

²⁰ Cfr. T.a.r. Lazio, sez. III, 6 giugno 2019, n. 7333, in *RFI*, 2019, voce *Istruzione pubblica* [3820], n. 37, con riferimento al *software* che ha gestito le prove scritte di un concorso per la selezione dei dirigenti scolastici.

²¹ B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BLJ*, p. 362 ss.

²² European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation, Bruxelles, 22 giugno 2020.

zione del modello di cui all'art. 22 GDPR, che già vieta, però con alcune rilevanti eccezioni, “la decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione”²³.

L'effettiva praticabilità di questa soluzione dovrà essere attentamente verificata soprattutto nei confronti dei sistemi di i.a. cc.dd. di “*machine learning*” (operanti, cioè, sulla base di algoritmi capaci di auto-apprendere e dunque secondo processi decisionali contraddistinti dalla c.d. “*black box*”, che restano sempre opachi e imprevedibili per gli stessi programmatori). È evidente che, in questi casi, la possibilità per l'operatore umano di mettere in discussione i risultati cui è pervenuta la macchina, di controllare la correttezza dei dati immessi e di correggere gli *output* (o eliminare gli eventuali “*bias*”, cioè gli effetti discriminatori o irragionevoli della decisione) è strettamente condizionata da livello di competenze tecnico-informatiche in capo all'umano stesso²⁴.

4. (Segue): la decisione assunta in base ai dati raccolti ed elaborati

Resta da esaminare l'ultima fase del procedimento decisionale algoritmico, quella sub (c) riguardante la decisione assunta in base ai dati raccolti ed elaborati. I sistemi di i.a. non sono più, infatti, soltanto un mezzo per realizzare azioni decise da un soggetto umano, ma essi stessi prendono decisioni o esprimono valutazioni. In tali circostanze l'ordinamento offre già gli strumenti per configurare forme di tutela più incisive.

²³ Il citato art. 22 consente la decisione automatizzata se: “(a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; (b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento [...]”; (c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato”.

²⁴ Cfr. A. ROTA, *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in LLI, n. 6, 2020. Sullo *human in the loop principle* cfr. per tutti B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, cit., pp. 377-378; A. FUMAGALLI, C. MORINI, *Essere lavoro. La valorizzazione della soggettività nel capitalismo biocognitivo*, in E. MINGIONE (a cura di), *Lavoro: la grande trasformazione*, Feltrinelli, Milano, 2020, p. 135 ss.; M. LOMBARDI, M. MACCHI, *Il lavoro tra intelligenza umana e intelligenza artificiale*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni della attività lavorative*, Firenze University Press, Firenze, 2018, p. 293 ss.; I. RAHWAN, *Society-in-the-Loop: programming the algorithmic social contract*, in EIT, 2018, n. 20, p. 5 ss. Sull'art. 22, Regolamento (UE) 2016/679 cfr. A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in G. FINOCCHIARO (diretto da), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 2017, spec. pp. 242-245.

Potrebbe qui riemergere la tentazione di presentare la decisione algoritmica come il risultato d'una "razionalità oggettiva" e dunque indiscutibile in quanto "scientifica", quasi ad identificare un interesse dell'"impresa in sé", intesa in senso oggettivo ed in contrapposizione agli interessi personali, egoistici ed opinabili, dell'imprenditore individuale o collettivo²⁵. Non sembra potersi escludere, insomma, che il fascino indotto dalle nuove tecnologie determini il tentativo d'imporre una acquisizione tendenzialmente acritica degli *output* algoritmici. Le conseguenze sarebbero nefaste e di ordine sistemico: l'assoluta deresponsabilizzazione del datore di lavoro per ogni decisione da lui assunta in merito alla gestione del personale²⁶ e dunque, in definitiva, lo "spiazzamento" del diritto del lavoro come disciplina di controllo dei poteri datoriali.

A fronte di tali eventualità, occorrerebbe una politica del diritto che valorizzi alcuni rilevanti strumenti di tutela che l'ordinamento già offre.

È, innanzitutto, sempre possibile (ed, anzi, doveroso) imputare la decisione algoritmica al datore di lavoro. L'imprenditore, infatti, resta pur sempre «il capo dell'impresa» (art. 2086 cod. civ.), obbligato ad «adottare le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro» (art. 2087 cod. civ.). Senza addentrarsi nella complessa questione della configurabilità d'una vera e propria personalità giuridica ai *software* di intelligenza artificiale²⁷, sembra ragionevole considerare la decisione algoritmica alla stregua dell'opinione d'un consulente (analogamente a quanto avviene nel sistema di sicurezza aziendale, ove vi è, appun-

²⁵ Sull'impresa in senso oggettivo cfr. per tutti F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Cedam, Padova, 2003, spec. pp. 33-41; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1963, *passim*, ove ampi riferimenti alla dottrina tedesca della «*Unternehmen an sich*» ed alla dottrina anglosassone della «*corporate philosophy*».

²⁶ È una strategia, in fondo, non nuova e già perseguita in altri contesti. Si pensi, ad esempio, alle vicende giudiziarie collegate alla legittimità degli accordi sindacali aziendali cc.dd. ablativi, conclusi ai sensi degli artt. 4-5, legge n. 223/1991, in cui la parte datoriale ha sovente tentato di giustificarsi adducendo che l'individuazione dei criteri di scelta dei lavoratori demansionandi (o licenziandi o da porre in cassa integrazione) era frutto d'una scelta non arbitraria ed unilaterale, ma condivisa con la controparte sindacale.

²⁷ Cfr. per tutti F.M. SBARBARO, *Algoritmi, intelligenza artificiale e personalità giuridica*, in NDS, 2020, n. 7, p. 885 ss. e, in una prospettiva filosofica, L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Cortina, Milano, 2022, spec. p. 65 ss.; C. CANNULO, *Chi decide? Intelligenza artificiale e trasformazione del soggetto nella riflessione filosofica*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 25 ss.

to, un consulente qualificato come il «responsabile del servizio di prevenzione e protezione», che svolge la sua attività di supporto alle decisioni datoriali ai sensi degli artt. 31-35, d.lgs. n. 81/2008). Una opinione – deve aggiungersi – che il datore di lavoro decide autonomamente di far propria, assumendone ogni conseguente responsabilità. In tale prospettiva non assumerebbero più alcuna rilevanza i dati che hanno alimento l'algoritmo e/o le imperscrutabili intenzioni dei programmatori. Ciò che conta, in definitiva, è la decisione finale del datore di lavoro “umano”; decisione che dovrà continuare ad esser motivata – per quel che qui interessa – secondo le stringenti modalità richieste dalla vigente legislazione lavoristica (si pensi, ad esempio, ai licenziamenti individuali e collettivi od alla assegnazione delle mansioni; ipotesi riguardo alle quali è, a tutt'oggi, inconcepibile un provvedimento datoriale supportato da un mero richiamo ad immotivati *output* provenienti da *software* d'intelligenza artificiale).

Deve osservarsi, in secondo luogo, che la decisione algoritmica può essere sempre sindacata in base agli effetti prodotti, richiamando, appunto, quelle parti della legislazione lavoristica “orientate agli effetti”. Fra queste, particolare importanza assume, ad esempio, la normativa antidiscriminatoria, con particolare riferimento al *disparate impact* derivante da discriminazione indiretta ed ai relativi oneri probatori ed (ormai collaudate) tecniche di tutela²⁸.

Può rilevarsi, semmai, che i sistemi di intelligenza artificiale, se incrociano dati in maniera opaca, potrebbero dar luogo a “discriminazioni atipiche”, cioè ad ingiustificate differenze di trattamento dovute ad un determinato fattore di rischio non espressamente contemplato dalla legge (non quindi orientamento sessuale o religioso, ma, ad esempio: abbigliamento, indole comportamentale, gusti ed *hobbies* personali in ambito extra-lavorativo, ecc.). Si potrebbe essere tentati di ampliare la nozione di discriminazione giuridicamente rilevante (oggi notoriamente incanalata, per lo

²⁸ Come avvenuto nel noto “caso Deliveroo”, deciso dal Trib. Bologna, ord. 31 dicembre 2020, in *ADL*, 2021, p. 780 ss., con nota di M. BIASI. In argomento v. anche M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *LLI*, 2021, vol. 7, n. 1, p. I.1 ss.; M. BORZAGA, M. MAZZETTI, *Discriminazioni algoritmiche e tutela dei lavoratori: riflessioni a partire dall'ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020*, in *BLJ*, 2022, n. 1, p. 225 ss.; A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 2021, n. 1; M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *LLI*, 2021, n. 1, p. I.50 ss.; L. LAZZERONI, *Discriminazioni digitali*, in S. BORELLI, V. BRINO, C. FALERI, L. LAZZERONI, L. TEBANO, L. ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologia. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, cit., p. 99 ss.

più, nell'alveo della "tipicità" e della "tassatività"²⁹), col rischio, però, d'introdurre, oltre a non auspicabili momenti d'incertezza giuridica, anche la possibilità d'un sindacato giudiziale (forse eccessivo) sul merito della decisione datoriale, in contrasto con principio di libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.

5. Il possibile ruolo del sindacato

Le organizzazioni sindacali potrebbero certamente svolgere un ruolo importante nel governo della digitalizzazione.

Un importante strumento di contrasto a condotte algoritmiche illegittime è senza dubbio il giudizio antidiscriminatorio già previsto dall'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, che consente al sindacato, quale ente esponenziale posto a tutela degli interessi collettivi dei lavoratori, di richiedere *iure proprio* il risarcimento del danno anche non patrimoniale³⁰.

Potrebbe, poi, immaginarsi un intervento autonomo della contrattazione collettiva, volto alla negoziazione dell'algoritmo ed alla definizione concordata di regole di funzionamento delle piattaforme digitali. In questo modo, l'algoritmo da attore della decisione diventerebbe oggetto di negoziazione. Tale eventualità, tuttavia, è evidentemente condizionata da potere negoziale delle organizzazioni sindacali, spesso assai debole (se non assente) nelle imprese più piccole.

Potrebbe, inoltre, ipotizzarsi l'estensione al campo delle tecnologie digitali del modello prefigurato dall'art. 4, legge n. 300/1970, con l'obbligo datoriale di sottoporre ad esame congiunto i sistemi algoritmici e di intelligenza artificiale prima di adottarli, evidenziandone le potenzialità tecniche, modalità e finalità di utilizzo nella gestione dei rapporti di lavoro. Si tratterebbe quindi di imporre al datore di "dischiudere l'algoritmo" prima della sua introduzione, in modo che il sindacato possa esser reso davvero consapevole di come esso funziona e possa quindi contrattarne gli effetti sul rapporto di lavoro³¹. Certo l'"apertura" dell'algoritmo può creare – come

²⁹Sul punto cfr. per tutti M. BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *Tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 33 ss. Cfr. anche, in termini problematici, A. LAS-SANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, Cedam, Padova, 2010, spec. pp. 80-98 e 179-182.

³⁰Trib. Bologna, ord. 31 dicembre 2020, cit.

³¹È la condivisibile proposta di M.T. CARINCI, *Intervento al Workshop "Data Analy-*

detto – problemi di rispetto della proprietà intellettuale, a meno che non si arrivi, già “a monte”, ad una scrittura condivisa delle sue regole di programmazione inerenti la gestione del personale o, financo, la gestione stessa dell'impresa³². Entrerebbe in gioco l'annoso – e tuttora irrisolto – tema della “partecipazione sindacale”; termine notoriamente ambiguo, che comprende fenomeni diversi: la mera “partecipazione operativa”, finalizzata al coinvolgimento diretto dei dipendenti nell'organizzazione del lavoro ovvero la vera e propria “cogestione” secondo il modello germanico della *Mitbestimmung* (la c.d. “partecipazione strategica” dei lavoratori nelle “grandi scelte” relative alle strategie generali dell'impresa ed agli investimenti che queste richiedono)³³.

De iure condendo, data la grande pervasività dei sistemi di intelligenza artificiale, si rivelerebbe, infine, senz'altro utile l'istituzione d'una figura specializzata di rappresentanza dei lavoratori per la *privacy* sul modello del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza di cui agli artt. 47-50, d.lgs. n. 81/2008. Tale figura potrebbe porsi come referente dei lavoratori per la conoscenza dei sistemi di funzionamento delle nuove tecnologie, col compito di evidenziarne le eventuali anomalie e di controllarne il corretto funzionamento.

tics, intelligenza artificiale e lavoro”, organizzato dal CNEL il 12 novembre 2021, in <https://www.youtube.com/watch?v=vHp3Nhrwkl&t=387s>.

³²P. TULLIO, *Diritto societario degli algoritmi. E se i robot diventassero imprenditori commerciali?*, in *AGE*, 2019, n. 1, p. 225 ss.

³³“Partecipazione strategica” è terminologia usata in ambito economico: v. per tutti R. MOLESTI, *Impresa e partecipazione. Esperienze e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 2006, spec. p. 36 ss.; G. BAGLIONI, *Lavoro e decisioni nell'impresa*, Il Mulino, Bologna, 2001, spec. p. 85 ss. Nella letteratura giuslavoristica si parla di “partecipazione integrativa” (L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione dell'impresa*, in *DLRI*, 2005, p. 373 ss.) o di “partecipazione organica” (T. TREU, *Cogestione e partecipazione*, in *DLRI*, 1989, p. 597 ss.; G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1992, pp. 126-127, in riferimento, però, alla sola *Mitbestimmung*). Sulla c.d. “partecipazione operativa” v. per tutti AA.VV., *Il world class manufacturing alla Fiat: come cambia il lavoro*, in *EL*, 2015, n. 3, p. 5 ss. Per una attenta analisi ed una panoramica complessiva sulle problematiche della partecipazione cfr. anche C. ZOLI, *La partecipazione dei lavoratori in Italia tra vecchi e nuovi modelli*, in *DLM*, 2013, p. 557 ss.; ID. (a cura di), *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, Giappichelli, Torino, 2015.

6. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte, sembra ragionevole ritenere che l'impatto, sul mondo del lavoro, delle tecnologie di ultima generazione si delinearà secondo la volontà degli esseri umani. L'opacità e la pervasività dei sistemi informatici più evoluti, cioè, non dovrebbe considerarsi un fattore intrinseco ed ineliminabile, quanto piuttosto il portato dei rapporti di forza sottesi al sistema economico globale. La tecnologia, infatti, può produrre effetti diversi su diritti (come la salute, la *privacy*, ecc.) e dinamiche occupazionali a seconda di come essa viene costruita e implementata³⁴.

Occorrerebbe, pertanto, un nucleo di regole e principi che, nel nuovo "capitalismo della sorveglianza"³⁵, definiscano un "giusto processo decisionale tecnologico" (*technological due process*), in modo che gli algoritmi che ci governano riflettano i valori fondanti della nostra società e siano soggetti a controllo da parte delle istituzioni della società democratica³⁶. Opportunamente si invoca al riguardo una regolamentazione globale, che esprima un "nuovo contratto sociale" ri-fondativo della convivenza civile, analogo a quello concluso dopo il secondo conflitto mondiale³⁷. In questa prospettiva, la sfida più importante è riuscire a tradurre il linguaggio giuridico relativo ai principi costituzionali di tutela della persona nel linguaggio di programmazione dell'algoritmo, in modo che diventino limiti intrinseci alla sua attività.

³⁴ Cfr. A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Laterza, Bari, 2020, p. XVII, secondo i quali "la tecnologia e le sue conseguenze sono fenomeni umani e dipendono strettamente dal tessuto sociale e regolamentare su cui si riverberano".

³⁵ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance, The fight for a human future at the new frontier of Power*, cit.

³⁶ HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Ethics guidelines for trustworthy AI*, Bruxelles, April 2019, in <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation.1.html>.

³⁷ A. ROSS, *The raging 2020s. Companies, countries, people and the fight for our future*, H. Holt, New York, 2021. In ambienti nordamericani si ragiona al riguardo su alcuni aspetti, quali: *building a regulator, controlling the creation, controlling the creators* (cfr. M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Giappichelli, Torino, 2018, spec. pp. 1-8 e 199 ss.).

OPPORTUNITÀ E INTERESSI NELLA REMOTIZZAZIONE DEL LAVORO (PUBBLICO E PRIVATO)

Anna Zilli*

1. In principio era il telelavoro: l'importanza del luogo della prestazione

Ripercorrere l'epopea del lavoro prestato “non in ufficio”, a ridosso della fine dello stato di emergenza pandemico (31 gennaio 2020-31 marzo 2022)¹, pare un'impresa titanica: da un lato, l'affastellarsi dei provvedimenti normativi ha costretto i commentatori a continue giravolte interpretative (specie in tema di prestatori fragili, v. *infra*); dall'altro, l'imponente numero dei lavoratori coinvolti (che, dalla cifra iniziale di appena 600 mila, è balzato improvvisamente a oltre 8 milioni di lavoratori “da casa”², per poi assestarsi attorno a 3 non stabilmente in presenza in “ufficio”³) ha determinato la necessità di fornire rapide letture e supporto a imprese, pubbliche amministrazioni e occupati.

* Professoressa associata di Diritto del lavoro – Università di Udine.

Il saggio riprende le considerazioni espresse anche in A. ZILLI, *Dal telelavoro... al telelavoro: vent'anni (e due pandemici) attorno alla prestazione resa fuori dai locali dell'organizzazione*, in *ADL*, 2022, 4, pp. 71-87.

¹ Il 30 gennaio 2020, in seguito alla segnalazione da parte della Cina (31 dicembre 2019) di un *cluster* di casi di polmonite a eziologia ignota nella città di Wuhan, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale l'epidemia di coronavirus in Cina. Il giorno successivo, il Governo italiano ha proclamato lo stato di emergenza.

² S. BANJO, *Coronavirus Forces World's Largest Work-From-Home Experiment*, in <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-02-02/coronavirus-forces-world-s-largest-work-from-home-experiment>.

³ Si v. ancora https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/smart-working.

Ma, non appena si riesca a levare lo sguardo dalla contingenza epidemiologica, il complessivo fenomeno del lavoro da remoto può essere osservato, finalmente, lungo un asse temporale significativo, che si snoda nell'arco di un ventennio, caratterizzato da mutazioni linguistiche (telelavoro, a distanza, agile, remoto, *smart* ...) e semantiche (cosa si intenda con i *nomina* utilizzati). Si tratta, altresì, di un «caleidoscopio di possibilità»⁴, che convivono nell'ordinamento e sono poste a disposizione delle organizzazioni, pubbliche e private, quasi *à la carte*, al fine di realizzare plurime funzioni, non sempre esplicite.

Il percorso normativo parte dal telelavoro pubblico, rigidissimo e ipernormato (art. 4, legge n. 191/1998 e d.P.R. n. 70/1999⁵), definito come prestazione di lavoro eseguita da un lavoratore subordinato «in qualsiasi luogo ritenuto idoneo, collocato al di fuori della sede di lavoro, dove la prestazione sia tecnicamente possibile, con il prevalente supporto di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che consentano il collegamento con l'amministrazione cui la prestazione stessa inerisce»⁶, al fine di razionalizzare l'organizzazione del lavoro e di realizzare economie di gestione, attraverso l'impiego flessibile delle risorse umane. In tale ottica, l'Accordo quadro del 23 marzo 2000⁷ prefigurava per tutti i comparti di contrattazione un telelavoro «argonautico»⁸, da declinarsi secondo diverse ipotesi, quali «lavoro a domicilio, lavoro mobile, decentrato in centri-satellite, servizi in rete o altre forme flessibili anche miste, ivi comprese quelle in alternanza, comunque in luogo idoneo, dove sia tecnicamente possibile la prestazione «a distanza», diverso dalla sede dell'ufficio al quale il dipendente è assegnato» (art. 5, comma 1). La traduzione pratica dell'istituto, affidata alla contrattazione collettiva, finì, però, per trascurare il telelavoro quale prassi organizzativa innovativa per le pubbliche ammini-

⁴L'espressione è di A. SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2018, pp. 471 ss., spec. 475.

⁵L. GAETA, P. PASCUCCI, U. POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 1999.

⁶D. GOTTARDI, *Telelavoro*, in *DDP comm.*, 2003, p. 911 ss.

⁷U. POTI, V. CORDELLA, *Contrattazione collettiva e Corte dei conti: la certificazione non positiva dell'ipotesi di accordo quadro nazionale sul telelavoro*, in *LPA*, 1999, p. 1318 ss.

⁸L'espressione è di L. GAETA, *La nozione*, in L. GAETA, L. PASCUCCI (a cura di), *op. cit.*, p. 36, dove profeticamente descrive il lavoro «argonautico: con un computer portatile e un telefono cellulare esso può effettuarsi anche su una panchina del parco»; adesivamente R. CASILLO, *La subordinazione «agile»*, in *DLM*, 2017, pp. 529 ss., spec. 535.

strazioni, venendo a creare il solo telelavoro domestico o reso in una sede decentrata presso un altro ente pubblico, affinché fosse possibile il controllo (non sulla prestazione resa ma) rispetto alla mera presenza del lavoratore al terminale.

Sicché, mentre il telelavoro avrebbe potuto essere, sin dagli albori, non solo una fonte di risparmi, ma anche (e soprattutto) uno strumento per migliorare il livello qualitativo dei servizi resi ai cittadini dalla pubblica amministrazione, aggredendo anche la piaga dell'assenteismo⁹ e valorizzando il merito, esso si scontrò con la mancanza di una cultura della responsabilità e del risultato rispetto a quella del tempo di lavoro¹⁰, nonché con l'avanzata età media dei dipendenti pubblici, ampiamente superiore ai cinquant'anni d'età¹¹.

Nel settore privato, invece, alcuni tra i più importanti contratti collettivi nazionali dell'industria italiana (v. per esempio i contratti stipulati per Telecomunicazioni, Elettrici, Chimici, Grafici e Cartotecnici, Chimici Cera-mica) avevano provveduto a disciplinare la materia sin dai primi anni 2000; la stessa congiuntura si era verificata nel settore della piccola e media industria, con l'Accordo interconfederale sul telelavoro stipulato il 17 luglio 2001 tra Confapi e Cgil, Cisl, Uil. Parimenti, nel comparto del Terziario, Distribuzione e Servizi, Confesercenti avevano sottoscritto già in data 24 luglio 2001, con Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl, Uiltucs-Uil, un accordo integrativo al contratto collettivo nazionale di lavoro del Terziario per regolamentare il telelavoro, sia sotto il profilo normativo, sia retributivo.

L'Accordo-quadro europeo del 16 luglio 2002 e l'accordo interconfederale 9 giugno 2004 affrontavano il telelavoro, all'alba delle (allora) nuove tecnologie, come una questione di luogo di lavoro, costruendo una disci-

⁹ Problema vecchio quasi come il mondo, per il quale si v. S. RODA, *Un caso di assenteismo nei quadri della burocrazia imperiale alla fine del IV secolo d.C.*, in *Index*, 1987, 15, p. 367. Con riferimento alle questioni della p.a. italiana, il tema appare fondamentale sin dagli anni '70, come può vedersi in G.C. MONETI, *Questo assenteismo*, in *Il ponte*, 1973, 11, p. 1623 e, per una prospettiva di auspicato superamento, F. PIU, *Pubblica amministrazione: oltre l'assenteismo*, *ivi*, n. 4, 1982, p. 333. Sul tema sia consentito il rinvio a A. ZILLI, *Alla ricerca della efficienza delle aa., tra concretezza, milleproroghe e bilancio*, in *LG*, 2020, p. 226 ss.

¹⁰ A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020, p. 61.

¹¹ V. www.contoannuale.mef.gov.it/ext/Documents/DISTRIBUZIONE%20PER%20ETA'.pdf.

plina applicabile al lavoro a/da lontano, inteso come «forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa» (art. 1, A.I. 2004) e che «può inserito nella descrizione iniziale delle prestazioni del lavoratore ovvero scaturire da un successivo impegno assunto volontariamente» (art. 2, A.I. 2004).

Ma “al di fuori dei locali dell'impresa” tele-lavorava, in modo fisso, solo il 3,6% dei prestatori dipendenti del settore privato (tecnicamente, lavoratori a domicilio) e, alternando “casa” e “bottega”, un modestissimo 1,2%¹², mancando infrastrutture¹³, competenze abilitanti e contesti di fiducia tra i lavoratori e la dirigenza, orientati più al risultato che alla continuità nella prestazione¹⁴, necessari per sostenere la transizione verso nuove e meno rigide forme di lavoro.

Da un lato, il telelavoro “regolato”, nativo e trasformato, aveva faticato a proporsi (non riuscendo certamente a imporsi) nelle organizzazioni, sia pubbliche, sia private, in ragione delle proprie rigidità. Dall'altro, *de facto* il percorso della contrattazione collettiva era comunque proseguito, allontanando da sé l'ingombrante etichetta del telelavoro rigidamente inteso, per accogliere ipotesi atipiche, figlie dell'autonomia privata e dello sviluppo tecnologico.

¹² EUROSTAT, *How usual is it to work from home?*, 2019, serie statistica, in <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/DDN-20200424-1>.

¹³ Secondo il Rapporto Istat 2019, Cittadini e ICT, in <https://www.istat.it/it/files/2019/12/Cittadini-e-ICT-2019.pdf>, nel 2019, in Italia, il 76,1% delle famiglie disponeva di un accesso a Internet, di queste il 74,7% di una connessione a banda larga; nelle aree metropolitane il 78,1%, nei comuni fino a 2mila abitanti tale quota scendeva al 68,0% e al Sud in media il 60%.

¹⁴ EUROFOUND AND THE INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, 2017; EUROFOUND, *New forms of employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015.

2. (Segue): anche incentivato fiscalmente

I monitoraggi condotti¹⁵ hanno mostrato la vivacità delle parti sociali e la proliferazione di soluzioni personalizzate rispetto alle realtà coinvolte. Si può evidenziare un sano dinamismo, sorretto anche fiscalmente, allorché la legge di Stabilità per il 2016 (legge 28 dicembre 2015, n. 208) aveva previsto l'esclusione dalla base imponibile dell'IRPEF delle somme corrisposte, tra le altre, per premi di risultato legati a incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione. A tali somme si applicava, entro il limite lordo complessivo di 2000 euro lordi, l'imposta sostitutiva dell'IRPEF e delle addizionali regionali e comunali pari al 10%, purché si trattasse di poste erogate in esecuzione di contratti aziendali o territoriali.

Il successivo Decreto Interministeriale del 25 marzo 2016 aveva disciplinato i criteri di misurazione degli incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione, ai quali i contratti aziendali o territoriali potevano collegare la corresponsione dei premi di risultato: tra i criteri di misurazione e verifica, oltre all'aumento della produzione e risparmio dei fattori produttivi, il cennato D.I. introduceva l'adozione di forme di lavoro agile per il miglioramento della qualità dei prodotti e dei processi.

Nell'ambito dell'autonomia privata, poteva trattarsi di lavoro nato o diventato "a distanza", con trasformazione a termine o a tempo indeterminato, secondo l'interesse delle parti del rapporto. Si incentivava così, attraverso la leva fiscale, la diffusione di uno *smart working*¹⁶ flessibile e/o a distanza, richiamato anche come modello per la pubblica amministrazione

¹⁵Per tutti v. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT", n. 335/2017.

¹⁶Si opta per l'utilizzo delle espressioni "lavoro agile" e "*smart working*" come sinonimi, nella consapevolezza delle annotazioni critiche di M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, relativamente alla traduzione (traslazione) del termine, su cui si v. in particolare le note nn. 42-43. Si tratta di una *querelle* (M. MARTONE, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in DLM, n. 2, 2018, p. 293) su cui si è espressa anche l'Accademia della Crusca (in Gruppo Incipit, *Accogliamo con piacere il "lavoro agile"*, Firenze, 1 febbraio 2016), che ha visto nell'anglicismo *smart work* un «perfetto equivalente» del lavoro agile. Il termine si rivela amatissimo *ante litteram*, già presso la Camera dei deputati – Servizio Studi, *Disposizioni per la promozione dello smart working* A.C. 2014, Dossier n. 364 – Schede di lettura 3 novembre 2015, probabilmente attingendo alla contrattazione collettiva, che ne fa frequente utilizzo (su cui v. la sezione «smart working» della banca dati Adapt, *www.farecontrattazione.it*, nonché i Rapporti annuali EAD., *La contrattazione collettiva in Italia*, Adapt University Press, ultimo disponibile 2021).

sin dall'art. 14, legge n. 124/2015 e adottato con la direttiva n. 3/2017 recante «Indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti» a ridosso dell'emanazione della legge n. 81/2017.

3. *Dai contratti collettivi alla legge n. 81/2017: lavorare anytime, anywhere nella società iperconnessa*

Il passaggio dalla negoziazione al lavoro agile normato (legge n. 81/2017) è un salto doppio e quasi carpiato: dalla defiscalizzazione del lavoro agile come misura di *welfare*, il lavoro agile assurge a (una tra le) modalità flessibili di esecuzione della prestazione, che accoglie tra i suoi scopi quelli di «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» rendendo la prestazione 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 e in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, legge n. 81/2017).

Si ritiene che la novella si applichi soltanto in caso di trasformazione della modalità di esecuzione, rispetto a una prestazione da rendere “di norma” nell'unità produttiva. A tal fine, si individuano le «forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro [e] 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». In caso di variazione a tempo indeterminato in modalità agile, l'accordo deve prevedere altresì un preavviso per il recesso, di regola, «non inferiore a trenta giorni» (art. 19, comma 2, legge n. 81/2017).

Si realizza, dunque, un doppio binario: da un lato, il telelavoro risolve la questione del luogo di esecuzione della prestazione “fuori dall'unità produttiva” ma con diritti e doveri, da ambo i contraenti, del tutto simili per ampiezza e rigidità al lavoro “dentro l'unità produttiva”; dall'altro, il lavoro agile affronta la questione più dei tempi che dei luoghi, accogliendo una concezione flessibile di ambiente di lavoro, cui accompagna una regolamentazione dei periodi di esecuzione e disconnessione, al fine di evitare

che la porosità dei tempi di vita personale e professionale si traduca nell'attività *anytime, anywhere*.

Invero, su tali binari non passavano treni, né lenti, né veloci. Gli impieghi tele-agili rimanevano pochi, più *ottriati* a favore di risorse umane (ritenute) infungibili, che organizzati per la generalità delle lavoratrici e dei lavoratori, a eccezione dei settori in cui si erano spontaneamente sviluppati (telecomunicazioni, banche ...) per concretizzare reali interessi delle parti, *in primis* organizzativi. Sicché, la prima applicazione della disciplina del 2017 coglieva una parte molto limitata delle trasformazioni in atto, mancando, in molti casi, la capacità trasformativa verso soluzioni complessivamente innovative rispetto al lavoro «per fasi, cicli e obiettivi»¹⁷ e, in altri, o l'interesse a contenere la trasformazione negli stretti recinti della subordinazione¹⁸.

4. Il lavoro agile emergenziale: una questione di salute (e produzione)

La crisi pandemica, con la forza e l'accelerazione che solo le emergenze sanno determinare, ha collocato il lavoro agile al centro del ciclone: accantonate le questioni organizzative, tale soluzione si è rivelata necessaria (non certo per l'incremento della produttività o per la conciliazione, come indicato nella legge n. 81/2017, ma) per il mantenimento di livelli almeno minimi della produzione, compatibilmente con la salvaguardia della salute. A tal fine, la regolamentazione emergenziale dell'istituto ha accantonato (quantomeno sino ad agosto 2022, e poi si vedrà) il fondamento consensualistico, in favore di un'agilità pretesa e imposta, per ragioni diverse, dalle parti del rapporto.

Sin dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito in legge n. 13/2020) recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19», si è previsto che le attività lavorative «che possono essere svolte in modalità domiciliare» seguano le previsioni del d.p.c.m. 23 febbraio, con applicazione della disciplina del lavoro agile «in via automatica» e «provvisoria ... anche in assenza degli accordi individuali ... ad ogni rapporto di lavoro subordinato» (art. 3), inizialmente nei soli Comuni

¹⁷ B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in RIDL, 2020, I, p. 215.

¹⁸ G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in DRI, 2017, p. 771.

siti nelle c.d. “zone rosse” di rischio, in via provvisoria per «quattordici giorni» (art. 5). Appena due giorni dopo, il d.p.c.m. 25 febbraio ha esteso la previsione ai «datori di lavoro aventi sede legale o operativa nelle Regioni Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Lombardia, Piemonte, Veneto e Liguria, e per i lavoratori ivi residenti o domiciliati che svolgano attività lavorativa fuori da tali territori, a ogni rapporto di lavoro subordinato ... anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti» (artt. 2, 4, comma 1, lett. a).

In capo a una settimana, il d.p.c.m. 1 marzo ha allargato il raggio d'azione del lavoro agile per Covid¹⁹ all'intero territorio nazionale per la durata dello stato di emergenza, come ribadito nei successivi d.p.c.m. del 4 marzo (art. 1, comma 1, lett. n), 8 marzo (art. 2, comma 1, lett. r), 11 marzo (art. 1, comma 7, lett. a) e 10), 22 marzo (art. 1, comma 1, lett. a), c), 25 marzo (art. 1, lett. ff), 10 aprile (art. 1, lett. gg) e ii), infine del 26 aprile (art. 1, lett. gg) e ii). Si è quindi raccomandato «il massimo utilizzo (...) di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza» sia nel settore privato che nella p.a.²⁰, lentissima nell'avviare il lavoro da casa (direttive 25 febbraio, n. 1, 12 marzo, n. 2 e 4 maggio, n. 3) come «modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa» (art. 87, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 c.d. “Cura Italia”, convertito, con modifiche, nella legge 24 aprile 2020, n. 27)²¹.

Il d.p.c.m. 26 aprile 2020 ha rafforzato per le attività sospese la possibilità di «proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile» (art. 2, comma 2), affermando la preferenza per la modalità di lavoro agile («può essere applicata (...) a ogni rapporto di lavoro subordinato») nel rispetto dei principi della legge n. 81/2017 (art. 1 comma 1, lett. gg). A seguire, il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, recante «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», ha confermato le previsioni “semplificate” di attivazione e gestione del lavoro agile, a oggi an-

¹⁹ M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in C. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILI, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica Contributo sulla nuova questione sociale*, vol. I, *Covid-19 e rapporto di lavoro*, Adapt University Press, 2020, p. 167.

²⁰ Ampissimo L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT”, n. 421/2020; M.C. CATAUDELLA, *Lo smart working “emergenziale” nelle Pubbliche Amministrazioni*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, in LPO, e-book, 2020, p. 35 ss.

²¹ <http://www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-agile-e-covid-19/monitoraggio-lavoro-agile>.

cora vigenti (fino al 31 agosto 2022) per il settore privato, anche oltre la fine formale dell'emergenza del 31 marzo 2022.

Se per i lavoratori pubblici il lavoro agile ha rappresentato la modalità normale di esecuzione della prestazione sino a ottobre 2021, nell'impiego privato ha dominato *a latere lavoratoris* la vicenda dei fragili, fisicamente o socialmente più vulnerabili rispetto alla pandemia e protetti, di conseguenza, attraverso la domiciliarizzazione del lavoro²². *A latere datoris*, invece, si è discusso del riparto delle spese per l'esecuzione della prestazione da casa, in assenza di regolamento aziendale, e per il mantenimento o meno del buono pasto, ritenuto dai datori un servizio sostitutivo della mensa aziendale e, pertanto, strettamente collegato all'orario di lavoro e ontologicamente incompatibile con il lavoro agile, ove il prestatore è libero di organizzare la prestazione sotto il profilo della collocazione temporale.

La questione si è posta tanto nel pubblico (Trib. Venezia 8 luglio 2020, n. 3463²³) quanto nel privato (Cass. civ., 28 luglio 2020, n. 16135), ritenendosi che il diritto del lavoratore agile a ricevere un trattamento economico e normativo non inferiore a quello dei colleghi che svolgono la prestazione esclusivamente in azienda (art. 20, comma 1, legge n. 81/2017) non incide sulla possibilità di ricevere i buoni-pasto, atteso che questi ultimi non costituiscono elementi della retribuzione, bensì un'agevolazione di carattere assistenziale.

Consultata in ordine al trattamento fiscale delle somme erogate nei confronti dei dipendenti in *smart working* domestico, l'Agenzia delle Entrate le ha collocate nel novero dei rimborsi, esenti da tassazione, anche se forfettari (Interpello 30 aprile 2021, n. 314) purché si tratti di poste individuate sulla base di elementi oggettivi, documentalmente accertabili (risoluzione 20 giugno 2017, n. 74/E) e non solo genericamente indicati (interpello 11 maggio 2021, n. 328).

L'opportuno intervento del «Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile del 7 dicembre 2021» prevede che «lo svolgimento della prestazione in modalità agile non deve incidere sugli elementi contrattuali in essere quali livello, mansioni, inquadramento professionale e retribuzione del lavoratore. Ciascun lavoratore agile ha, infatti, diritto, rispetto ai lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dei locali aziendali, allo stesso trattamento economico e normativo complessivamente

²² Per tutti v. M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, in *ADL*, n. 3, 2022, p. 455.

²³ In *GI*, n. 1, 2021, p. 143, con nota di C. DE MARCO, *Tempo e luogo del lavoro da remoto: la questione dei buoni pasto*.

te applicato, anche con riferimento ai premi di risultato riconosciuti dalla contrattazione collettiva di secondo livello e alle stesse opportunità rispetto ai percorsi di carriera, di iniziative formative e di ogni altra opportunità di specializzazione e progressione della propria professionalità, nonché alle stesse forme di welfare aziendale e di *benefit* previste dalla contrattazione collettiva e dalla bilateralità» (art 9, Parità di trattamento e pari opportunità). L'inclusione dei buoni-pasto rientra nelle fattispecie richiamate dall'art. 9 del Protocollo, restituendo una cornice di equità ai rapporti tra le parti, soprattutto ove si prenda atto dei risparmi aziendali.

5. *Il South working: l'agilità come opportunità per persone e territori*

L'estremizzazione del lavoro agile pandemico è stata rappresentata, in questi termini, dal *South working*, ove la necessità (di continuare a lavorare fuori dagli stabilimenti aziendali) ha aguzzato l'ingegno, portando una non irrilevante comunità di espatriati e/o amanti del *bon vivre* mediterraneo a rendere la propria prestazione nel e dal Mezzogiorno, continuando a lavorare per datori di lavoro collocati altrove.

Chi l'ha proposto²⁴ ha visto nella contingenza una opportunità per introdurre o implementare un modello di lavoro per obiettivi, da realizzare con strumenti digitali, consentendo ai lavoratori interessati ricadute positive dal punto di vista economico (*in primis*, in relazione al costo della vita nelle metropoli) e di benessere dal punto di vista climatico ed ecologico. Il test è stato condotto confrontando le città di Milano e Palermo, scelte sia come luoghi simbolici, sia per motivi infrastrutturali. Infatti, si tratta di due città con ottime connessioni digitali, rispetto alle quali non sussiste una difficoltà tecnica in grado di frenare la grande trasformazione del lavoro. A fronte di un potenziale ideale (nazionale e non solo) immenso, quello reale pare comprendere circa un milione di posti di lavoro interamente tele-lavorabili; mentre circa cinque milioni di lavoratori potrebbero invece alternare la presenza in ufficio con lo *smart working*²⁵.

L'esperienza è apparsa estremamente interessante, sia in relazione alla organizzazione del lavoro stabilmente da lontano, senza rientro in azienda

²⁴ *Global Shapers – Palermo Hub*, in <https://www.globalshapers.org/>.

²⁵ *Osservatorio Smart Working*, in https://www.osservatori.net/it_it/pubblicazioni/smart-working-diffusione-flessibilita-infografica.

per tempi davvero considerevoli, sia per ciò che concerne gli aspetti sociologici collegati al rientro, o primo insediamento, di soggetti altamente scolarizzati e tecnologicamente competenti nel Meridione d'Italia, che sconta un sistemico ritardo infrastrutturale, in generale, e digitale, in particolare. Il lavoro agile, in questa ipotesi, ha consentito un nuovo bilanciamento degli interessi delle parti coinvolte, tra le quali vanno certamente compresi i territori verso cui queste "intelligenze del lavoro"²⁶ si sono (ri)volte, alla ricerca di una dimensione di vita e lavoro ritenuta più confacente alle proprie necessità e interessi.

6. Il lavoro agile degli impatriati: vivibilità e competitività

La pandemia, dunque, ha creato opportunità di impiego a distanza (a volte, oceanica), rendendo attrattivi anche quei luoghi, di norma considerati marginali ed eccessivamente distanti dalle migliori occasioni di lavoro, per i quali ora si aprono nuovi spiragli occupazionali e, di conseguenza, di rigenerazione territoriale. In questo, occorre fare i conti con l'urgenza di ripopolare le regioni meridionali, che soffrono particolarmente il calo demografico e in cui lo spopolamento, ormai tragicamente avviato, tende ad autoalimentarsi²⁷.

Questi territori non avevano, sin qui, sufficientemente beneficiato del sostegno tributario, derivante dalla interessante normativa in tema di impatriati.

In termini generali, con l'art. 16, d.lgs. n. 147/2015 (c.d. decreto internazionalizzazione) il legislatore ha incentivato il rientro della forza lavoro emigrata all'estero, attraverso un regime di tassazione agevolata temporaneo, riconosciuto a coloro che trasferiscano la propria residenza in Italia, a condizione che: *a*) si tratti di lavoratori non residenti in Italia nei due periodi d'imposta precedenti il trasferimento; *b*) impegnati a risiedervi per almeno due anni; *c*) svolgendo la propria attività lavorativa prevalentemente nel territorio italiano, e cioè per almeno 183 giorni anche non continuativi (art. 2, comma 2, TUIR)²⁸.

Per tali contribuenti, nel periodo d'imposta in cui la residenza viene

²⁶ P. ICHINO, *L'intelligenza del lavoro*, Rizzoli, Milano, 2020.

²⁷ G. BOTTAZZI, *Variabili demografiche e sviluppo locale. Considerazioni sullo spopolamento in Sardegna*, in B. MELONI (a cura di), *Aree Interne e progetti d'area*, Rosenberg & Seller, Torino, 2015, pp. 77-88.

²⁸ Per tutti v. N. SARTORI, *Il regime fiscale dei neoresidenti*, in *RDFSF*, n. 1, 2020, p. 32.

trasferita, nonché nei successivi quattro, il reddito prodotto in Italia concorre alla formazione del reddito complessivo limitatamente al 30% dell'ammontare, ovvero al 10% se la residenza è collocata nel Mezzogiorno (Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sardegna, Sicilia). Sono previsti ulteriori benefici a favore dei lavoratori con almeno un figlio minore d'età o comunque carico, nonché a coloro i quali diventano proprietari di almeno un'unità immobiliare residenziale in Italia, nei 12 mesi precedenti il trasferimento dopo di esso. Per ulteriori cinque periodi d'imposta, i redditi agevolati concorrono alla formazione dell'imponibile per il 50% del loro ammontare, ovvero per il 10% in caso di lavoratori con almeno tre figli minorenni o a carico.

Già a seguito delle modifiche introdotte con l'art. 5, comma 1, d.l. n. 34/2019 (c.d. decreto crescita), la misura era stata ammessa per attività svolte per imprese operanti fuori dal territorio dello Stato, potendo accedere all'agevolazione anche i soggetti che svolgessero in Italia attività di lavoro, a favore di un datore di lavoro con sede all'estero, o i cui committenti (in caso di lavoro autonomo o di impresa) fossero stranieri non residenti.

La novità, affermata in plurime risposte a interpello dell'Agenzia delle Entrate, è rappresentata dalla possibilità di applicare il regime speciale anche a chi, trasferendosi in Italia, continui a svolgere da remoto la medesima attività lavorativa a favore di aziende collocate all'estero (e anche fuori dall'UE: interpello 16 settembre 2021, n. 596) considerando come "luogo di prestazione" quello in cui il lavoratore è fisicamente presente quando esercita le attività per cui è remunerato (interpello 23 settembre 2021, n. 621) e purché l'accordo per la modalità agile sia almeno biennale (interpello 25 marzo 2022, n. 157).

7. Nomadi digitali e lavoratori da remoto: l'agilità opportunistica

Dal punto di vista fiscale, l'Agenzia delle Entrate è intervenuta in merito con le risposte a interpello nn. 3 e 55/2022, riconoscendo l'agevolazione fiscale e il regime previsto per gli impatriati anche ai lavoratori che facciano ritorno o intendano trasferirsi in Italia e che, allo stesso tempo, continuano a lavorare alle dipendenze del precedente datore di lavoro estero in modalità *smart working*. La disposizione pare quindi affrontare la "neonata" categoria dei nomadi digitali, dando loro la possibilità di accedere a questo particolare regime di vantaggio. In questo scenario, la recente approvazione del d.l. n. 4/2022 (Decreto "Sostegni-ter"), convertito in legge n.

25/2022, ha introdotto la figura del nomade digitale, che trova *apertis verbis* riconoscimento nel nostro ordinamento, dopo essersi accreditato in diverse legislazioni a livello mondiale²⁹.

Si tratta di «cittadini di un Paese terzo, che svolgono attività lavorativa altamente qualificata attraverso l'utilizzo di strumenti tecnologici che consentono di lavorare da remoto in via autonoma ovvero per un'impresa anche non residente nel territorio dello Stato italiano» ai quali «nel caso in cui svolgano l'attività in Italia, non è richiesto il nulla osta al lavoro e il permesso di soggiorno, previa acquisizione del visto d'ingresso, è rilasciato per un periodo non superiore a un anno, a condizione che il titolare abbia la disponibilità di un'assicurazione sanitaria, a copertura di tutti i rischi nel territorio nazionale, e che siano rispettate le disposizioni di carattere fiscale e contributivo vigenti nell'ordinamento nazionale». A tali condizioni, il permesso di soggiorno annuale è, altresì, prorogabile per un ulteriore anno ed estendibile al nucleo familiare del *remote worker*.

In attesa del «decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, con il Ministro del turismo e con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali» che avrebbe dovuto essere adottato entro la fine di aprile 2022, non è ancora chiaro quali saranno «le modalità e i requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno ai nomadi digitali, ivi comprese le categorie di lavoratori altamente qualificati che possono beneficiare del permesso, i limiti minimi di reddito del richiedente nonché le modalità necessarie per la verifica dell'attività lavorativa da svolgere».

Si tratta, in tutti i casi, di una duplice eccezione rispetto alle quote di ingresso “per lavoro” previste dal c.d. Decreto Flussi (art. 27, d.lgs. n. 286/1998, c.d. Testo unico dell'immigrazione): in primo luogo, si osserva una deroga dal punto di vista quantitativo, poiché si consentono ingressi *extra* rispetto alla numerosità individuata dal Governo. Inoltre, le singolarità risiedono anche nel dato qualitativo, non essendo necessario l'accordo con il Paese terzo di provenienza per accogliere il prestatore, che potrà essere autonomo o subordinato a distanza.

La previsione, ormai diffusa in molti ordinamenti³⁰, asseconda la ten-

²⁹ Si v. quasi un decennio fa già J. POPMA, *The Janus face of the 'New Ways of Work'. Rise, risks and regulation of nomadic work*, in *European Trade Union Institute, Working Paper*, 2013.07.

³⁰ Il quadro è ben descritto dalla neocostituita Associazione Italiana Nomadi Digitali, in <https://www.nomadidigitali.org/>.

denza dei nomadi digitali ad *accamparsi* ove i proventi relativi all'attività siano tassati nella misura più vantaggiosa, potrebbe rivelarsi idonea a sostenere un percorso di ripopolamento delle c.d. Aree Interne, cioè quei contesti periferici o ultra-periferici, spesso montani³¹, connotati per una significativa distanza³² dell'offerta di servizi di istruzione, salute e mobilità, ma che, in virtù del loro patrimonio storico, artistico e ambientale³³, rappresentano *asset* strategici per il Paese³⁴. Il lavoro da remoto, nelle forme più estreme e accattivanti, pare ben prestarsi a supportare una inversione di tendenza occupazionale, sociale e – auspicabilmente – demografica³⁵ rispetto alla situazione in essere³⁶, assai critica rispetto a questi parametri³⁷.

La riattivazione dei contesti periferici, per i quali, sino a oggi, non sono state sufficienti le ragioni del cuore, potrebbe forse essere stimolata da quelle della convenienza, attivabile, però, solo a condizione che tali luoghi siano almeno idonei a supportare tecnicamente i nuovi *vagantes*, esigenti in fatto di infrastrutture digitali.

³¹ G.P. BOSCARIOL, *La Strategia per le Aree Interne quale strumento di sviluppo dei territori montani*, in RGM, n. 3, 2017, pp. 675-702.

³² Come ben evidenziato in IFEL, *I comuni della Strategia nazionale Aree Interne*, Fondazione ANCI, 2015, l'appartenenza di un Comune a un'Area interna si ricava in funzione del tempo di percorrenza per raggiungere il «polo» che assicura i servizi essenziali e attorno al quale gravitano aree caratterizzate da diversi livelli di perifericità spaziale. Sono classificati come appartenenti a una «Area Interna» i Comuni con tempi di accessibilità superiori ai venti minuti.

³³ F. BARCA, P. CASAVOLA, S. LUCATELLI, *Strategia nazionale per le Aree Interne: definizione, obiettivi, strumenti e governance*, in *Materiali UVAL*, n. 31, 2014, p. 10.

³⁴ C. CARLUCCI, S. LUCATELLI, *Aree Interne: un potenziale per la crescita economica del Paese*, in *AgriRegioniEuropa*, n. 34, 2013.

³⁵ G. BUCHI, *Ruralità, marginalità e indicatori occupazionali nelle Province italiane*, in R. ESPOSTI, F. SOTTE (a cura di), *Le dinamiche del rurale. Letture del caso italiano*, Franco Angeli, Milano, 2001, pp. 58-59.

³⁶ Sul mancato ricambio generazionale e sull'invecchiamento della popolazione nelle Aree Interne, v. S. LUCATELLI, F. MONACO, F. TANTILLO, *La Strategia Nazionale delle Aree Interne al servizio di un nuovo modello di sviluppo locale per l'Italia*, in RGM, n. 3, 2019, pp. 739-771.

³⁷ DE FALCO, *Il lavoro agile nelle (e per le) Aree interne*, in M. BROLLO, M. DEL CONTE, M. MARTONE, C. SPINELLI, TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica: profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Adapt University Press, 2022, pp. 22-38.

8. L'interesse (individuale e collettivo) al lavoro da remoto sostenibile

Il mosaico di opportunità regolative (per legge, decreto emergenziale, contratto collettivo, contratto individuale, patto aggiunto a un contratto in essere ...) di cui si è cercato di dar conto, obbliga in questa sede a non cedere alla tentazione del commento di dettaglio, per tentare di affrontare la questione relativa all'esistenza o meno, a questo punto e a queste condizioni, di un diritto *tout court* al lavoro da remoto *lato sensu* a offrire la prestazione, se possibile, attraverso qualsiasi forma di attività prestata "fuori" dall'organizzazione.

Nel biennio compreso tra il d.p.c.m. 3 marzo 2020 e la circolare relativa al «Lavoro agile nella pubblica amministrazione e nel lavoro privato» del 5 gennaio 2022, i datori di lavoro sono stati indirizzati verso il massimo utilizzo praticabile della modalità di lavoro agile dal domicilio o, comunque, a distanza³⁸.

Nel contesto pandemico, molto si è detto e scritto circa il diritto di alcune categorie di prestatori al disimpegno rispetto alla presenza, ordinaria e quotidiana, nei luoghi di lavoro «purché compatibile con le caratteristiche della prestazione». La giurisprudenza emergenziale³⁹ ha dovuto affrontare il bilanciamento tra le ragioni dell'organizzazione e quelle di lavoratrici e lavoratori con gravi invalidità (Trib. Bologna 23 aprile 2020, n. 2759 e Trib. Grosseto 23 aprile 2020, n. 502⁴⁰) a cui si è garantita il diritto a lavorare da remoto, verificando la compatibilità della modalità agile con le mansioni in concreto svolte. Il diritto al lavoro agile emergenziale è stato garantito anche ai *care giver*, ma a condizione che svolgessero mansioni compatibili (Trib. Roma 20 giugno 2020, n. 12525⁴¹) e, viceversa, negato

³⁸In particolare, la Circolare del 5 gennaio 2022, a firma dei Ministri per la Pubblica amministrazione, Renato Brunetta, e del Lavoro, Andrea Orlando «ha riproposto la necessità di utilizzare ogni strumento utile a diminuire le possibilità del diffondersi del virus, ivi incluso il ricorso al lavoro agile, che pure non è stato mai interrotto, ma che invece è stato disciplinato da un quadro regolatorio, sia nel pubblico che nel privato, differenziato ma esaustivo».

³⁹Per tutti, v. l'ampissima e dettagliata rassegna di M. MISCIONE, *La giurisprudenza sulla legislazione Covid*, in *LG*, n. 1, 2022, p. 91 ss.

⁴⁰In *LG*, n. 12, 2020, p. 1193, con nota di L. VALENTE, *Emergenza Covid-19 e diritto soggettivo allo smart working*.

⁴¹In *LG*, n. 3, 2021, p. 294, con nota di I.C. MAGGIO, *L'accesso alla tutela d'urgenza in periodo di emergenza sanitaria da Covid-19 per lo svolgimento della mansione in smart working*.

ove fosse richiesta la presenza fisica sul posto di lavoro (Trib. Mantova 26 giugno 2020, n. 1054⁴²), in considerazione della conciliabilità, anche solo parziale, della prestazione con la modalità agile (Trib. Roma 5 ottobre 2020, n. 79953 e Trib. Roma 28 ottobre 2020, n. 6856⁴³; Trib. Roma 21 gennaio 2021, n. 5961⁴⁴).

A ben vedere, nemmeno nella pandemia si è riconosciuto il diritto dei lavoratori a svolgere la prestazione secondo i propri timori, desideri o necessità, dovendosi, in tutti i casi, ponderare la remotizzazione del lavoro nelle pp.aa. con l'efficienza del servizio, *ex artt.* 97 e 98 Cost., ovvero con la libera iniziativa economica, *ex art.* 41 Cost., nell'impiego privato.

Si deve ritenere, però, che gravi sul datore sia l'onere di provare l'oggettiva impossibilità di ricorrere al lavoro agile, sia la compatibilità dell'attività in presenza (anche) con la tutela della salute e dell'ambiente, introdotti dalla recente novella costituzionale. In questi termini, dovrebbe essere abbandonata l'idea dello *smart working* concesso discrezionalmente, quale *benefit*, in favore dell'affermazione dell'agilità alla stregua di interesse legittimo di diritto privato, di lunga fascinazione nel diritto del lavoro⁴⁵ e accolto dalla giurisprudenza⁴⁶.

Si stagliano, altresì, sullo sfondo le questioni connesse alla transizione ecologica e alla ricerca di modelli di lavoro sostenibili, anche dal punto di vista sociale. In questo senso, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, adottato con il d.l. n. 152/2021 e convertito in legge n. 233/2021, colloca il «lavoro da remoto» nel prisma degli strumenti utili al Paese.

Il *Recovery Plan* prevede, infatti, l'adozione di piani integrati «al fine di favorire una migliore inclusione sociale riducendo l'emarginazione e le situazioni di degrado sociale, promuovere la rigenerazione urbana attraverso il recupero, la ristrutturazione e la rifunzionalizzazione ecosostenibile delle

⁴² *Ibidem*.

⁴³ In *Giustiziacivile.com*, 5 febbraio 2021, con nota di C. LAZZARI, *Ancora sui lavoratori fragili e smart working*.

⁴⁴ In *Labor*, n. 4, 2021, p. 486, con nota di M.L. VALLAURI, *Quando l'assegnazione al lavoro agile è un diritto*.

⁴⁵ L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967.

⁴⁶ *Ex multis*, specie in riferimento al lavoro pubblico: Cass. 22 febbraio 2006, n. 3880, in *Mass. GC*, 2006, p. 2; Cass. 6 aprile 2005, n. 7131, in *GC*, 2006, p. 674; Cass. 4 marzo 2004, n. 4462, in *D&G*, 2004, 16, p. 40; Cass., sez. un., 1° ottobre 2003, n. 14625, in *Mass. GC*, 2003, p. 10; Cass., sez. un., 24 febbraio 2000, n. 41, in *FI*, 2000, I, p. 1483.

strutture edilizie e delle aree pubbliche, l'efficientamento energetico e idrico degli edifici e la riduzione del consumo di suolo anche attraverso operazioni di demolizione e ricostruzione finalizzate alla riduzione dell'impermeabilizzazione del suolo già consumato con modifica di sagome e impianti urbanistici, nonché sostenere progetti legati alle *smart cities*, con particolare riferimento ai trasporti ed al consumo energetico» (art. 21, d.l. n. 152/2021).

In base a essi «sono assegnate risorse alle città metropolitane», i cui progetti devono «assicurare l'equilibrio tra zone edificate e zone verdi, limitando il consumo di suolo, nonché potenziare l'autonomia delle persone con disabilità e l'inclusione sociale attraverso la promozione di servizi sociali e sanitari di prossimità a livello locale, eliminando, laddove possibile, gli ostacoli all'accesso agli alloggi e alle opportunità di lavoro, *tenendo conto anche delle nuove possibilità offerte dalle tecnologie e dal lavoro da remoto* ai fini della conciliazione tra esigenze di cura familiare ed esigenze lavorative, nel rispetto del principio di parità di genere e ai fini della riduzione dei flussi di traffico veicolare nelle aree metropolitane» (corsivo mio).

Pare allora potersi affermare che, oltre la fragilità personale, le organizzazioni dovranno dar conto della (in)sopportabile lesione della produttività rispetto ai precetti costituzionali, a garanzia del singolo e a tutela della collettività. Al lavoro da remoto “resiliente” del PNRR si affida, infine, uno dei passaggi cruciali della *just transition*.

Se i minori costi per la gestione delle sedi, la contrazione di malattie e infortuni sono (alcuni) tra gli effetti *pro datore* ormai pacificamente riconosciuti nell'adozione del lavoro agile, quel che si potrebbe fare, in epoca di (ancora oscure) “Grandi dimissioni”⁴⁷ e di fronte ai concorsi pubblici che, nel Paese dei giovani NEET⁴⁸, vanno deserti⁴⁹, può essere la valorizzazione dell'agilità nelle strategie di reclutamento, organizzazione, premio e *retention* delle risorse umane, al fine di soddisfare interessi individuali e collettivi per la sostenibilità del lavoro.

Il percorso torna, dunque, al telelavoro, etimologicamente inteso come lavoro a distanza, idoneo, nell'ambito dell'autonomia riconosciuta alle par-

⁴⁷ Per una prima lettura e il relativo dibattito, si v. F. ARMILLEI, *Si apre la stagione delle grandi dimissioni?*, in www.lavoce.info; FONDAZIONE STUDI CONSULENTI DEL LAVORO, *Le dimissioni in Italia tra crisi, ripresa e nuovo approccio al lavoro*, 2022.

⁴⁸ Per i dati più recenti si v. <https://www.eurofound.europa.eu/it/topic/neets>.

⁴⁹ On. Giovannini, *Audizione avanti alle Commissioni Trasporti sulle problematiche della motorizzazione civile*, 27 maggio 2022, in https://www.camera.it/leg18/1132?shadow_primapagina=14272.

ti, a soddisfarne gli interessi. Solo in questi termini, si ritiene possibile adottare una organizzazione agile, che – in funzione organizzativa, produttiva, di conciliazione – consenta di interpretare l’offerta della prestazione “in alternanza” dei luoghi in modo flessibile e personalizzato, magari su base annuale, anziché con formule stereotipate “a scacchiera” (alternando i giorni in ufficio con quelli a casa) o “a modulo” (con alcune giornate consecutive in sede e il completamento dell’orario al domicilio), che stanno manifestando tutta la loro inadeguatezza e incapacità di soddisfare organizzazioni e persone nella “nuova normalità”⁵⁰ post pandemica.

Per un curioso paradosso, l’estremo formalismo della pubblica amministrazione viene in soccorso, offrendo nel recentissimo Contratto collettivo di comparto delle Funzioni Centrali, sottoscritto definitivamente il 9 maggio 2022, una chiara differenziazione delle ipotesi. Nell’ambito del «Lavoro a distanza» (Titolo V) si distingue il «lavoro agile» (Capo I, artt. 36-40) dal «Lavoro da remoto» (art. 41), che viene prestato anche (ma non necessariamente) «con vincolo di tempo e nel rispetto dei conseguenti obblighi di presenza derivanti dalle disposizioni in materia di orario di lavoro, attraverso una modificazione del luogo di adempimento della prestazione lavorativa, che comporta la effettuazione della prestazione in luogo idoneo e diverso dalla sede dell’ufficio al quale il dipendente è assegnato». Reso possibili dall’«ausilio di dispositivi tecnologici, messi a disposizione dall’amministrazione» il lavoro da remoto può essere svolto come «a) telelavoro domiciliare, che comporta la prestazione dell’attività lavorativa dal domicilio del dipendente; b) altre forme di lavoro a distanza, come il *coworking* o il lavoro decentrato da centri satellite» (art. 41, comma 2, CCNL cit.).

La formula contrattuale si rivela, paradossalmente, più standardizzata per il lavoro agile, ove l’accordo di lavoro agile deve contenere la «specifica indicazione delle giornate di lavoro da svolgere in sede e di quelle da svolgere a distanza» (art. 38), mentre per il telelavoro si prevede una blanda «alternanza con il lavoro svolto presso la sede dell’ufficio» (art. 41). Altresì, la prestazione lavorativa in modalità agile deve essere articolata secondo fasce temporali «di contattabilità» ove il lavoratore è raggiungibile sia telefonicamente, sia via *e-mail* o con «altre modalità similari» per un orario «non superiore» a quello «medio giornaliero di lavoro» (art. 39, comma 1, lett. a), contrapposte a tempi di «inoperabilità» nei quali il lavoratore non può erogare alcuna prestazione lavorativa, coincidenti con le

⁵⁰ Va però ricordato che l’espressione di B. GROSS, Keynote address, Morningstar 2009 Investment Conference, 28 maggio 2009 era riferita alla crisi del 2008.

undici ore di riposo consecutivo, a cui il lavoratore è tenuto, nonché con il periodo di lavoro notturno (art. 39, comma 1, lett. b).

Per il settore privato, l'(ennesimo) rinvio a dopo l'estate per il ritorno alla necessità di un patto di agilità, ha sino a ora consentito di non affrontare in modo compiuto la questione dell'alternanza, per il superamento della quale non va esclusa la necessità di ricorrere agli accordi di prossimità *ex art. 8, d.l. n. 138/2011*⁵¹, per interpretare o passar oltre rispetto a questo requisito necessario, richiamato anche nel Protocollo del dicembre 2021.

Si tratta, in tutti i casi, di superare l'idea che la tele-prestazione debba essere considerata un privilegio per chi vi accede⁵², guardando al lavoro da remoto *sans phrase* come vantaggio, sia per le organizzazioni e le persone singolarmente intese, sia per la società nel complesso: in questo senso, la remotizzazione del lavoro pubblico e privato si offre come eccezionale opportunità da (ac)cogliere e accompagnare, più che come una minaccia da disinnescare e depotenziare.

⁵¹ L'art. 1, d.lgs. n. 151/2015 ha previsto l'obbligo di deposito telematico di tutti gli accordi collettivi presso il Ministero del Lavoro, come condizione per la fruizione di benefici contributivi o fiscali, ovvero altre agevolazioni connesse con la stipula di contratti collettivi aziendali o territoriali. Con circ. 30 luglio 2020, n. 3, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha ritenuto che nella voce "altro", inserita tra quelle elencate nell'applicativo utilizzato per il deposito telematico, si debbano includere anche le agevolazioni normative connesse alla stipula di contratti contenenti clausole derogatorie alla disciplina ordinaria e che, pertanto, anche i contratti di prossimità vadano depositati.

⁵² Sia consentito il rinvio a A. ZILLI, *Lavorare da casa: obbligo, diritto e infine privilegio. Da tassare?*, in <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it>.

NOTAZIONI SUL DIRITTO ALLA DISCONNESSIONE

Rosario Santucci*

1. La necessità di un autonomo diritto alla disconnessione

Nel dibattito sul tema del convegno odierno, sembra opportuno riflettere sul diritto alla disconnessione¹, balzato in primo piano con il lavoro agile ma che rileva non solo per questa modalità di lavoro, anche se qui, specie quando presuppone l'utilizzazione degli strumenti informatici, si fa sentire più forte il bisogno di una sua valorizzazione e tutela. Esso attiene

*Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università del Sannio di Benevento.

¹Sul tema v. da ultimo AA.VV., *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 90 ss.; G. BANDELLONI, *Distanza*, in M. NOVELLA, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 47 ss.; M. D'APONTE, *Le trasformazioni del diritto del lavoro per effetto della pandemia mondiale: quale sostenibilità per il diritto del lavoro?*, in DML, n. 1, 2022; R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione. Nuove modalità di tutela della qualità del tempo di vita nella prospettiva giuslavoristica*, in LDE, n. 1, 2022; A. FENOGLIO, *Una veste digitale per il diritto al riposo: il diritto alla disconnessione*, in LDE, n. 4, 2021; E. FIATA, *L'iniziativa europea sul diritto alla disconnessione*, e C. TIMELLINI, *Il diritto alla disconnessione nella normativa italiana sul lavoro agile e nella legislazione emergenziale*, *ibidem*; V. MAIO, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Treviso, 2020, p. 85 ss.; E. SENA, *Nuove tecnologie, orario di lavoro e tutela della salute: il diritto alla disconnessione tecnologica*, *ibidem*, in DML, 2020, p. 375 ss.; M. ALTIMARI, *Tempi di lavoro (e non lavoro) e economia digitale: tra diritto alla disconnessione e ineffettività dell'impianto normativo garantista*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019, p. 60 ss. Per un focus comparato v. C. SERRANO FALCÓN, *La carta de derechos digitales en España y su contenido laboral. Una necesaria aplicación práctica*, in DML, 2021, p. 454 ss.; HENAR ÁLVAREZ CUESTA, *La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo en España*, *ibidem*, 2020, p. 695 ss.; L. MOREL, *Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique*, in LLI, n. 2, 2018, p. 5 ss.; G. LOISEAU, *La déconnexion. Observation sur la régulation du travail dans le nouvel espace temp des entreprises connectées*, in DS, 2017, p. 463.

alla nuova fisionomia del lavoro, investito dalla rivoluzione digitale². Da remoto, attraverso la telematica e i *social*, si può essere chiamati al lavoro fuori dall'orario, più facilmente del passato, anche se non si è scelta la modalità "agile". Dovrebbe quindi essere considerato in modo più ampio, come un diritto fondamentale della persona, e riguardare qualsiasi lavoro, affiancarsi e rafforzare il diritto al riposo, alle pause, ai permessi, alle ferie, al "tempo libero", in qualunque modo si voglia utilizzare e ferme restando le reperibilità assicurate e da valutare attentamente (v. *infra*)³. Né di minore rilevanza è il collegamento con il diritto alla tutela della salute del lavoratore, esposto ai rischi dell'eccessiva durata della prestazione lavorativa e della pervasività dei nuovi strumenti tecnologici di lavoro. Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 e nell'allegata Proposta di direttiva, la disconnessione è indicata come «il mancato esercizio di attività o comunicazioni lavorative per mezzo di strumenti digitali, direttamente o indirettamente, al di fuori dell'orario di lavoro» e si chiede che il diritto alla disconnessione – che emerge come diritto fondamentale della persona, finalizzato a consentire tanto "riposo" e "tempo libero" quanto tutela della salute del lavoratore – sia garantito dai datori di lavoro, fornendo ai lavoratori i mezzi per esercitarlo. In linea con quanto previsto dalla proposta di direttiva comunitaria dove è contemplato un vero e proprio divieto per i datori di lavoro di contattare i lavoratori al di fuori dell'orario di lavoro,

²V. G. SANTORO-PASSARELLI, *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2022, spec. p. 269 ss.; T. TREU, *Diritto del lavoro e transizione digitale: politiche europee e attori sindacali – La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *DRI*, 2022, p. 1 ss.; A. INGRAO, *Il mercato delle ore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2022; V. FILÌ, *I diritti sindacali nella dimensione transnazionale del lavoro (alla prova della sfida tecnologica e delle transizioni occupazionali)*, in *VTDL*, 2021, p. 625 ss.; A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, Giappichelli, Torino, 2021; R. PESSI, A.D. ZUMBO, *Diritto del lavoro, mercato globale, nuove tecnologie e organizzazione dell'impresa*, in R. PESSI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Approfondimenti di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 1 ss.; D. GAROFALO, *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale. Commento a d.l. 3 settembre 2019 n. 101 (Disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali)*, in *LG*, 2020, p. 5 ss.; P. DE PETRIS, *Le tortuose prospettive di tutela del lavoro tramite piattaforma digitale*, in *MGL*, 2020, p. 829 ss.; S. MAINARDI, *Rivoluzione digitale e lavoro*, in *MGL*, 2020, p. 325 ss.; A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme*, Bononia University Press, Bologna, 2019; R. FABOZZI, *Piattaforme digitali e diritto del lavoro*, in *MGL*, 2019, p. 529 ss. In ottica economica cfr. R. BALDWIN, *Rivoluzione globotica*, il Mulino, Bologna, 2020.

³Sul rischio del *time porosity* cfr. E. FIATA, *op. cit.*; S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, Napoli, 2020, p. 199 ss. nell'ambito di una ricostruzione sistematica della materia; M.T. CARINCI, A. INGRAO, *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma*, in *LLI*, 2021, p. 13 ss.

sostenuto, in caso di violazione, da una sanzione pecuniaria, alcuni Stati hanno legislazioni che garantiscono il diritto sia in presenza, sia in remoto (ad esempio il Portogallo)⁴.

Il diritto alla disconnessione è comunque legato alla disciplina dell'orario di lavoro e a quella sul riposo, che costituiscono da sempre una parte importante delle garanzie per il lavoro subordinato, disciplinate dalle fonti internazionali, europee e nazionali del diritto del lavoro e, in particolare in Italia, anche dalle norme costituzionali⁵.

È pertanto evidente che, in mancanza di discipline e tutele specifiche, occorre riferirsi a tale quadro regolativo per preservare il riposo del lavoratore, spremendo dallo stesso quanto più succo normativo possibile per impedire il travalicamento del tempo di lavoro in quello di vita del lavoratore. Per risolvere le situazioni incerte, sovviene anche il principio della conciliazione tra vita e lavoro⁶, presente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nelle direttive europee, ma implicitamente ricavabile anche dalla nostra carta costituzionale (e affermato in numerosi sistemi

⁴Su questi aspetti cfr. ancora E. FIATA, *op. cit.*

⁵Questo legame è sottolineato già da V. BAVARO, *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, in *LDE*, n. 2022, spec. p. 7 ss.; V. LECCESE, *La perdurante rilevanza della dimensione temporale della (ri)costruzione delle tutele lavoristiche: il caso del lavoro agile*, in *Liber Amicorum per Umberto Carabelli*, Cacucci, Bari, 2021; sulla persistente rilevanza dell'orario di lavoro nel lavoro digitale v. A.M. PONZELLINI, *Tempo e lavoro. Una lotta per la libertà e altre storie*, in *SdL*, n. 161, 2021, p. 249 ss. In generale su orario di lavoro e riposi dopo il d.lgs. n. 66/2003, v. C. ALESSI, *Retribuzione e orario di lavoro nelle strategie dell'ILO*, in *DRI*, 2020, p. 219 ss.; V. FERRANTE, *Orario e tempi di lavoro*, Dike giuridica, Roma, 2014; A. FENOGLIO, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Esi, Napoli, 2012; P. ICHINO, L. VALENTE, *L'orario di lavoro e i riposi*, Giuffrè, Milano, 2012; A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010; R. SANTUCCI, voce *Tempo di non lavoro*, in *ED*, Annali IV, 2010, p. 1203 ss.; V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, Bari, 2008; F.M. PUTATURO, *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2005; V. LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 2004; C. CESTER, M.G. MATTAROLO, M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro: commentario al d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁶V. al riguardo A.M. BATTISTI, *Misure di conciliazione vita-lavoro*, in R. PESSI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, p. 329 ss.; S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, Napoli, 2020, spec. p. 189 ss.; C. DE MARCO, *Work-life balance: lo stato dell'arte e la sua applicazione nell'esperienza epidemiologica*, in *DML*, n. 3, 2020, p. 619 ss.; M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, Torino, 2020; R. SANTUCCI, *La conciliazione tra cura, vita e lavoro (il work life balance)*, in F. SANTONI, M. RICCI, R. SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, Esi, Napoli, 2016, p. 183 ss.

normativi), quando impone il diritto alla sospensione del rapporto di lavoro nei casi riguardanti la salute, la maternità, la genitorialità e i diritti sociali, politici e personali incompatibili con lo svolgimento della prestazione lavorativa, inducendo ad ampliare la nozione di *impossibilità* con quella dell'*inesigibilità* della prestazione lavorativa⁷. La nostra Costituzione influisce sull'assetto del rapporto di lavoro con la garanzia di un ampio novero di diritti per il lavoratore, al fine di consentirgli il pieno sviluppo della personalità e l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese⁸.

2. Le criticità delle discipline in tema di orario e riposo giornaliero

Lo sguardo sulle discipline dell'orario di lavoro e dei riposi rivela come queste si presentino non pienamente adeguate alla tutela del diritto in questione.

Significativa è la regolamentazione del riposo giornaliero. L'art. 7, d.lgs. n. 66/2003, fatta salva la durata normale dell'orario di lavoro settimanale, stabilisce che «il lavoratore ha diritto ad undici ore di riposo consecutivo ogni ventiquattro ore. Il riposo giornaliero deve essere fruito in modo consecutivo fatte salve le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata o da regimi di reperibilità».

Si tratta di un'innovazione che, recependo la disciplina europea, ha in-

⁷Sulla sospensione del rapporto di lavoro cfr. da ultimo R. DEL PUNTA, *Sospensione del rapporto. Profili generali*, in *Diritto on line*, Treccani, 2017; R. VIANELLO, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (a cura di), *Tratt. dir. lav., Contratto di lavoro e organizzazione*, Tomo I, *Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. MARTONE, Cedam, Padova, 2011, p. 1059 ss.; G. ZILIO GRANDI, *La sospensione del rapporto*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Tratt. Bessone*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 485 ss.

⁸Sull'individuazione del "tempo libero" del lavoratore cfr. A. OCCHINO, *op. cit.*, spec. p. 7 ss.; S. CAIROLI, *op. cit.*, p. 190 ss. come "campo" in cui si esplica la libera autodeterminazione del lavoratore in connessione con i diritti costituzionali garantiti alla persona. Viene ripresa l'importante riflessione *ante tempus* di F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979. È una prospettiva pienamente condivisibile (coltivata anche dal sottoscritto, nei lavori citati in questo testo, anche se qualcuno con una sintesi formalmente antiquata, non scelta dall'autore, "tempo di non lavoro") che comporta tra l'altro, come noto, l'interferenza dei diritti politici e sociali del lavoratore anche nel "tempo di lavoro", con l'ampliamento delle cause di sospensione della prestazione lavorativa radicate nell'inesigibilità, con i necessari bilanciamenti per garantire i diritti costituzionali dell'imprenditore (in tal senso ricordo *La sospensione del rapporto di lavoro: spunti ricostruttivi*, in *LD*, 1989, p. 389 ss.).

vertito il criterio previgente, in cui la durata del riposo giornaliero si ricavava indirettamente dalla fissazione della durata massima legale della giornata di lavoro. Ma è un'innovazione incompleta e ambigua anche per una serie di eccezioni e deroghe (v. art. 17), che possono riguardare proprio il lavoro a distanza.

Innanzitutto la questione dell'orario massimo giornaliero è irrisolta. Adesso il limite orario giornaliero non è previsto dalla legge, pur essendoci un espresso rinvio, una riserva relativa di legge, dell'art. 36, comma 2, Cost. in materia. La disposizione costituzionale dispone che la legge stabilisca la durata massima della giornata lavorativa ma, implicitamente e logicamente, che vi debba essere il riposo giornaliero⁹. La garanzia del riposo giornaliero è d'altra parte contenuta nell'art. 31, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: quindi entrambi i profili andrebbero regolati e non ricavati l'uno dall'altro. I rischi nascono anche dalle previsioni flessibili dei limiti legislativi. Avendo fissato ad 11 ore il riposo giornaliero, la giornata lavorativa potrebbe durare fino a 12 ore e 50 minuti, detratta la pausa di 10 minuti *ex art. 8*¹⁰. Quasi tredici ore sono poco sopportabili per il lavoro in presenza, insopportabili per il lavoro a distanza, ferme restando le garanzie fissate dal d.lgs. n. 81/2008 quando il lavoratore debba usare attrezzature munite di videoterminali (art. 172 ss.); in particolare l'art. 175 prevede il diritto del lavoratore ad una pausa di 15 minuti ogni centoventi, pause non cumulabili all'inizio e alla fine del lavoro e considerate a tutti gli effetti orario di lavoro. Si potrebbe pensare che una giornata che duri 12 ore e 50 minuti sia un caso di scuola. Ma non è così. Il legislatore stabilisce che la durata massima settimanale di 48 ore, per ogni periodo di sette giorni, debba considerarsi come media (art. 4, comma 2), nell'arco temporale non superiore a quattro mesi (art. 4, comma 3) o fino a sei o dodici mesi (qualora l'arco temporale sia elevato dai contratti collettivi «a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti collettivi»: art. 4, comma 4). Ciò significa che si potrebbe lavorare fino al massimo giornaliero delle 12 ore e 50 in alcune settimane, per poi compensarsi nelle altre, al fine di adeguarsi alla media.

Inoltre occorre ricordare che ciò potrebbe accadere anche nel rispetto del solo orario normale. Infatti, ai sensi dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n.

⁹ Sull'incostituzionalità della scelta legislativa v. da ultimo V. FERRANTE, *op. cit.*, p. 67.

¹⁰ Se l'orario dovesse superare le 12 ore, la pausa dovrebbe essere doppia, dato che spetta qualora l'orario giornaliero ecceda il limite di sei ore. Anche il diritto alla pausa è soggetto a deroghe *ex art. 17*, d.lgs. n. 66.

66, i contratti collettivi possono riferire l'orario normale – fissato in 40 ore settimanali o nella minore durata fissata dagli stessi contratti – «alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno».

Che non sia un caso di scuola lo si desume anche da una recente risposta dell'Aran ad un quesito relativo alla possibilità di articolare un tempo parziale di 30 ore settimanali su tre giorni con durata della prestazione giornaliera pari a 10 ore. L'Agenzia ha risposto positivamente. Ha rilevato che «il d.lgs. n. 66/2003 supera la disposizione dell'art. 19, co. 4, del CCNL 16 maggio 1995 del comparto Ministeri in cui si prevedeva il tetto delle 9 ore. Coerentemente con quanto previsto dall'art. 7 del d.lgs. n. 66/2003, che costituisce comunque norma inderogabile, il CCNL Funzioni centrali 2016/2018 all'art. 17, co. 6, ha sancito il diritto del lavoratore ad un riposo giornaliero non inferiore a 11 ore consecutive, così definendo per differenza la durata massima della giornata di lavoro. In tale quadro, la richiesta del dipendente di articolare la propria prestazione di lavoro a tempo parziale su tre giorni a settimana, ciascuno della durata di dieci ore, non contravviene alle disposizioni del richiamato CCNL né del d. lgs. n. 66/2003, fermo restando il rispetto delle norme in materia di pausa, ai sensi dell'art. 23 del citato CCNL».

Si può anche pensare ai turni, svolti dagli addetti al 118, che possono arrivare fino a 12 ore¹¹.

In secondo luogo, il diritto al riposo giornaliero incontra un'ampia serie di eccezioni e di deroghe. Queste sono indicate non soltanto dallo stesso art. 7 (come già detto), ma anche dall'art. 17 del d.lgs. n. 66/2003. Qui (co. 1) si prevede una deroga mediante contratti collettivi stipulati a livello nazionale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, con la possibilità, nel settore privato, in mancanza di specifiche disposizioni nei contratti nazionali, che siano stabilite deroghe nei contratti collettivi territoriali o aziendali stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Inoltre (comma 2), in mancanza di disciplina collettiva le deroghe, per un elevato numero di attività o di settori, possono essere stabilite con decreto ministeriale, su richiesta delle organizzazioni sindacali nazionali di categoria comparativamente più rappresentative o delle associazioni nazionali di categoria dei

¹¹ Al riguardo v. Trib. Cassino 12 luglio 2018, n. 64 relativamente al diritto alla pausa di 10 minuti, non sostituibile con la possibile utilizzazione del buono pasto che non presume o prova la consumazione del pasto, né la fruizione della pausa minima all'interno dell'orario di lavoro, con conseguente risarcimento del danno *ex art.* 2087 c.c.

datori di lavoro firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro. Alle stesse condizioni si può derogare: a) per l'attività di lavoro a turni «tutte le volte in cui il lavoratore cambia squadra e non può usufruire tra la fine del servizio di una squadra e l'inizio di quello della squadra successiva di periodi di riposo giornaliero; b) per le attività caratterizzate da periodo di lavoro frazionati durante la giornata» (comma 3).

Se alle deroghe poi si aggiungono le esclusioni dalla disciplina dei riposi previste dall'art. 17, comma 5-6, il quadro è completo; anzi si aggrava per le fattispecie lavorative di cui oggi discutiamo. Il comma 5 stabilisce, infatti, che nel rispetto dei principi generali di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori nei confronti dei lavoratori la disposizione dell'art. 7 (ma anche gli artt. 3 e 4) non si applica ai lavoratori «la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta» di dirigenti, di personale direttivo o di altre persone aventi potere di decisione autonomo e, soprattutto, di prestazioni rese nell'ambito di lavoro a domicilio o *telelavoro*¹². Il comma 6 rende inapplicabile l'art. 7 al personale mobile.

Un limite generale alle facoltà derogatorie è costituito dalla condizione che «ai prestatori di lavoro siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo ovvero, in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi non sia possibile per motivi oggettivi, dalla condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata» (comma 4): ma non vi sono specificazioni ulteriori. Le protezioni ulteriori sono discrezionali purché siano adeguate rispetto al sacrificio richiesto¹³. Un ulteriore limite va individuato nella garanzia della consecutività, che, seguendo la disposizione legislativa (art. 7), può essere derogata solo nel caso di lavori frazionati o nei regimi di reperibilità¹⁴. Quindi le deroghe possono riguardare

¹² Il Trib. Savona 1° febbraio 2022 a proposito di dirigenza medica ha stabilito che il risarcimento del danno causato dal datore di lavoro per lo svolgimento della prestazione secondo modalità temporali irragionevoli (qualora le regole sui limiti massimi dell'orario e sui riposi non si applichino), sulla base degli artt. 2, 32 e 35 Cost. e 2087 c.c., è riconosciuto al lavoratore che alleghi e provi che le prestazioni sono state in concreto lesive della sua personalità morale (viceversa qualora si applichino le norme di garanzia in materia, la violazione sistematica, allegata e provata, delle stesse produce un danno "*in re ipsa*"; in materia cfr. anche App. Roma 23 marzo 2020).

¹³ V. relativamente al lavoro notturno CGUE, sez. II, 24 febbraio 2022, c-262/20.

¹⁴ A sostegno della rilevanza della consecutività si può annoverare la sentenza CGUE 17 marzo 2021, c-585/19, che interpreta l'art. 2, punto 1, e l'art. 3 della direttiva 2003/88/CE

soltanto la durata. Ma non si può immaginare che non vi siano limiti alla riduzione; viceversa il riposo giornaliero perderebbe qualsiasi senso. Dovrebbe quanto meno essere garantita la funzione di reintegrazione delle energie psico-fisiche del riposo, con protezioni appropriate per l'eventuale ed eccezionale perdita del tempo sociale¹⁵.

Nel suo insieme, il diritto al riposo giornaliero e indirettamente la durata massima della giornata lavorativa risultano depotenziate. Il rischio di depotenziamento è ancora più evidente dal momento che anche ai contratti collettivi di II livello è data la facoltà di deroga: si tratta di una contrattazione collettiva “garantista” specie quando si svolga nell'alveo delle “regole” dettate dal circuito contrattuale nazionale che istituisce uno specifico ambito di operatività al contratto decentrato; diversamente vi è il rischio di una minore forza rispetto a quella datoriale¹⁶. Va ricordata nella disciplina derogatoria anche l'ampia delega riconosciuta alla contrattazione di prosimità *in materia di disciplina dell'orario di lavoro* dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011 conv. dalla legge n. 148/2011 (v. comma 2, lett. e), con ripercussioni sul riposo. E tali contratti collettivi – come noto –, oltre a potere essere efficaci *erga omnes*, possono derogare alle disposizioni di legge che disciplinano la materia e alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, fermo restando il rispetto della Costituzione nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro (comma 2-*bis*)¹⁷.

nel senso che, qualora un lavoratore abbia stipulato con un medesimo datore di lavoro più contratti di lavoro, il periodo minimo di riposo giornaliero, previsto dall'art. 3, si applica a tali contratti considerati nel loro insieme e non a ciascuno di detti contratti considerati separatamente. La questione in verità riguarda anche i lavoratori con più datori di lavoro, ma la Corte non si è pronunciata, ritenendo irricevibile la domanda.

¹⁵ Sulla funzione reintegratoria delle energie lavorative, v. Cass. n. 5023/2009 riguardante gli autisti alla guida alternata di autotreni.

¹⁶ Sull'assetto del sistema sindacale e sulle sue aporie cfr. G. PROIA, *Contratto collettivo aziendale*, in *Diritto on line Treccani*, 2015; e in ogni caso adde F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *DLRI*, 2012, p. 21 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Il contratto collettivo aziendale nell'assetto delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro tra autonomia e decentramento controllato*, in *DML*, n. 1, 2016, p. 47 ss.; M. RICCI, *Il contratto collettivo aziendale e l'individuazione dei soggetti negoziali: dalla gestione del conflitto all'analisi del conflitto*, in *DML*, n. 1, 2020, p. 57 ss.

¹⁷ Di recente il Trib. Napoli 3 febbraio 2022 ne ha sollevato, con ordinanza, questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 2 e 39 Cost. (su cui criticamente R. SANTUCCI, *Le questioni di costituzionalità dell'art. 8 l. n. 148/2011: un fuoridopera in controtendenza?*, in *GI*, 2022, ottobre, 2173 ss.).

L'eccessiva limitazione del diritto al riposo giornaliero sembra collidere anche con l'art. 31, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che lo riconosce espressamente e incondizionatamente. Non solo. Come negli altri riposi, nel riposo giornaliero è individuabile un carattere polifunzionale: tutela della salute e della sicurezza del lavoratore; tutela della vita personale e sociale. Le deroghe aperte, specie a livello aziendale, inducono a far temere per la salvaguardia di entrambe le funzioni e per la compressione specie della seconda rispetto alla prima, senza adeguati ristori economici e/o di tempo libero.

In passato la Corte cost., sent. n. 221/2012, si è occupata della costituzionalità della disposizione, ritenendola non invasiva della competenza regionale e pertanto legittima, ma non ha mancato di circoscrivere il suo ambito e seminare qualche dubbio. Secondo la Corte infatti «le «specifiche intese» previste dal comma 1, non hanno un ambito illimitato, ma possono riguardare soltanto «la regolazione delle materie inerenti all'organizzazione del lavoro e della produzione», con riferimento ad ambiti specifici ivi indicati, in una elencazione da considerare tassativa. Anche l'effetto derogatorio previsto dal citato comma 2-bis opera in relazione alle materie richiamate dal comma 2 e non per altre ed essendo una norma avente carattere chiaramente eccezionale, non si applica oltre i casi e i tempi in essa considerati (art. 14 disposizioni sulla legge in generale). D'altra parte, le materie in cui sono destinate ad operare le suddette «specifiche intese» di cui al comma 1 riguardano aspetti della disciplina sindacale e intersoggettiva del rapporto di lavoro riconducibili tutti alla materia dell'ordinamento civile, di competenza legislativa esclusiva dello Stato. Per tale tipo di materie non è neppure invocabile il principio di leale collaborazione. Infine, proprio perché si verte in materia demandata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, una eventuale violazione dell'art. 39 (comma 4) Cost., per mancato rispetto dei requisiti soggettivi e della procedura di cui al precetto costituzionale, non si risolve in una violazione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite». Sulla disposizione in questione – come noto – la letteratura è molto ampia e le opinioni sono state assai critiche: cfr. per tutti F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *ADL*, 2011, p. 1137 ss.; F. SANTONI, *Dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, VII edizione dei seminari di Bertinoro, Ipsoa, Milano, 2012, p. 138 ss.; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, relazione al Congresso Aidlass di Pisa, Giuffrè, Milano, 2013; A. PIZZOFERRATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2015, p. 431 ss.; M. MAGNANI, *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2017, p. 1 ss.; P. PASSALACQUA, *La possibile vis espansiva dell'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015: lo spazio per la contrattazione collettiva aziendale e territoriale negli artt. 360, primo comma, e 420 bis c.p.c.*, in *AA.VV. (a cura di), La contrattazione collettiva nello spazio economico globale*, Bononia University Press, Bologna, 2017, p. 191 ss.; C. LAZZARI, *Sull'incerta vigenza dell'art. 8, commi 1-3, della legge n. 148 del 2011*, in *VTDL*, 2019, pp. 1755-1784.

3. Il chiaroscuro della giurisprudenza

Se si volge l'attenzione alla giurisprudenza, si riscontra un evidente chiaroscuro.

Una parte sembra poco attenta verso le esigenze personali e sociali del lavoratore, paradossalmente nonostante la forte, evidente da tempo, valorizzazione del principio di conciliazione. La Cassazione, seppure riconosce che la durata dell'orario non sia modificabile unilateralmente e discrezionalmente dal datore di lavoro, inerendo all'oggetto del contratto, afferma l'esistenza di tale potere con riguardo alla sua distribuzione, fatti salvi limiti legali o contrattuali, ivi compreso il rispetto delle clausole generali di buona fede e correttezza (quando il datore di lavoro, pur avendo la disponibilità di alternative opzioni organizzative del proprio assetto aziendale, non le utilizzi abusando del proprio diritto e danneggiando l'altra parte). Ciò perché, a differenza del *part-time*, un'eguale tutela del tempo libero del lavoratore si tradurrebbe nella negazione del diritto dell'imprenditore di organizzare l'attività lavorativa¹⁸. Ma in verità risulta difficile ammettere lo *jus variandi* del datore di lavoro, senza la necessaria considerazione dei diritti del lavoratore. Se giustamente devono garantirsi le sopravvenute esigenze organizzative e produttive del datore di lavoro, si dovrebbe quanto meno sottoporre l'esercizio del potere datoriale ad una procedura di previa e tempestiva informazione per consentire un adeguamento dell'assetto dei tempi personali e professionali del lavoratore, una "ri-conciliazione" dei tempi di lavoro e di vita¹⁹.

In controtendenza, per la valorizzazione delle esigenze delle lavoratrici genitrici, il decreto del Trib. Bologna del 31 dicembre 2021²⁰, su ricorso della consigliera di parità, ha accertato e dichiarato la discriminatorietà indiretta della condotta di un'azienda consistente nell'imposizione alle lavoratrici con figli minori in tenera età di un nuovo orario di lavoro su due turni; ha ordinato all'azienda la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti delle discriminazioni accertate, provvedendo, tra l'altro, a definire e attuare, entro il termine di mesi 3, un piano

¹⁸ V. da ultimo Cass. n. 31349/2021.

¹⁹ A tal riguardo v. Cass. n. 12962/2008.

²⁰ Per il commento cfr. S. SCARPONI, *Discriminazione e cura genitoriale: la modifica dell'orario imposta dal datore di lavoro è rilevante?*, in *Italian equality network*, 4 maggio 2022; L. CURCIO, *Lavoratrici madri e discriminazione per genitorialità in caso di modifiche di orario lavorativo: la cura dei figli riguarda ancora soprattutto le donne...*, in *QG*, 17 marzo 2022.

di rimozione delle medesime, sentite le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, gli organismi locali aderenti alle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché la consigliera di parità regionale competente per territorio. Ha fissato i seguenti criteri da osservarsi ai fini della definizione ed attuazione del piano: assegnazione delle lavoratrici madri con figli in tenera età (fino a 12 anni) ad un turno centrale o ad altro orario concordato, a scorrimento e nei limiti della capienza massima dei locali aziendali, in forme comunque compatibili con la funzionalità aziendale e salvo il rispetto delle normative emergenziali anti-Covid di tempo in tempo vigenti.

Il decreto del Tribunale di Bologna è stato emanato a ridosso dell'importante integrazione, operata dalla legge n. 162/2021, sulle nozioni di discriminazioni. Nell'art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006, sono state espressamente indicate le «modifiche organizzative o incidenti sull'orario di lavoro» tra i comportamenti rilevanti ai fini della discriminazione indiretta; il comma 2-*bis* dello stesso art. 25 è stato sostituito, stabilendosi che «costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni *trattamento o modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro* che, in ragione del sesso, dell'età anagrafica, delle esigenze di cura personale o familiare, dello stato di gravidanza nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti, pone o può porre il lavoratore in almeno una delle seguenti condizioni: a) posizione di svantaggio rispetto alla generalità degli altri lavoratori; b) limitazione delle opportunità di partecipazione alla vita o alle scelte aziendali; c) limitazione dell'accesso ai meccanismi di avanzamento e di progressione nella carriera». Si tratta di una chiara facilitazione del contrasto di comportamenti discriminatori, che potevano essere perseguiti anche con la disciplina previgente, ma che dimostra quanto sia diventata rilevante il rispetto delle esigenze di vita (del tempo dedicato alla famiglia) di lavoratrici e lavoratori.

Altro ambito critico è dato dalla definizione della nozione di orario di lavoro, dove si registra il dato normativo dell'art. 1, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 66 («qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni»), fondato su tre alternativi criteri.

Il profilo che in questa sede conviene evidenziare è quello relativo alla reperibilità²¹. Sulla sua configurazione sembra più avanzata e attenta la po-

²¹ Altro aspetto riguarda il lavoro discontinuo (autisti che si alternano alla guida): già la

sizione della Corte di Giustizia dell'Unione europea rispetto alla giurisprudenza italiana²². La Corte di Giustizia ha stabilito che la guardia e la reperibilità rientrano nella nozione di orario di lavoro quando i vincoli imposti al lavoratore sono tali da incidere oggettivamente e in maniera molto significativa sulla facoltà, per quest'ultimo, di gestire liberamente, durante i suddetti periodi, il tempo in cui la sua attività professionale non è richiesta e di dedicare tale tempo ai propri interessi. Quando i vincoli imposti al lavoratore nel corso di un periodo di guardia determinato non raggiungono un tale grado di intensità e gli consentono di gestire il suo tempo e di dedicarsi ai propri interessi senza grossi vincoli, soltanto il tempo connesso alla prestazione di lavoro che, eventualmente, sia effettivamente realizzata durante un periodo del genere costituisce «orario di lavoro», ai fini dell'applicazione della direttiva 2003/88²³.

Cass. n. 5023/2009 aveva delineato una distinzione tra riposo intermedio, non computabile ai fini della determinazione della durata del lavoro, e semplice temporanea inattività, computabile a tali fini; nel primo caso il lavoratore può disporre liberamente di se stesso per un certo periodo di tempo anche se è costretto a rimanere nella sede del lavoro o a subire qualche limitazione; nel secondo caso, pur restando inoperoso, è obbligato a tenere costantemente disponibile la propria forza di lavoro per ogni richiesta o necessità. Conf. Cass. n. 20694/2015 con riferimento all'attesa degli autisti per carico e scarico merci, da considerarsi orario di lavoro alla luce dei criteri alternativi della nozione di orario di lavoro, previsti dal d.lgs. n. 66 (prestazione effettiva, disponibilità del lavoratore, presenza sui luoghi di lavoro). Relativamente al computo del tempo tuta, la giurisprudenza ritiene che esso si consideri lavoro effettivo, ove il lavoratore sia assoggettato al potere di conformazione del datore di lavoro: l'eterodirezione può derivare dall'esplicita disciplina d'impresa o risultare implicitamente dalla natura degli indumenti o dalla specifica funzione che gli stessi devono assolvere; in difetto l'attività di vestizione rientra nella diligenza preparatoria inclusa nell'obbligazione principale del lavoratore e non dà titolo ad autonomo corrispettivo: v. da ultimo Cass., ord., n. 33258/2021; Cass. n. 9306/2022.

²² Sulla posizione della Corte di giustizia v. già S. BELLOMO, L. ROCCHI, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, in RIDL, 2021, II, p. 336 ss.; M. MARINELLI, *Orario di lavoro e periodo di riposo: un (potenziale) ripensamento della Corte di Giustizia*, in ADL, 2018, p. 1163.

²³ V. tra le ultime CGUE, sez. V, 11 novembre 2021 c-214/20, *MG c. Dublin City Council*; CGUE, sez. X, 9 settembre 2021 c-107/19, *XR c. D.P.P.*; CGUE (grande sezione) 9 marzo 2021, c-344/19; CGUE (grande sezione) 14 maggio 2019, C-55/18, che, dopo aver sancito a chiare lettere il diritto di ciascun lavoratore a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornaliero e settimanale in quanto costituisce non solo una norma del diritto sociale dell'Unione che riveste una particolare importanza, ma è anche espressamente sancito all'art. 31, par. 2, della Carta, implicando che le disposizioni della direttiva 2003/88, in particolare gli artt. 3, 5 e 6, devono pertanto essere interpretate

La giurisprudenza italiana ha spesso interpretato in modo restrittivo l'orientamento della Corte europea. Pur partendo da una premessa condivisibile (non costituisce "orario di lavoro" il tempo in cui il lavoratore può liberamente dedicarsi alla cura dei propri interessi personali e sociali), ha poi concluso come ciò implichi che debba qualificarsi come prestazione strumentale ed accessoria, ontologicamente diversa dalla prestazione di lavoro, ad esempio il servizio di "reperibilità speciale" prestato da un lavoratore, addetto alla sorveglianza di una diga, che preveda la sola permanenza nella casa di guardia, situata a ridosso della diga, per la durata del turno e che si sostanzi in un servizio di attesa, con attivazione solo a seguito di allarme. Ne discende che l'adibizione a tale servizio, oggetto di specifica remunerazione, limita ma non esclude il godimento del riposo, con conseguente impossibilità di riconoscimento del riposo compensativo e addossamento a carico del lavoratore dell'onere di dimostrare l'esistenza di un danno alla salute conseguente alla situazione di attesa richiesta. In effetti la Corte sembra valorizzare solo un aspetto del riposo, quello di ritemperare le proprie energie fisiche, e non quello più complessivo del dedicarsi ai propri interessi²⁴. La Cassazione ritiene perciò che la reperibilità passiva (disponibilità senza alcuna attività lavorativa) limiti soltanto il godimento del riposo settimanale e quindi considera legittima la previsione di quei contratti collettivi che riconoscono la facoltà di scelta del lavoratore tra il compenso per il giorno di pronta disponibilità e il giorno di riposo compensativo, senza che la sua fruizione diminuisca il debito lavorativo, da recuperare successivamente²⁵.

Sembra che la considerazione della reperibilità quale orario di lavoro o riposo dipenda dalla valutazione di una serie di elementi che possono portare a conclusioni disomogenee. La linea vincente di chiarezza, con impli-

alla luce di tale principio fondamentale (in questo senso anche CGUE 24 febbraio 2022, n. 262, c-262/20). Ha stabilito inoltre che tale quadro normativo osta ad una normativa di uno Stato membro che, secondo l'interpretazione che ne è data dalla giurisprudenza nazionale, non impone ai datori di lavoro l'obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore.

²⁴ Cass. n. 30301/2021; v. Cass. n. 19936/2015 sull'effetto solo limitativo della reperibilità svolta in giorno festivo che preclude il diritto al riposo compensativo. I periodi in reperibilità non possono essere assimilabili ai periodi di mancato riposo e l'eventuale danno non patrimoniale per usura psico-fisica derivante dalla mancata fruizione del riposo compensativo può essere risarcito solo in caso di pregiudizio concreto il cui onere probatorio grava sul lavoratore.

²⁵ V. Cass. n. 18654/2017.

cazioni sulla disconnessione, è quella di far riferimento alla disponibilità del tempo a favore del datore di lavoro e comunque di compensare (in retribuzione e/o altro tempo, da potersi cumulare in una banca delle ore) il sacrificio – beninteso contenuto, necessario e proporzionato – del tempo sociale, sottratto al lavoratore nei casi in cui la reperibilità non lo consenta.

4. Il diritto alla disconnessione e il lavoro agile

Regole sono reperibili nella legislazione sul lavoro agile.

L'art. 19 della legge n. 81/2017 è noto. Stabilisce che «l'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro». A questa disposizione si è aggiunto l'art. 2, comma 1-ter, del d.l. n. 30/2021, conv. dalla legge n. 61/2021, ai sensi del quale «(...) è riconosciuto al lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. L'esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi».

È stata senz'altro una soluzione debole quella della legge n. 81/2017 non affermare il diritto alla disconnessione e affidare la tutela per la disconnessione al patto individuale. L'art. 2, comma 1-ter, costituisce invece un notevole passo avanti perché riconosce il diritto, sia pure nell'ambito della disciplina del lavoro agile, il suo collegamento con il riposo e la salute del lavoratore e la sua salvaguardia da effetti negativi sul rapporto di lavoro.

Fortunatamente nell'intervallo temporale – caratterizzato, come noto, dalla crescita del ricorso al lavoro da remoto per fronteggiare la pandemia e dalla diminuzione delle pur deboli prescrizioni legislative²⁶ – si è prodot-

²⁶ Sulla normativa emergenziale del “lavoro agile semplificato” e sulle prospettive di intervento post-pandemiche vedi, senza pretese di esaustività, P. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT”, 2020, p. 430; M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in LG, n. 6, 2020, c. 553 ss.; C. ALESSI, M.L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D’ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Napoli, 2020, p. 131 ss.; M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, La Tribuna, Treviso, 2020; P. DE PETRIS, *Il lavoro agile all’indomani della pandemia: luci ed ombre di un possibi-*

to un cospicuo intervento della contrattazione collettiva, che ha spinto per il cambio di registro e per la più forte garanzia legislativa. Da ultimo è stato stipulato il Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile (7 dicembre 2021)²⁷, che ha espresso «linee di indirizzo per la contrattazione collettiva nazionale, aziendale e/o territoriale», affidandosi alla contrattazione collettiva per l'attuazione nei diversi e specifici contesti produttivi. Senza smentire la centralità dell'accordo individuale (artt. 1 e 2), stabilisce che questo si adegui ai contenuti della eventuale contrattazione collettiva di riferimento e comunque deve essere coerente con la disciplina di legge e con le linee di indirizzo definite nel Protocollo (art. 2). In particolare l'art. 3 prevede che la prestazione di lavoro agile può essere articolata in fasce orarie, individuandosi la fascia di disconnessione nella quale il lavoratore non eroga la prestazione lavorativa, e sollecita l'adozione di specifiche misure tecniche e organizzative per garantire tale fascia. Oltre ad alcune altre garanzie (esclusione di lavoro straordinario, di norma, e salve esplicita previsione dei contratti nazionali, territoriali e/o aziendali), stabilisce, in caso di assenze legittime, elencate esemplificativamente (tra cui le ferie), che il lavoratore può disattivare i propri dispositivi di connessione e, in caso di ricezione di comunicazioni aziendali, non è obbligato a prenderle in carico prima della prevista ripresa dell'attività lavorativa (art. 3, comma 5).

Sicuramente il tutto costituisce un progresso, ma emerge il problema della vincolatività del Protocollo (le parti s'impegnano a farlo rispettare dalle rispettive organizzazioni di categorie e dalle articolazioni a livello territoriale e/o aziendale) e anche dei contratti collettivi, accompagnato dalla frammentazione delle discipline. Il Protocollo dopotutto contiene linee di indirizzo. Ciò comporta il rischio della permanenza della regolazione atomistica, sia pure in un quadro legislativo arricchito dalla legge n. 61 e in un contesto di relazioni industriali in cui le modalità organizzative da remoto non possono che godere della maggiore considerazione collettiva, non essendo più "il fiore del deserto"²⁸.

Nel lavoro pubblico, dopo il dpcm 23 settembre 2021, che ha ridefinito

le strumento di palingenesi del diritto del lavoro e della pubblica amministrazione, in M. MOCELLA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'era digitale*, Atti del convegno italo-brasiliano del 26-27 maggio 2021, Universitas Mercatorum Press, Roma, 2021.

²⁷ Su cui v. M. BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, in *LDE*, n. 1, 2022; L. ZOPPOLI, *Il protocollo sul lavoro agile nel settore privato e "gli altri"*, *ibidem*.

²⁸ Sulla sottovalutazione della dimensione collettiva dell'organizzazione aziendale tramite lavoro agile e da remoto cfr. A. CETRULO, M. RINALDINI, *Lavoro agile e organizzazione del lavoro: quale scenario dopo la pandemia?*, in *LDE*, n. 1, 2022.

il lavoro in presenza come la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione, le “Linee guida sullo smart working nel pubblico impiego” (16 dicembre 2021) contengono misure più garantiste rispetto a quelle del lavoro privato: si afferma un vero e proprio diritto alla disconnessione e deve essere prevista una «fascia di inoperabilità» con cui garantire ai lavoratori agili il diritto alla disconnessione nelle 11 ore di riposo consecutivo assicurato, con molte deroghe, dal d.lgs. n. 66. In tale ambito il problema della vincolatività è superabile nella misura in cui i contratti collettivi di comparto facciano propri gli indirizzi contenuti nelle linee guida. A tal riguardo è da segnalare il CCNL di lavoro del personale di comparto Funzioni centrali triennio 2019-2021, stipulato il 9 maggio 2022, che disciplina accuratamente il lavoro agile e il lavoro a distanza (artt. 36 ss.). L’art. 39 si occupa di diritto alla disconnessione prevedendo che la prestazione lavorativa agile può essere articolata nelle fasce temporali: di «contattabilità» (il lavoratore è contattabile sia telefonicamente che via mail o con altre modalità similari; in tale fascia l’orario non può essere superiore all’orario medio giornaliero di lavoro) e di «inoperabilità – nella quale il lavoratore non può erogare alcuna prestazione lavorativa. Tale fascia comprende il periodo di 11 ore di riposo consecutivo di cui all’art. 17, comma 6, del CCNL 12 febbraio 2018 a cui il lavoratore è tenuto nonché il periodo di lavoro notturno tra le ore 22:00 e le ore 6:00 del giorno successivo». Il contratto specifica che nella fascia di inoperabilità «non sono richiesti i contatti con i colleghi o con il dirigente per lo svolgimento della prestazione lavorativa, la lettura delle *e-mail*, la risposta alle telefonate e ai messaggi, l’accesso e la connessione al sistema informativo dell’Amministrazione». Di rilievo è anche l’art. 41 del contratto che si occupa del lavoro da remoto (comprensivo del telelavoro), per il quale s’impongono «i medesimi obblighi derivanti dallo svolgimento della prestazione lavorativa presso la sede dell’ufficio, con particolare riferimento al rispetto delle disposizioni in materia di orario di lavoro. Sono altresì garantiti tutti i diritti previsti dalle vigenti disposizioni legali e contrattuali per il lavoro svolto presso la sede dell’ufficio, con particolare riferimento a riposi, pause, permessi orari e trattamento economico». Inoltre si estende l’applicazione dell’art. 38 sul lavoro agile che si occupa dei contenuti dell’accordo individuale, il cui comma 1 lettera contempla alla lettera «f) i tempi di riposo del lavoratore, che comunque non devono essere inferiori a quelli previsti per il lavoratore in presenza, e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro». Non si cita espressamente il diritto alla disconnessione ma la disconnessione deve es-

sere garantita nell'accordo individuale. Vi è dunque un riconoscimento sostanziale del diritto, al di fuori del lavoro agile.

Sono state focalizzate due varianti di lavoro agile, "a tempo" e "per obiettivi"²⁹. Anche per questa seconda variante emerge la necessità di proteggere il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, il diritto al riposo e quello alla disconnessione, in quanto nell'assegnazione di un obiettivo di lavoro da conseguire entro un predeterminato termine è insito un tempo di lavoro in proporzione dell'obiettivo. Ed è quindi presente il rischio che vi sia una sproporzione tra l'obiettivo e il tempo di lavoro utile (nel rispetto del tempo libero). Questa dimensione non è ancora disciplinata e s'immagina che la legge – non il Protocollo per la scarsa vincolatività – ponga un obbligo datoriale di informazione nei confronti delle rappresentanze sindacali in azienda sulle «metriche utilizzate per stimare il tempo necessario a raggiungere a raggiungere un certo obiettivo e dovrebbe porre un obbligo di codeterminazione fra datore e RSA/RSU (o sindacato territoriale) per la determinazione dei tempi di lavoro, consegnando alle Parti sociali il grimaldello dell'organizzazione temporale delle prestazioni così da permettere anche ai lavoratori di esprimere la propria voce sui ritmi e sui carichi di lavoro³⁰. La soluzione proposta è sicuramente condivisibile. Il passaggio attraverso la contrattazione collettiva è coerente con le tematiche al centro dell'attenzione del sistema di relazioni industriali e potrebbe già essere perseguita nell'ambito del circuito contrattuale collettivo. A livello legislativo attuale, in mancanza di discipline collettive, un argine (debole) contro tale rischio potrebbe comunque essere costituito sia dall'accordo che ammette il lavoro agile (art. 19, legge n. 81/2017), nel quale contemplare clausole di protezione da iper-lavoro nel caso di lavoro agile per obiettivi, sia dall'inderogabilità individuale alle regole imposte dal d.lgs. n. 66 in materia di orario e di riposo³¹.

²⁹ V. G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 192 ss.; M.T. CARINCI, A. INGRAO, *op. cit.*, p. 13 ss.; sulle criticità della variante per obiettivi cfr. ancora A. CETRULO, M. RINALDINI, *op. ult. cit.* Sul tema cfr. anche S. CAIROLI, *op. cit.*, p. 99 ss.

³⁰ M.T. CARINCI, A. INGRAO, *op. ult. cit.*, p. 35 ss.

³¹ Cfr. a tal riguardo Cass. n. 11574/2014.

5. Osservazioni conclusive

Il modello di garanzia del diritto alla disconnessione è poco efficace se inserito nell'ambito della tutela del diritto al riposo anche per come è articolata la disciplina di tale diritto (le osservazioni critiche qui svolte sul riposo giornaliero possono estendersi anche alle pause, al riposo settimanale e alle ferie). La prospettiva ideale è dunque quella di delineare uno spazio autonomo e generale di protezione, che rafforzi il diritto al riposo del lavoratore anche perché il rischio della iperconnettività ha ormai portata generale, riguarda non solo i lavoratori che svolgono la prestazione da remoto, ma anche a quelli "in sede", sia del settore privato che pubblico³². Questa aspettativa si svilupperà probabilmente solo con l'adozione della direttiva proposta dal Parlamento Europeo: come in tanti altri casi, il diritto europeo trainerà il legislatore nazionale. Comunque è da apprezzare il progresso ottenuto con la legge n. 61 e con la focalizzazione della contrattazione collettiva³³. Un ulteriore strumento di tutela è reperibile nell'ambito della recente disciplina sulla trasparenza e la prevedibilità delle condizioni di lavoro, introdotta dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019. Qui è previsto il diritto all'informazione sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro ed è assicurata una specifica tutela per la sua violazione³⁴. Si stabilisce l'obbligo del datore di lavoro ad informare anche sulla programmazione dell'orario normale di lavoro; inoltre, se il rapporto di lavoro è caratterizzato da modalità organizzative imprevedibili, il datore di lavoro informa sulla variabilità della programmazione del lavoro (giorni e ore in cui inizia e termina la prestazione di lavoro), su ore e giorni di riferimento (le fasce orarie di giorni specificati durante le quali può essere svolto il lavoro su richiesta del datore di lavoro) e sul periodo minimo di

³² V. ancora lucidamente E. FIATA, *op. cit.*, pp. 12-14.

³³ Durante la crisi pandemica si sono sviluppate interessanti esperienze di regolamentazione del diritto alla disconnessione ad opera della contrattazione collettiva, come, ad esempio, l'accordo Tim del 4 agosto 2020 e l'accordo Poste italiane sottoscritto il 18 dicembre 2020, che, come modalità pratica di disconnessione, prevedono la disattivazione degli strumenti di lavoro forniti al dipendente e la diffusione di buone prassi di comportamento. Per un *focus* si rinvia a E. DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nell'esperienza contrattuale collettiva italiana*, in *LDE*, n. 4, 2021.

³⁴ Sul decreto v. G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *MGL*, 2022, p. 571 ss.

preavviso a cui il lavoratore ha diritto prima dell'inizio della prestazione lavorativa e il termine entro il quale il datore di lavoro può annullare l'incarico (art. 4). Sono fissati poi ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzazione di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati.

Occorre in ogni caso diffondere più ampiamente il principio della conciliazione vita-lavoro e della condivisione delle responsabilità genitoriali e di cura, che ha la caratura di un diritto fondamentale e necessita di apparati promozionali, anche culturali, più efficaci. Non sono da sottovalutare i segnali inquietanti che emergono dal mercato del lavoro: le dimissioni prevalenti delle donne motivate da ragioni familiari, nonché le dimissioni (molto forti in altri Stati ma che stanno crescendo anche nel nostro paese) in presenza di lavori troppo lesivi del tempo di vita³⁵. Si hanno già tanti scoraggiati anche per i pessimi trattamenti normativi ed economici del lavoro, e quindi bisognerebbe evitare o contenere un ulteriore focolaio.

La disconnessione deve essere un'ulteriore occasione per riflettere di cosa si voglia fare del lavoro, specie subordinato, se si voglia o no trattarlo con la dignità e l'equità che si merita, garantendo anche la tutela della salute. E, più in profondità, decidere se si vuole impedire che si realizzino le previsioni più catastrofiche nei confronti della "ragione digitale": di fronte alla quale, come ricorda Ermanno Bencivenga (con eccessivo pessimismo)³⁶, importante è la postura, la resilienza dei valori fondanti della nostra esistenza (da conciliare). In alternativa saremmo travolti dall'uragano digitale, che, monopolizzando le vite, accrescerebbe l'ignoranza³⁷ e i rischi per la salute fisica e psichica.

³⁵In America si designa con il termine «*The great resignation*», la fuga di migliaia di persone dal loro posto di lavoro in cerca di un futuro diverso e migliore per trovare un giusto equilibrio tra ambizioni professionali e vita privata. Il *Corriere della Sera* segnala il fenomeno in un art. del 3 aprile 2022 di D. CAVALCOLI e in un altro del 14 maggio 2022 di A. PRIANTE con riguardo alla regione Veneto.

³⁶*Critica della ragione digitale. Come ci trasforma la rivoluzione tecnologica*, Feltrinelli, Milano, 2020.

³⁷Secondo M. FERRARIS, *L'imbecillità è una cosa seria*, il Mulino, Bologna, 2016, il progresso è la fuga dall'imbecillità. Ma essere schiavi dello strumento tecnologico per eccellenza del progresso può realizzare la nota "eterogenesi dei fini".

TECNOLOGIE DIGITALI, POTERI DATORIALI E DIRITTI DEI LAVORATORI – LA DISCIPLINA GIURIDICA DELLE DECISIONI AUTOMATIZZATE NELL’AMBITO DEL RAPPORTO DI LAVORO

Alberto Pizzoferrato *

Il crescente utilizzo di tecnologie sempre più sofisticate nell’organizzazione del lavoro, fenomeno che forse più di ogni altro contraddistingue la digitalizzazione dell’economia e quel processo di trasformazione dei modi di lavorare e di produrre noto come Industria 4.0, sembra trovare la sua massima espressione nell’impiego di algoritmi e forme di intelligenza artificiale nella gestione dei rapporti di lavoro¹.

Queste tecnologie ormai non più così avveniristiche, infatti, consentono in qualche modo di “automatizzare” ogni aspetto della gestione dei rapporti di lavoro, dall’assunzione del lavoratore fino all’estinzione del rapporto. Un numero sempre più significativo di imprese e, in particolare, di piattaforme digitali si affida a questi strumenti, i quali – a ben vedere – altro non sono che un mezzo attraverso il quale il datore di lavoro esercita le proprie prerogative. Qual è, allora, il vantaggio che si nasconde dietro l’utilizzo di algoritmi e forme di intelligenza artificiale nell’ambito dei rapporti di lavoro? In qualche modo, l’impiego di queste tecnologie conferisce alle decisioni assunte dall’impresa un velo di obiettività e di scientificità. Tuttavia, proprio di un velo si tratta. Il fatto che le decisioni siano “automatizzate” infatti, non esclude che queste siano prive di qualsivoglia profilo di illegittimità e, in particolare, che siano obiettive. Anzi, come dimostra il caso dell’algoritmo utilizzato da una nota piattaforma di *food delivery* nel-

*Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Bologna.

¹Cfr. A. PIZZOFEERRATO, *Digitalisation of work: new challenges to labour law*, in *ADL*, fasc. 6, 2021, pp. 1329-1369.

l'organizzare le prestazioni dei suoi *riders*, spesso, le decisioni automatizzate celano forme di discriminazione nei confronti di determinate categorie di soggetti. Detto altrimenti, una decisione automatizzata non è per sé obiettivo, poiché quel meccanismo che consente di automatizzare gli atti di gestione del rapporto di lavoro – l'algoritmo – è pur sempre costruito dall'uomo ed è, quindi, espressione di determinati valori, nonché di eventuali *bias* cognitivi².

Stando così le cose, si pongono diverse questioni di interesse giuslavoristico, a cominciare dalla trasparenza e dalla prevedibilità dei sistemi di decisione e monitoraggio automatizzati. Infatti, la circostanza che la logica ed il funzionamento di questi strumenti siano gelosamente custoditi dalle imprese che se ne servono non consente – ovviamente – di far comprendere all'esterno quali siano i presupposti di queste decisioni automatizzate, né gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali intervengono. Si parla, a questo proposito, di “opacità algoritmica”. Evidenti, da questo punto di vista, le insidie per i lavoratori che si celano dietro l'impiego di queste tecnologie, in particolare per la loro dignità, libertà, salute e sicurezza.

Non sorprende, allora, che il tema sia stato recentemente oggetto di attenzione da parte tanto del legislatore nazionale quanto di quello europeo.

Dal lato del legislatore europeo si segnala la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 settembre 2021 su condizioni di lavoro eque, diritti e protezione sociale per i lavoratori delle piattaforme, seguita dalla presentazione, da parte della Commissione europea, della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro mediante piattaforme digitali del 9 dicembre 2021. Cogliendo i suggerimenti avanzati dalla Risoluzione del Parlamento europeo, la Proposta di direttiva avanzata dalla Commissione europea pone l'accento sulla trasparenza e la prevedibilità delle decisioni algoritmiche³. Pertanto, sono

²G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *LLI*, fasc. 2, 2020, p. 19 ss.; F. HENDRICKX, *From digits to robots: the privacy-autonomy nexus in new labor law machinery*, in *CLL&PJ*, 2019, p. 365 ss.; C. HINOJOSA, X. POTAU, *Advanced industrial robotics: Taking human-robot collaboration to the next level*, in *Eurofound and EU Commission Working Paper*, 2017; A. TOPO, “Automatic management”, *reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *LD*, fasc. 3, 2018, p. 452 ss.; G. ZAMPINI, *Intelligenza artificiale e decisione datoriale algoritmica. Problemi e prospettive*, in *ADL*, fasc. 3, 2022, p. 467 ss.; A. ZILLI, *Il lavoro su piattaforma*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (eds.), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 314 ss.

³A. ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, in

previsti in capo alle piattaforme degli obblighi di informazione verso i lavoratori, i quali devono infatti essere informati tanto in merito ai “*sistemi di monitoraggio automatizzati utilizzati per monitorare, supervisionare o valutare l'esecuzione del lavoro*” quanto ai “*sistemi decisionali automatizzati utilizzati per prendere o sostenere decisioni che incidono significativamente sulle condizioni di lavoro*” (art. 6, par. 1). Più precisamente, le piattaforme sono tenute a comunicare sia le categorie di azioni monitorate da questi sistemi, sia le categorie di decisioni che contribuiscono a prendere, nonché “*i principali parametri di cui tali sistemi tengono conto e l'importanza relativa di tali principali parametri nel processo decisionale automatizzato, compreso il modo in cui i dati personali o il comportamento del lavoratore delle piattaforme digitali incidono sulle decisioni*” (art. 6, par. 2, lett. b), n. iii). Significativamente, la direttiva dispone che le piattaforme sono tenute a mettere tutte queste informazioni anche “*a disposizione dei rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali e delle autorità nazionali del lavoro su loro richiesta*” (art. 6, par. 4). Coerentemente, sono garantiti dei diritti di informazione e consultazione in capo ai rappresentanti dei lavoratori “*per quanto riguarda le decisioni che possono comportare l'introduzione o modifiche sostanziali nell'uso dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati*” (art. 9, par. 1). Particolare attenzione è poi dedicata alla tutela della riservatezza dei lavoratori (art. 6, par. 5), profilo importante se si considera che, spesso, i sistemi di decisione automatizzata fanno utilizzo dei cosiddetti *big data* per organizzare in maniera sempre più efficiente il lavoro⁴. L'altro aspetto sul quale insiste particolarmente la Proposta di direttiva è il cosiddetto monitoraggio umano dei sistemi decisionali e di controllo automatizzati, preoccupandosi infatti che “*le piattaforme di lavoro digitali monitorino e valutino periodicamente l'impatto sulle condizioni di lavoro delle decisioni individuali prese o sostenute dai sistemi decisionali e di moni-*

LLI, fasc. 1, vol. 8, 2022, p. 1 ss.; M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in LLI, 2, fasc. 2, vol. 7, 2021, p. 1 ss.; G. BRONZINI, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'“umanesimo digitale”*, in LDE, fasc. 1, 2022, p. 1 ss.; V. DE STEFANO, *The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work: an overview*, in *Italian Labour Law e-Journal*, fasc. 1, vol. 15, 2022 p. 1 ss.; F. PISANI, *La proposta di direttiva UE per i lavori delle piattaforme digitali e il Real Decreto-Ley 9/2021 spagnolo*, in LPO, fasc. 1-2, 2022, p. 65 ss.; C. SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, in LDE, fasc. 2, 2022, p. 1 ss.

⁴A. PIZZOFERRATO, *Gli effetti del regolamento europeo GDPR sulla disciplina del trattamento aziendale dei dati del lavoratore*, in ADL, nn. 4-5, 2018, pp. 1034-1060.

toraggio automatizzati” (art. 7, par. 1). Inoltre, secondo l’impostazione adottata dalla Proposta di direttiva, i lavoratori delle piattaforme digitali dovrebbero avere “*il diritto di ottenere una spiegazione dalla piattaforma di lavoro digitale per qualsiasi decisione presa o sostenuta da un sistema decisionale automatizzato che incida significativamente sulle condizioni di lavoro*” (art. 8, par. 1). Infine, va segnalato come le disposizioni di cui agli artt. 6, 7, par. 1 e 3, e 8, cioè quelle riguardanti la cosiddetta gestione algoritmica, oltre che ai lavoratori subordinati – ai sensi dell’art. 10, par. 1, della Proposta di direttiva – dovrebbero trovare applicazione anche nei confronti dei lavoratori autonomi. Peraltro, il campo di applicazione della direttiva risulta comunque ristretto, applicandosi unicamente alle piattaforme di lavoro digitali così come definite dall’art. 2 della Proposta di direttiva.

Sempre connessi al tema della gestione algoritmica dei rapporti di lavoro si segnalano la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (Legge sull’IA) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione del 21 aprile 2021, nonché l’Accordo Quadro delle Parti Sociali Europee sulla Digitalizzazione del 20 giugno 2020, il quale dedica ampia attenzione tanto all’intelligenza artificiale e alla necessità che venga garantito il principio del controllo dell’uomo, quanto al rispetto della dignità umana in relazione ai sistemi di sorveglianza.

Dal lato del legislatore nazionale, invece, si segnala il recentissimo d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, di attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativo a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione europea. Il provvedimento in parola sembra in qualche modo anticipare la Proposta di direttiva avanzata dalla Commissione europea, andando oltre le prescrizioni minime contenute nella direttiva (UE) 2019/1152. Infatti, mediante l’art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 104/2022, il legislatore italiano ha inteso introdurre un nuovo art. 1-*bis* al d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, rubricato “*Ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati*”. L’articolato ricalca, in buona sostanza, lo spirito della Proposta di direttiva europea, ponendo a carico dei datori di lavoro che facciano uso di sistemi di decisione e sorveglianza automatizzati nella gestione dei rapporti di lavoro stringenti obblighi informativi nei confronti dei lavoratori. In particolare, il datore di lavoro è tenuto a comunicare: gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l’utilizzo di tali sistemi; gli scopi e le finalità dei medesimi; la logica ed il funzionamento degli stessi; le categorie di dati e i parametri principali utilizzati per programmare o ad-

destrare i sistemi di decisionali o di monitoraggio automatizzati, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni; le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità; il livello di accuratezza, robustezza e *cybersicurezza* dei sistemi in discorso e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse (cfr. art. 1-*bis*, comma 2). Oltre che sulla trasparenza, la nuova disposizione – al pari della Proposta di direttiva europea – insiste molto anche sulla tutela della riservatezza dei lavoratori (art. 1-*bis*, comma 4). Da segnalare altresì come gli obblighi informativi di cui all'art. 1-*bis* d.lgs. n. 152/1997 non riguardino unicamente i datori di lavoro, gravando altresì sul committente nell'ambito dei rapporti di lavoro di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. e di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (cfr. art. 1-*bis*, comma 7). Inoltre, per effetto dell'art. 5, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 104/2022, che modifica l'art. 47-*ter*, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, tra i destinatari delle comunicazioni riguardanti i sistemi di decisione e monitoraggio automatizzati vanno annoverati altresì i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore *ex artt.* 47 e ss., d.lgs. n. 81/2015. Peraltro, a differenza della Proposta di direttiva presentata dalla Commissione europea, le disposizioni introdotte dal legislatore nazionale non si applicano unicamente alle piattaforme digitali, bensì nei confronti di tutti i datori di lavoro e i committenti che facciano uso di sistemi di decisione e controllo automatizzati, il che è senza dubbio positivo. Da ultimo, ricalcando quanto già previsto dalla Proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali, anche il d.lgs. n. 104/2022, modificando il d.lgs. n. 152/1997, ha previsto che le informazioni e i dati di cui al nuovo art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997, oltre che ai lavoratori, vadano trasmesse “*anche alle rappresentanze sindacali aziendali ovvero alla rappresentanza sindacale unitaria e, in assenza delle predette rappresentanze, alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*” (art. 1-*bis*, comma 6). Assente, invece, il profilo relativo al cosiddetto monitoraggio umano dei sistemi decisionali e di controllo automatizzati, il che – forse – si spiega sulla base del fatto che il d.lgs. n. 104/2022, pur occupandosi di questi sistemi, ha come priorità, costituendo attuazione della direttiva (UE) 2019/1152, quella di garantire ai lavoratori condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili.

Ebbene, proprio il riconoscimento di specifici diritti di informazione in

capo al sindacato è un elemento che va considerato positivamente, costituendo in qualche modo un *assist* che le organizzazioni sindacali non possono lasciarsi sfuggire. Infatti, considerando il processo di digitalizzazione dell'economia e l'impiego sempre più diffuso di tecnologie digitali nell'organizzazione del lavoro, nonché gli effetti che queste ultime producono sui lavoratori, sembra che il sindacato non possa più rimandare l'implementazione di strumenti di partecipazione organizzativa. Precondizione perché si possano sviluppare tali strumenti, però, pare proprio sia la previsione di specifici diritti di informazione, informazione che costituisce il presupposto per poter negoziare l'algoritmo⁵. Per il sindacato, quindi, si pone la sfida di partecipare alla definizione dell'organizzazione del lavoro – compreso, in particolare, l'utilizzo di sistemi di decisione automatizzati – mediante la contrattazione collettiva, tema che – presumibilmente – sarà oggetto di rivendicazione e mobilitazione nel prossimo futuro. La sfida è quanto mai importante perché, al fine di tutelare appieno i diritti e gli interessi dei lavoratori, non sembra sufficiente cercare di mitigare *ex post* gli effetti negativi derivanti dall'impiego di algoritmi e forme di intelligenza artificiale, essendo al contrario indispensabile negoziare *ex ante* l'algoritmo stesso. In altre parole, si rende indispensabile definire in maniera condivisa le finalità, la logica e i parametri di funzionamento dei sistemi di decisione e monitoraggio automatizzati sì da renderli quanto più “umani” possibile. Al sindacato è quindi richiesto di modificare significativamente il proprio approccio, ma anche di dotarsi di figure dotate delle competenze indispensabili per poter negoziare l'algoritmo. In questo senso, particolarmente interessante è l'art. 9, par. 3, della Proposta di direttiva europea, la quale contempla espressamente la possibilità che i rappresentanti sindacati dei lavoratori, nell'ambito delle procedure di informazione e consultazione sui sistemi di decisione e monitoraggio automatizzati, possano farsi assistere da un esperto al fine di formulare un parere, il cui compenso, qualora la piattaforma occupi più di 500 lavoratori in uno Stato membro, è a carico della piattaforma stessa.

Peraltro, per quanto apprezzabili, tanto la Proposta di direttiva quanto il d.lgs. n. 104/2022, pur circondando di garanzie che potremmo definire procedurali l'utilizzo di sistemi di decisione e monitoraggio automatizzati, mancano di porre limiti sostanziali all'esercizio delle prerogative datoriali mediante tali sistemi, il che costituisce – forse – il principale *deficit* del

⁵ Cfr. V. DE STEFANO, “Negotiating the algorithm”: *Automation, artificial intelligence and labour protection*, Working Paper n. 246, ILO, 2018.

quadro normativo descritto. Peraltro, anche le stesse disposizioni relative alla trasparenza delle decisioni algoritmiche sembrano presentare un limite di non poco conto, posto che secondo il Considerando n. 33 della Proposta di direttiva “*le piattaforme di lavoro digitali non dovrebbero essere tenute a rivelare il funzionamento dettagliato dei loro sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, compresi gli algoritmi, o altri dati dettagliati che contengono segreti commerciali o sono protetti da diritti di proprietà intellettuale*”. Ad ogni modo, il processo di approvazione della Proposta di direttiva è ancora *in fieri* e non è quindi da escludere che nei successivi passaggi precedenti alla sua definitiva adozione possano essere apportati correttivi e miglioramenti. In particolare, va segnalata la Proposta di Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 3 maggio 2022, la quale sembra voler apportare significative modifiche alla Proposta di direttiva avanzata dalla Commissione europea, incrementando ed estendendo le tutele per i lavoratori. In particolare, la Proposta di Risoluzione legislativa del Parlamento europeo ha il merito di ampliare il campo di applicazione della direttiva, estendendola a tutte le imprese che ricorrono a forme di *algorithmic management* e, quindi, non solo alle piattaforme digitali⁶.

⁶ Sia consentito sul punto il rinvio a A. PIZZOFERRATO, *Automated decision-making in HRM*, in *LG*, n. 11, 2022.

PROTEZIONE DEL LAVORATORE NELL'IMPRESA TECNOLOGICAMENTE ORGANIZZATA E RUOLO DEL SINDACATO *

Linda Lorea **

1. Il tema oggetto del mio intervento affronta, in particolare, il ruolo del sindacato a protezione del lavoratore dinnanzi a situazioni di abuso/arbitrio del potere datoriale sul posto di lavoro.

In un mercato del lavoro trasformato dall'evoluzione tecnologica e digitale che ha modificato in molti settori la relazione da superiore a subordinato, rimettendo alle “macchine” il potere di guidare il processo produttivo, e determinato anche la “dematerializzazione” del luogo di lavoro¹, tra

* Il testo riproduce – con aggiunta di note e di aggiornamenti normativi – l'intervento programmato svolto alle Giornate di studio AIDLASS su “*Le tecniche di tutela nel mercato del lavoro*”, tenutesi a Torino il 16 e 17 giugno 2022.

** Ricercatrice di Diritto del lavoro – Università di Napoli Federico II.

¹ Sui cambiamenti connessi all'evoluzione tecnologica e digitale, F. SANTONI, *Le metamorfosi del diritto del lavoro*, in DML, 2015, p. 1 ss.; M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI, *Il Piano nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica*, in LLI, n. 2, 2016, V. 2; D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione del convegno nazionale AIDLASS, 18 e 19 maggio 2017, Univ. di Cassino, dattiloscritto, p. 148 ss.; P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in RIDL, n. 4, 2017, p. 525 ss.; R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La IV rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, FUP, Firenze, 2017, p. 225 ss.; L. FIORILLO, *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona.IT”, n. 368/2018; M. WEISS, *Digitalizzazione, smart working, politiche di conciliazione, la platform economy e le principali sfide per il diritto del lavoro*, in DRI, 2018, p. 715 ss.; A. DONINI, *Il lavoro attraverso piattaforme digitali*, BUP, Bologna, 2019; A. BELLAVISTA, *Evoluzione e prospettive del diritto del lavoro*, in DML, n. 3, 2020, p. 541 ss.; S. NAPPI, *L'eterno cantiere del lavoro non subordinato*, *ivi*, p. 559 ss.; R. SANTUCCI, *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro. Saggi di un quinquennio*, Giappichelli, Torino, 2021, specie p. 19 ss.

le diverse questioni sollevate ci si interroga pure sulle prospettive innovative delle relazioni sindacali².

Dare una risposta di primo acchito non è semplice anche perché, sotto il profilo delle tutele, è agevole constatare che il quadro normativo per i diversi istituti e fattispecie contrattuali mantiene le regole, anche sindacali, o quanto meno i “valori” tradizionali del diritto del lavoro³ (si pensi al lavoro agile⁴; alle collaborazioni autonome e coordinate ed alle collabora-

² Si soffermano su tali prospettive anche, A. PIZZOFERRATO, *Platforms, Unions and workers: is collective bargaining possible?*, in AA.VV., *The future of work: labour law and labour market regulation in the digital era*, Kluwer Law International, 2020, p. 237 ss.; T. TREU, *Diritto del lavoro e transizione digitale: politiche europee e attori sindacali – La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in DRI, n. 1, 2022, p. 1 ss. In argomento, A. INGRAO, *Data-Driven management e strategie di coinvolgimento collettivo dei lavoratori per la tutela della privacy*, in LLI, n. 2, 2019, specie p. 140 ss.; E. DAGNINO, I. ARMAROLI, *A seat at the table: negotiating data processing in the workplace. A national case study and comparative insights*, in CLLPJ, n. 1, 2019, p. 173 ss.; C. CORDELLA, *Il lavoro dei rider: fenomenologia, inquadramento giuridico e diritti sindacali*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT”, n. 441/2021.

³ A. GARILLI, *Le trasformazioni del diritto del lavoro tra ragioni dell’economia e dignità della persona*, in DML, n. 1, 2020, specie p. 14 ss. Sul sistema dei valori e le finalità del diritto del lavoro, R. DEL PUNTA, *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT”, n. 395/2019; M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, Adapt University Press, 2019, specie p. 31 ss.; L. ZOPPOLI, *Valori, diritti e lavori flessibili: storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT”, n. 400/2019; R. VOZA, *Statuto, poteri dell’imprenditore e tutele della persona del lavoratore*, in RGL, 2020, I, p. 65 ss.; V. BAVARO, *Sul concetto giuridico di Lavoro fra merce e persona*, in LD, n. 1, 2021, p. 41.

⁴ In generale, per un approfondimento sui diversi profili, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in DRI, n. 4, 2017, p. 921 ss.; S. NAPPI, *Riforma del lavoro autonomo, lavoro agile e altri esercizi stilistici parlamentari di una legislatura incompiuta*, in DML, n. 2, 2017, p. 210 ss.; F. SANTONI, *L’obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in MGL, n. 4, 2019, p. 923 ss.; L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le amministrazioni pubbliche italiane?*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT”, n. 421/2020; M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova dell’emergenza epidemiologica*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Adapt University Press, 2020, p. 167 ss.; P. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT”, n. 430/2020; M.R. LAMBERTI, *Il lavoro a distanza nell’emergenza sanitaria e le prospettive dello smart working*, in MGL, n. 3, 2020, p. 615 ss.; M. RUSSO, *Esiste il diritto alla disconnessione? Qualche spunto di riflessione alla ricerca di un equilibrio tra tecnologia, lavoro e vita privata*, in DRI, n. 3, 2020, p. 682 ss.; G. GENTILE, *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti ed esigibilità della prestazione*, in MGL, n. 2, 2020, p. 489 ss.; M.

zioni eterorganizzate⁵, nonché alle fattispecie che ammettono una dissociazione tra datore di lavoro ed utilizzatore – tra cui, per esempio, gli ap-

BIASI, *Brevi spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working)*, in V.A. POSO (promosse e coordinate da), *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021*, *Conversazioni sul lavoro* dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, 2021, p. 3 ss.; R. GALARDI, *Il lavoro agile nel laboratorio della pandemia*, in *Oss. cost.*, n. 2, 2021, p. 110 ss.; M. D'APONTE, *Evoluzione dei sistemi organizzativi nell'impresa e tutela dei diritti dei lavoratori nel quadro della regolamentazione europea: dal diritto alla "disconnessione", al lavoro "per obiettivi*, in *MGL*, n. 1, 2022, p. 29 ss.

⁵In proposito, seppure con diversità di vedute circa l'ampiezza delle tutele applicabili alle diverse fattispecie, v. i contributi di AA.VV. racchiusi in *MGL*, n. straordinario, 2020. In argomento, cfr. inoltre, F. SANTONI, *I modelli contrattuali del lavoro che cambia*, in *DML*, n. 1, 2018, p. 5 ss.; V. FERRANTE, *Subordinazione ed autonomia: il gioco dell'oca*, in *DRI*, 2018, p. 1196 ss.; M. MARAZZA, *In difesa del lavoro autonomo (dopo la legge n. 128 del 2019)*, in *RIDL*, n. 1, 2020, specie p. 69 ss.; A. ZOPPOLI, *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *DRI*, 2020, p. 703 ss.; O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor LD*, 2020, p. 3 ss.; M. MAGNANI, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, n. 1, 2020, p. 105; F. CARINCI, *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *LDE*, n. 1, 2020; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, n. 410/2020; M.T. CARINCI, *I contratti in cui è dedotta una attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, in *RIDL*, n. 1, 2020, p. 49 ss.; G. PROIA, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *DRI*, n. 2, 2020, p. 499 ss.; O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura, ivi*, p. 345 ss.; G. QUADRI, *Le collaborazioni organizzate dal committente come incerta linea di confine tra lavoro tutelato e lavoro non tutelato*, in *MGL*, n. 2, 2020, p. 371 ss.; M. BIASI, *Tra fattispecie ed effetti: il "purposive approach" della Cassazione nel caso Foodora*, in *LDE*, n. 1, 2020; P. DE PETRIS, *Le tortuose prospettive di tutela del lavoro tramite piattaforma digitale*, in *MGL*, n. 4, 2020, p. 829 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, in *DRI*, n. 1, 2021, p. 111 ss.; C. DE MARCO, A. GARILLI, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in *DML*, n. 1, 2021, p. 1 ss.; A. RICCOBONO, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una «pedalata» verso la subordinazione*, in *RGL*, 2021, p. 241 ss.; P. IERVOLINO, *Così etero-organizzato da essere etero-diretto*, in *MGL*, n. 1, 2021, p. 113 ss.; V. ALLOCCA, *Il lavoro dei riders tra tutele legali e sindacali*, in *DML*, n. 2, 2021, p. 423 ss.; R. SANTUCCI, *Innovazioni e conservazioni su qualificazioni e tutele del lavoro tramite piattaforma*, in V. ANIBALLI, C. IANNOTTI DA ROCHA, R. NEI BARBOSA DE FREITAS FILHO, M. MOCELLA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'era digitale – O direito do trabalho na era digital – Atti del Convegno italo-brasiliano 26 e 27 maggio 2021, Napoli, 2021*, p. 34 ss.; C.M. CAMMALLERI, *To anthropomorphise machines is not the answer to the new scenario depicted by digital work's issues. Move towards a universal regulation of social and labour rights instead is, ivi*, p. 78 ss.; G. QUADRI, *Il lavoro tramite piattaforma digitale: dalla qualificazione alle tutele, ivi*, p. 135 ss.

palti *labour intensive*⁶). Condizioni e diritti essenziali che, tra l'altro, sono coperti da un "obbligo di informativa preventiva" da osservare ora in relazione a diversi contratti di lavoro e rapporti di lavoro, anche autonomi ed occasionali, come si evince dalla direttiva 1152/2019/UE, recepita nel nostro ordinamento con il recentissimo d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 (c.d. decreto trasparenza, entrato in vigore il 13 agosto 2022), e come è indicato anche nella proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma⁷.

Partendo da tale constatazione, la questione, allora, diventa quella di comprendere se in contesti aziendali informatizzati o tecnologicamente organizzati, ove i mezzi di produzione e di organizzazione del lavoro sono disposti in maniera da poter generare anche "scelte e decisioni automatizzate" che possono violare finanche il composito bagaglio di diritti fondamentali dei lavoratori⁸, ci siano cambiamenti – o quanto meno affermazioni di tendenze – sotto il profilo delle "tecniche di tutela" nell'ambito delle rela-

⁶Sulla disciplina degli appalti *labour intensive* in confronto con la disciplina della somministrazione di manodopera nella prospettiva di una riduzione di confini senza stravolgimento delle regole giuslavoristiche, si consenta il rinvio a L. LOREA, *Sulla distinzione tra appalto di manodopera c.d. labour intensive e somministrazione di lavoro: un confine che diventa più sottile nell'impresa tecnologicamente organizzata*, in ADL, n. 1, 2020, p. 222 ss.

⁷Sulla proposta di direttiva cfr., M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in LLI, n. 2, 2021, V. 7; A. ALAIMO, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, in DRI, n. 2, 2022, p. 639 ss.; V. FERRANTE, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT", n. 158/2022; G. BRONZINI, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'«umanesimo digitale»*, in LDE, n. 1, 2022, 4 aprile 2022; S. GIUBBONI, *La proposta di Direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, in Menabò di Etica ed Economia, n. 164, 2022, 16 gennaio 2022; P. TULLINI, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in LLI, n. 1, 2022, V. 8; A. DONINI, *Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme*, in LLI, n. 1, 2022, V. 8; M. BIASI, *Lavoro tramite piattaforma e presunzione relativa di subordinazione: ABC-Test californiano e proposta di Direttiva europea a confronto*, in LDE, n. 2, 2022.

⁸Sui rischi di decisioni viziate e discriminatorie di tali decisori algoritmici, P. DE PETRIS, *Le discriminazioni da algoritmo nella gig economy*, in ADL, 2020, p. 889 ss.; EAD., *La tutela contro le discriminazioni dei lavoratori tramite piattaforme digitali*, in dirittifondamentali.it, 2020; G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in LLI, n. 2, 2020, V. 6, p. 48 s.; M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, *ivi*, n. 1, 2021, V. 7, p. 57 ss.

zioni sindacali, utili a garantire il rispetto della normativa legale e negoziale per le diverse citate categorie di lavoratori subordinati od autonomi.

La dottrina ha già individuato nuove pratiche partecipative valorizzando le potenzialità di *internet* per lo svolgimento dell'attività sindacale con percorsi nuovi di formazione e di azione della volontà collettiva⁹, ed anche alcuni strumenti giuridici, quale l'azione di classe risarcitoria e l'azione inibitoria collettiva¹⁰, che vedono, però, da un lato, il sindacato impegnato alla tutela di una "collettività di lavoratori" nei confronti di fatti realizzati dall'azienda; dall'altro lato, presentano "pregi e difetti" visti i limiti oggettivi e soggettivi che li rendono (*uno*), non sempre utilizzabili¹¹; (*due*), attivabili – come si diceva – per tutelare diritti ed interessi di "gruppi di lavoratori" e non anche del "solo" lavoratore in sé considerato¹²; e (*tre*), non sono graditi da tutte le OO.SS. in quanto, come rilevato in dottrina¹³, solo la CGIL ha dimostrato disponibilità a sfruttare gli strumenti processuali.

⁹ M. MARAZZA, *Social, Relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva*, in RIDL, 2019, p. 58 ss.

¹⁰ O. RAZZOLINI, *Azione di classe risarcitoria e azione collettiva inibitoria: novità anche per il diritto del lavoro?*, in ADL, n. 1, 2019, p. 81 ss.; E. RAIMONDI, *Interesse collettivo, diritti individuali omogenei e la nuova azione di classe*, in O. RAZZOLINI, S. VARVA, M. VITALETTI (a cura di), *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, in *Giustizia Civile.com*, 2020, p. 57 ss.; G. GAUDIO, *Algorithmic management, sindacato e tutela giurisdizionale*, in DRI, n. 1, 2022, specie p. 53 ss.

¹¹ Per l'azione di classe, sotto il profilo soggettivo, è previsto che i legittimati attivi possono essere: 1 – «un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei predetti diritti»; 2 – «ciascun componente della classe», titolare di «diritti individuali omogenei». Sotto il profilo oggettivo, possono proporre l'azione di classe «esclusivamente le organizzazioni e le associazioni iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia» (art. 840-*bis* c.p.c.). Quanto all'azione inibitoria collettiva, i soggetti legittimati attivi sono: 1 – «Chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti»; 2 – «Le organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta di cui al primo periodo»...«qualora iscritte nell'elenco di cui all'articolo 840 bis, secondo comma», ovvero in «un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia» (art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.).

¹² L'azione di classe, come visto in nt. precedente, è attivabile per tutelare "diritti individuali omogenei" dei "componenti della classe". Con l'azione inibitoria collettiva si tutelano gli "interessi di gruppi di individui o enti".

¹³ Sottolinea tale resistenza a sfruttare gli strumenti processuali da parte di Cisl e Uil, G. GAUDIO, *Algorithmic management, sindacato e tutela giurisdizionale*, cit., 67, nt. 159. Inoltre, in nt. 158, rileva come i limiti previsti dalle diverse disposizioni prima citate in nt. 11

2. Una diversa soluzione volta, invece, alla tutela del “singolo” lavoratore, vittima di abusi, oppure di violazione di propri diritti, sembra però affacciarsi per le OO.SS.

Già nel Protocollo sperimentale di contrasto al caporalato ed allo sfruttamento lavorativo del 2021 applicabile al settore del *food delivery* si è attribuito direttamente al sindacato il ruolo di «raccolgere...ogni utile notizia ovvero *segnalazione di condotte anomale* o comunque potenzialmente illegali in ordine al ricorso a forme illecite di intermediazione di manodopera, sfruttamento e caporalato» che, garantendo l'anonimato del soggetto segnalante, viene trasmessa ad un Organismo di Garanzia e da qui alla Procura della Repubblica.

Già allora ho manifestato favore per tale nuovo meccanismo di tutela in quanto, sulla falsariga del *whistleblowing*, sistema di segnalazione di illeciti introdotto nel nostro ordinamento nel 2013 per il settore pubblico ed esteso con la legge n. 179/2017 anche al settore privato¹⁴, si individua anche il sindacato quale soggetto incaricato a ricevere “segnalazioni” offrendo al singolo lavoratore uno strumento di autotutela sul posto di lavoro tramite il ruolo attivo delle parti sindacali che prescinde dalla “qualificazione giuridica del rapporto di lavoro” (perché è valevole nei confronti di tutti i lavoratori che operano nel settore del *food delivery*, subordinati od autonomi che sia) e da una concreta rappresentatività sindacale dell'apposita categoria¹⁵.

limitino anche la CGIL all'utilizzo degli strumenti processuali in quanto anch'essa è tenuta a rinnovarsi aggiornando il proprio Statuto visto che «non menziona espressamente il processo come possibile mezzo per perseguire le proprie finalità»; nonché a «considerare la possibilità di iscriversi nei pubblici registri ove ciò sia necessario per accedere ad alcuni strumenti processuali come l'azione di classe risarcitoria e l'azione inibitoria collettiva».

¹⁴Per una disamina generale, cfr. M.T. CARINCI, *Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona.IT”, n. 106/2014; V. FERRANTE, *Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing*, in LABOR, n. 2, 2018, pp. 145-172; M. MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del Whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017, n. 179*, in ADL, n. 1, 2018, p. 61 ss.; A. BOSCATI, *La disciplina del whistleblowing nel settore privato nella prospettiva dell'attuazione della direttiva comunitaria*, in ADL, n. 5, 2020, p. 1056 ss. Sulla *Whistleblowing Directive*, cfr., per un maggiore approfondimento, il lavoro monografico di P. PIZZUTI, *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 69. In argomento, M. VITALETTI, *La direttiva europea in materia di whistleblowing. Effetti e ricadute sulla tutela della “persona” nel diritto del lavoro*, in MGL, n. 2, 2020, p. 447 ss.

¹⁵Avevo già espresso apprezzamento per tale Protocollo osservando che tale modalità di coinvolgimento del sindacato quale soggetto a cui rivolgere segnalazioni poteva ben essere esteso a tutti i settori ed a tutte le piattaforme in quanto si sta consentendo a tutti i

Ma non solo. Con tale Protocollo, le Parti (sindacati comparativamente più rappresentativi – Cgil, Cisl, Uil – e società aderenti ad AssoDelivery) si impegnano a promuovere anche l'applicazione dei principi di non discriminazione, di tutela della libertà e della dignità dei lavoratori ... ed «il rispetto degli obblighi ad essi collegati ... da parte di tutti i soggetti che operano nel sistema del *food delivery* in Italia».

Si riconosce, quindi, la necessità di estendere “gli obblighi” – ovvero, nella prospettiva del lavoratore, di riconoscere “i diritti” – connessi a tali principi fondamentali a tutti i soggetti che lavorano nel settore, compresi i *riders* autonomi di cui agli artt. 47-*bis* ss. del d.lgs. n. 81/2015: ciò allarga l'ambito di protezione dei lavoratori anche per le violazioni di tali diritti senza che si concretizzi necessariamente il “reato di sfruttamento lavorativo”, secondo i suoi elementi essenziali indicati ai novellati commi 1 e 2 dell'art. 603-*bis* c.p.¹⁶.

In altre parole, agendo anche per il rispetto dei diritti connessi a tali principi fondamentali, si consente al lavoratore, od anche a gruppi di lavo-

lavoratori di segnalare anomalie, irregolarità e persino illeciti di natura penale riconducibili anche allo sfruttamento lavorativo le cui “condizioni”, indicate al comma 3 dell'art. 603-*bis* c.p., sono inquadrabili nelle “violazioni” di diritti fondamentali contrarie alla dignità umana di cui sono titolari tutti i lavoratori. L. LOREA, I “valori” del diritto del lavoro nell'impresa digitale: dal settore del food delivery indicazioni forti per il futuro, in V. ANIBALLI, C. IANNOTTI DA ROCHA, R. NEI BARBOSA DE FREITAS FILHO, M. MOCELLA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'era digitale – O direito do trabalho na era digital*, cit., p. 117. Sulla vicenda *Uber Italy*, cfr. R. DI MEO, I diritti sindacali nell'era del caporalato digitale, in *LLI*, n. 2, 2019, p. 65 ss.; A. ESPOSITO, *Riders* di Uber Italy Srl, in *RIDL*, 2020, II, p. 558 ss.; S.M. CORSO, I *riders* e il c.d. caporalato (a margine della vicenda Uber Italia), in *VTDL*, 2021, p. 411 ss.; W. CHIAROMONTE, *Rider senza tutela. Sfruttamento su due ruote, Nigrizia*, febbraio 2021, p. 2; C. INVERSI, *Caporalato digitale: il caso Uber Italy Srl*, in *LD*, n. 2, 2021, p. 335 ss.

¹⁶ Sulla nuova disciplina dello sfruttamento lavorativo, M. MISCIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, in *LD*, n. 2, 2017, p. 113; V. TORRE, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *DLRI*, n. 2, 2018, p. 289; R. DI MEO, *Gli indici di sfruttamento lavorativo nell'art. 603-bis c.p.: una lettura lavoristica*, in *VTDL*, n. 1, 2019, specie p. 272; A. ANDRONIO, *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *DLM*, n. 3, 2019, p. 452; L. LOREA, *Sulla nozione di “sfruttamento del lavoro”: cosa è cambiato*, in *DRI*, n. 4, 2020, p. 1083 ss., anche per ulteriori riferimenti. Più di recente, D. GAROFALO, *Lo sfruttamento del lavoro tra prevenzione e repressione nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, in *ADL*, n. 6, 2020, p. 1 ss.; L. CALAFÀ, *Per un approccio multidimensionale allo sfruttamento lavorativo*, in *LD*, n. 2, 2021, p. 193 ss., M. BORZAGA, *Politiche di contrasto allo sfruttamento del lavoro: OIL e UE tra sanzioni e prevenzione*, *ivi*, p. 215 ss.; M. D'ONGHIA, S. LAFORGIA, *Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica*, *ivi*, p. 233 ss.; F. BANO, *Quando lo sfruttamento è smart*, *ivi*, p. 303 ss.

ratori, di ottenere tramite il sistema di segnalazione al sindacato una forma di tutela – pure per via stragiudiziale – per violazioni delle norme sull’orario di lavoro, sui congedi obbligatori, sui divieti di discriminazioni retributive e contributive¹⁷, sul potere di controllo del datore, ecc., essendo questi i diritti “collegati” ai principi fondamentali prima citati.

3. L’azione del sindacato a tutela del singolo lavoratore è indicata anche nel recentissimo d.lgs. n. 104/2022 (recante attuazione della direttiva UE 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione europea») che, all’art. 13 – inerente alla protezione del lavoratore da comportamenti ritorsivi o sfavorevoli in conseguenza di «reclamo» al datore di lavoro, o di attivazione di «procedimento, anche non giudiziario», promossi per garantire il rispetto dei diritti previsti da tale decreto e dal d.lgs. n. 152/1997 –, prevede che tali “misure di tutela” possano essere promosse direttamente dal lavoratore od anche dal sindacato i quali, in caso di trattamenti ritorsivi, possono anche denunciare l’atto all’INL per l’applicazione delle sanzioni ivi previste.

Si riprendono qui “tecniche di tutela sindacale” disciplinati da diversi CCNL¹⁸, quale anche il “reclamo scritto” al datore di lavoro per il rispetto di qualunque diritto previsto in tali decreti legislativi: sia quello preventivo “di informazione”, sia anche quello successivo di eventuali modifiche o cambiamenti alle condizioni di lavoro. Tecniche avallate pure dalla possibilità della “denuncia” di eventuali comportamenti ritorsivi o sfavorevoli del datore in reazione a tali atti di vertenza all’INL per l’applicazione sia della sanzione amministrativa che di «ogni conseguenza prevista dalla leg-

¹⁷ Si pensi alla disciplina in materia di discriminazioni che dispone l’applicazione di una sanzione penale per alcuni casi gravi di discriminazione di genere (cfr. artt. 590, 609-*bis* e 612-*bis* c.p.) e sanzioni di natura amministrativa per altri casi quali le discriminazioni in materia di retribuzione, oppure per discriminazioni in materia di mansioni, qualifica e progressione nella carriera ed ancora per discriminazioni in materia di prestazioni previdenziali (art. 41, comma 2, d.lgs. n. 198/2006; art. 1, commi 1 e 5, lett. a), d.lgs. n. 8/2016). Inoltre, si consideri, per esempio, la disciplina in materia di lavoro sommerso che, oltre alle sanzioni amministrative per ciascun lavoratore irregolare, prevede anche, per il lavoratore “in nero” trovato in forza al momento dell’ispezione, la regolarizzazione di tutto il periodo “in nero” con versamento dei contributi e la sottoscrizione di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, anche *part-time*, o a tempo determinato *full-time*.

¹⁸ Sul “reclamo scritto”, quale tecnica di tutela, cfr. CCNL metalmeccanici 2021, titolo settimo – Rapporti in azienda, art. 7; CCNL telecomunicazioni 2020, art. 7; CCNL elettrici – Capitolo 1 – Principi e Norme Generali, art. 5.

ge derivante dall'invalidità dell'atto» e facendo salva la configurazione del fatto come reato.

Si tratta, a ben vedere, di possibilità (reclamo e denuncia) di rilevante importanza basate non su differenti regole o confini tra le fattispecie, bensì su una diversa "attenzione nei luoghi di lavoro" con la partecipazione attiva del sindacato chiamato a svolgere un ruolo di "garante" della corretta osservanza dei diritti e delle regole giuslavoristiche senza che possano farsi valere considerazioni in merito all'automatismo della scelta o della decisione come elemento in grado di escludere il carattere illegittimo/illecito della decisione o dell'atto di gestione del rapporto di lavoro.

Esse, per di più, garantirebbero la posizione del lavoratore nella dimensione sia individuale che di gruppo.

Innanzitutto, infatti, questi strumenti possono essere attivati sia dai lavoratori – autonomi o subordinati – iscritti al sindacato, sia dai lavoratori non iscritti, mediante il conferimento di mandato, quali possono essere i *riders* autonomi di cui agli artt. 47-*bis* ss. del d.lgs. n. 81/2015, come anche i lavoratori "a nero" o parzialmente irregolari, ed ancora i "tirocinanti" visto l'espresso richiamo al d.lgs. n. 152/1997 che considera anche questa tipologia di "relazione lavorativa"¹⁹.

Inoltre, anche in questo caso, non sembra preclusa la possibilità che il "reclamo" possa essere utilizzato da un gruppo di lavoratori dal momento che, sebbene il d.lgs. n. 104/2022 indichi il "singolo lavoratore" quale sog-

¹⁹ Sul regime sanzionatorio, è bene osservare che la previsione dell'intervento dell'INL che faccia valere anche le conseguenze amministrative e quelle previste dalla legge per l'invalidità dell'atto di ritorsione, attribuisce a tali strumenti una "forza preventiva" la cui portata, estesa a tutte le fattispecie indicate in tale decreto tra cui quelle di cui al citato d.lgs. n. 152/1997 (anch'esso modificato dal d.lgs. n. 104/2022), è particolarmente significativa perché ad esse va considerata anche un'ulteriore misura di tutela attivabile dall'INL. L'art. 13, comma 2, del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, prevede che «In caso di constatata inosservanza delle norme di legge o del contratto collettivo in materia di lavoro e legislazione sociale e qualora il personale ispettivo rilevi inadempimenti dai quali derivino sanzioni amministrative», questi possa "diffidare ad adempiere". Con tale intervento si chiede al datore di lavoro ed all'eventuale obbligato in solido la regolarizzazione delle inosservanze comunque materialmente sanabili entro il termine di trenta giorni dalla data di notificazione del verbale di accertamento e notificazione, la cui ottemperanza concede al trasgressore il «pagamento di una somma pari all'importo della sanzione nella misura del minimo previsto dalla legge ovvero nella misura pari ad un quarto della sanzione stabilita in misura fissa, entro il termine di quindici giorni dalla scadenza» del suddetto termine di trenta giorni. «Il pagamento dell'importo della predetta somma estingue il procedimento sanzionatorio limitatamente alle inosservanze oggetto di diffida e a condizione dell'effettiva ottemperanza alla diffida stessa» (comma 3).

getto titolare del diritto a tali informazioni, esso considera anche le informazioni dovute dal datore di lavoro o committente (pubblico e privato) al lavoratore dell'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati designati a fornire indicazioni varie (tra cui quelle rilevanti ai fini dell'assegnazione di compiti o mansioni, nonché incidenti sulla valutazione e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali²⁰) che possono generare, come è noto, impatti negativi od anche discriminatori nei confronti di gruppi di lavoratori²¹.

Anche la citata Proposta di direttiva sulle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali considera il ruolo dei sindacati e dell'autorità amministrativa nel fare rispettare i diritti dei lavoratori – questa volta durante lo svolgimento del rapporto di lavoro – sia come singola persona, che nei confronti di più persone, ed in questa direzione dispone la creazione di canali di comunicazione con i rappresentanti dei lavoratori al fine di conoscersi e comunicare tra loro, ed anche al fine di difendere i propri interessi, nonostante la mancanza di un luogo di lavoro comune (cfr. Relazione su artt. 14 e 15).

4. Un ultimo intervento normativo che va considerato è quello del “Testo Unificato come testo base”, su cui si stanno operando emendamenti, avente ad oggetto “Disposizioni per la prevenzione e il contrasto delle molestie morali e delle violenze psicologiche in ambito lavorativo”, rilevante ai nostri fini vista l'ampia definizione di *mobbing* di cui all'art. 2.

Essa comprende, tra le altre cose, anche il ridimensionamento del ruolo, di compiti e di responsabilità non provate da ragioni organizzative (al quale, per esempio, può essere equiparato l'eventuale sospensione o limitazione degli *account*), oppure il rifiuto di permessi, ferie o trasferimenti senza comprovate ragioni connesse all'organizzazione o alla produttività del lavoro. Ed anche qui, all'art. 3, si prevede la possibilità che tali atti e comportamenti vengano “segnalati” da singoli lavoratori o gruppi di lavoratori, ovvero dalle rappresentanze sindacali aziendali o dal rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, nonché dal medico competente al datore di lavoro; ed all'art. 4, si prevede l'istituzione di “commissioni interne” costituite da dirigenti, lavoratori e rappresentanti dei lavoratori atte a prevenire e risolvere controversie con l'applicazione di sanzioni disciplinari.

²⁰ In proposito, v. i chiarimenti indicati nella Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 20 settembre 2022, n. 19, specie punti 1.3 e 3.

²¹ Su tali impatti negati e discriminatori, cfr. gli Autori citati in nt. 8.

Si passa, quindi, da un protocollo sperimentale, che già risultava innovativo in tale senso, ad interventi normativi che, pensando alla persona del lavoratore inserita anche nell'impresa tecnologicamente avanzata, soggetta ai suoi nuovi ritmi ed ai sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, profila un'ampia tutela della sua posizione attivabile pure tramite il sindacato.

Una tutela, infatti, che investe non solo le modalità di attuazione del rapporto di lavoro, come anche atti persecutori e sfavorevoli nei luoghi di lavoro, ma pure le condizioni ambientali, incluse le attività di sorveglianza, di controllo e di utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, configurandosi pertanto come tutela della libertà, della *privacy*, della sicurezza e della dignità del lavoratore subordinato od autonomo – iscritto e non iscritto al sindacato.

In conclusione, seguendo tale impostazione ricostruttiva si garantisce al lavoratore un'alternativa valida agli “strumenti di tutela giurisdizionale” attivabile in diverse circostanze: nel lavoro agile per eventuali violazioni del diritto alla disconnessione od anche per non corretto esercizio del potere di controllo; come anche nelle piattaforme per effetti negativi derivanti da scelte/decisioni automatizzate; ed, in generale, in diversi settori, anche in caso di appalto *labour intensive*, qualora la prestazione sia condizionata dal funzionamento delle “macchine”. Infatti, ogni interferenza dannosa per i diritti dei lavoratori si pone come fonte di responsabilità del datore di lavoro/piattaforma o committente che può essere direttamente denunciata in azienda con l'intervento del sindacato, anche per via non giudiziale, oppure presso l'INL. La denuncia praticata direttamente dal sindacato a favore del singolo lavoratore, o di gruppi di lavoratori, superando molti dei limiti oggettivi e soggettivi esistenti per l'attivazione delle tutele giurisdizionali, rende la tutela anche più celere – vista la lentezza del nostro sistema giudiziario – e meno onerosa per i lavoratori.

LA PRIVACY DEL LAVORATORE ALLA PROVA DEL COVID-19

Mario Cerbone *

1. Premessa

Vorrei soffermarmi su alcuni profili problematici del diritto dei lavoratori alla protezione dei dati personali, tentando di coltivare la tesi che respinge, sul piano interpretativo, la concezione di una progressiva erosione (se non addirittura di uno svuotamento) del contenuto effettivo del diritto medesimo¹.

Ho individuato quale ambito di riferimento della riflessione la fase emergenziale vissuta negli ultimi anni in ragione della diffusione dell'agente virale *Sars-CoV-2*. Beninteso, non c'è alcuna pretesa di esaustività dell'inda-

* Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi del Sannio.

¹ Il principale fattore di rischio di affievolimento del diritto alla protezione dei dati personali è quello derivante da aspetti legati alle innovazioni tecnologiche e all'impatto di esse nella vita quotidiana e nei luoghi di lavoro. Le Relazioni annuali del Garante per la protezione dei dati personali colgono la rilevanza dell'intreccio fra aspetti giuridici e tecnologici: si pensi, ad esempio, ai provvedimenti adottati dall'Autorità di garanzia in materia di *data breach* oppure al caso delle reti sociali che raccolgono milioni di utenti esposti al possibile utilizzo illecito dei dati (numeri di telefono, contatti, ma anche immagini idonee ad agevolare furti di identità) provenienti dalle violazioni (così Relazione annuale del Garante per la protezione dei dati personali 2021, p. 7 ss.). L'Autorità di garanzia avverte, inoltre, sui rischi legati all'accentramento progressivo, in capo alle piattaforme digitali, di «un potere che non è più soltanto economico ma che è sempre più performativo, sociale e persino decisionale» e, in conseguenza, sulla necessità di adottare una «strategia difensiva rispetto al pervasivo «pedinamento digitale»». Nell'affrontare le sfide poste alla società dalla pandemia, il Garante ha assunto, quale obiettivo prioritario, la tutela della persona rispetto alle nuove vulnerabilità ingenerate dall'attuale contesto, segnato, per un verso, dalla prevalenza di esigenze pubblicistiche e, per altro verso, dall'accelerazione esponenziale del processo di transizione digitale (v. Relazione del Presidente 2020, su *Tecnica, protezione dei dati e nuove vulnerabilità*, 2021, p. 23 ss.).

gine, purtuttavia mi pare che l'area tematica selezionata si presti bene a descrivere la risposta ordinamentale delle tecniche giuridiche di protezione disponibili, in chiave di effettività delle tutele², alle numerose e insidiose sollecitazioni ricevute dalla *privacy*³.

Quali sono le ricadute generate dal sistema di prevenzione sanitaria e di salvaguardia della salute dei cittadini, messo in piedi dal legislatore negli ultimi anni? L'arretramento del diritto alla *privacy*, riscontrato nell'esperienza applicativa delle misure per fronteggiare la pandemia, è (soltanto) l'esito di un contemperamento tra diritti condotto in un momento storico emergenziale o costituisce, piuttosto, la premessa di un processo più ampio di affievolimento del diritto medesimo?

In questo scenario, la valutazione in ordine alla condizione di 'buona salute' del diritto alla protezione dei dati personali dei lavoratori scaturirà (anche), come è ovvio, da una considerazione delle potenzialità intrusive delle tecnologie digitali *nell'applicazione*, di volta in volta, prescelta dal legislatore.

2. *La privacy al servizio del pubblico interesse: la discutibile vicenda normativa del c.d. decreto capienze (d.l. n. 139/2021, conv. legge n. 205/2021)*

Per perseguire la finalità di prevenzione sanitaria, il legislatore si è mosso nella direzione di una rimodulazione del quadro d'insieme in tema di trattamento dei dati personali.

La ricostruzione della vicenda normativa della disposizione di cui all'art. 9, d.l. n. 139/2021, conv. legge n. 205/2021, recante «Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali», esprime adeguatamente i termini dell'intervento.

Nell'alveo di una successione di norme emergenziali sulla vaccinazione

²Sui parametri di riferimento per la protezione dei dati personali, nel diritto interno e in quello europeo, v., da ultimo, R. SANTUCCI, *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021, sp. p. 53.

³In linea generale, sull'impatto della pandemia sul diritto del lavoro, cfr. D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nell'emergenza epidemiologica*, Adapt Labour Studies, e-book Series n. 89, 2020, voll. I, II, III, IV, V: cfr., in particolare, V. FILÌ (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro* (vol. I).

obbligatoria e sull'esibizione della certificazione verde Covid-19 nei luoghi di lavoro, il d.l. n. 139/2021, nel testo originario dell'art. 9, comma 1, lett. a), stabiliva che il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica è *sempre consentito* se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel *pubblico interesse* o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti. La finalità del trattamento, se non espressamente prevista da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, è indicata dall'amministrazione in coerenza al compito svolto o al potere esercitato, assicurando adeguata pubblicità all'identità del titolare del trattamento, alle finalità del trattamento e fornendo ogni altra informazione necessaria ad assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo ai soggetti interessati e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano.

La disposizione, in sostanza, proponeva un'espansione del potere pubblico potenzialmente illimitata perché agganciata ad una formulazione normativa con la quale la pubblica amministrazione è legittimata ad indicare, di volta in volta, la finalità del trattamento sì da auto-attribuirsi la potestà di derogare a norme imperative («il trattamento dei dati personali ... è sempre consentito»).

In sede di conversione, tuttavia, il legislatore è intervenuto proprio sull'art. 9 riformulando la disposizione, che risulta sostituita integralmente da una nuova, che attenua (o almeno tenta di attenuare) i tratti più problematici del testo originario del decreto. E pertanto, si legge nella nuova formulazione della norma, il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica è *anche consentito* se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri ad esse attribuiti. In modo da assicurare che tale esercizio non possa arrecare un pregiudizio effettivo e concreto alla tutela dei diritti e delle libertà degli interessati, viene stabilito il necessario rispetto dell'art. 6 del Regolamento Generale sulla protezione di dati (Regolamento UE 2016/679).

Restano le perplessità di un intervento normativo "forzato", che si muove a metà strada tra esigenze di semplificazione e velocizzazione dell'azione amministrativa (soprattutto in chiave di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) e rispetto dei principi fondamentali in materia di *privacy*.

3. *La privacy del lavoratore nel diritto dell'emergenza Covid-19: eccezionalità e temporaneità della compressione dei diritti dei lavoratori*

Sulla base di queste premesse, espressione di un quadro normativo articolato e non sempre razionalizzato, l'interprete ha potuto cogliere *prima facie* una sostanziale svalutazione delle esigenze di protezione della sfera personale dei lavoratori (e dei cittadini, in generale), a motivo della pressante esigenza delle istituzioni pubbliche sanitarie e di governo di contrastare l'aggravamento della situazione epidemiologica e ridurre i rischi per la salute pubblica.

A partire dal d.l. 1° aprile 2021, n. 44, recante «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in materia di vaccinazioni anti *Sars-CoV-2*, di giustizia e di concorsi pubblici», tutti i provvedimenti normativi adottati nella fase pandemica si sono fondati sulla premessa della *straordinaria necessità e urgenza* di integrare il quadro delle misure di contenimento alla diffusione del *virus*, in rapporto all'evolversi della condizione epidemiologica e del carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia.

L'interazione necessaria tra acquisizioni medico-scientifiche sul *Coronavirus* (dato medico-sanitario) e misure normative di contrasto (dato giuridico) ha consentito, in altri termini, di orientare il bilanciamento dei diritti della persona in una prospettiva del tutto eccezionale, giustificando compressioni, sia pure temporanee, di taluni diritti in potenziale conflitto con quello alla salute. Per la prospettiva giuslavoristica, lo sbocco ultimo, e sicuramente più problematico, di siffatta impostazione normativa si è avuto con l'introduzione del meccanismo sanzionatorio (adottato dal richiamato d.l. n. 44/2021) della sospensione dal servizio dei lavoratori (rientranti nelle categorie previamente individuate dal legislatore, in ragione di fattori di rischio di esposizione al contagio ritenuti più elevati) renitenti all'obbligo di vaccinazione anti-Covid⁴. Si tratta della inserzione *ex lege* nella dinamica di esecuzione del contratto di lavoro di una "sanzione" rivolta a colpire la condotta del prestatore di lavoro non già alla stregua del parametro negoziale dell'utilità/convenienza per la controparte datoriale, ma nei limiti strettamente necessari ad impedire una sua ricaduta compromissoria

⁴Lo schema normativo preso a riferimento dal legislatore è quello fissato per le professioni sanitarie dall'art. 4, d.l. n. 44/2021, conv. legge n. 76/2021: esso prevede che l'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale determina l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie ed abbia natura dichiarativa e non disciplinare.

rispetto all'istanza di prevenzione sanitaria, individuata dal legislatore. Con ciò il legislatore ha sganciato, in altre parole, la misura della sospensione dal servizio da profili solutori legati all'adempimento/inadempimento contrattuale del prestatore di lavoro, in ragione dell'assorbente legame con l'istanza di salute pubblica.

4. (Segue): esercizio vincolato del potere datoriale: il caso del controllo del c.d. green pass

Specularmente, lo spettro dei poteri datoriali (tanto del datore di lavoro pubblico quanto di quello privato) è risultato anch'esso fortemente condizionato. Si è stabilito un esercizio *vincolato* dei poteri datoriali, in quanto svolto in funzione del perseguimento di interessi che non esauriscono la propria portata all'interno della relazione contrattuale di lavoro tra le parti, ma che mostrano un'evidente proiezione all'esterno del contratto di lavoro, a protezione della dimensione collettiva del diritto alla salute, sul fondamento costituzionale di cui all'art. 32 Cost. Sicché al datore di lavoro il legislatore ha imposto specifiche prescrizioni il cui adempimento è stato ritenuto *ex ante*, con valutazione del legislatore medesimo, in rapporto di stretta strumentalità con il soddisfacimento dell'istanza di prevenzione sanitaria. In queste prescrizioni tipizzate dal legislatore, in controluce è venuta in risalto la potenzialità invasiva/lesiva degli strumenti tecnologici rispetto alla sfera riservata dei lavoratori.

È logico ritenere che siffatto quadro normativo abbia potuto concorrere ad un ridimensionamento della *privacy* e della sua concreta capacità di assergere a diritto fondamentale della persona.

Al riguardo, il momento di maggiore tensione normativa si è avuto con la previsione di cui al d.l. 21 settembre 2021, n. 127, conv. legge 19 novembre 2021, n. 165, dove all'art. 1, comma 5, ultimo periodo, il legislatore ha previsto la facoltà per i lavoratori di richiedere di consegnare al datore di lavoro copia della propria certificazione verde Covid-19, assicurandosi in tal guisa l'esonero rispetto al controllo datoriale⁵.

⁵ Il d.l. 24 marzo 2022, n. 24, conv. legge 19 maggio 2022, n. 52, recante «Disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza, e altre disposizioni in materia sanitaria» ha disciplinato il graduale superamento dell'obbligo di esibizione del c.d. *green pass* nei luoghi di lavoro (cfr. art. 6).

Dietro la finalità di semplificare gli adempimenti datoriali in ordine al controllo del possesso del c.d. *green pass*⁶, vi è una concezione di sostanziale svilimento della sfera riservata del lavoratore rispetto alla finalità di prevenzione sanitaria.

La matrice del *green pass* può derivare infatti, come noto, da tre situazioni personali del prestatore: vaccinazione, sottoposizione a tampone, contrazione della malattia e conseguente guarigione. Le prime due sono situazioni ascrivibili ad una scelta del soggetto, la terza è invece sottratta alla sua discrezionalità.

Nel momento in cui la verifica sulla condizione del soggetto (preordinata all'accertamento della sua potenziale pericolosità per la diffusione dell'agente virale *Sars Cov-2*), non è più sottoposta ad un controllo dinamico, condotto di volta in volta al momento dell'accesso del lavoratore al luogo dove svolge la sua prestazione⁷, ma è piuttosto agganciata staticamente al termine di validità generale del *green pass*, si arriva a mettere in discussione proprio la facoltà di scelta e di auto-determinazione del lavoratore. La consegna al datore di lavoro del proprio *green pass* è presumibile che venga scelta quale opzione soltanto da parte di coloro che hanno ottenuto la certificazione per effetto della vaccinazione. Questi lavoratori possono confidare infatti nel più ampio lasso temporale di copertura, assicurata dalla

⁶Ricordiamo che, in via ordinaria, il meccanismo di controllo del c.d. *green pass* si svolge per il tramite dell'*App* di verifica (Verifica C-19), modalità che ha consentito di rispettare i limiti di non intrusione nella riservatezza dei dati personali, come segnalato anche in giurisprudenza (al riguardo, v. Consiglio di Stato, sez. III, 17 settembre 2021, n. 5130). Per il lavoratore è infatti sufficiente mostrare al personale addetto alla verifica della validità e autenticità delle certificazioni il *QR Code* della certificazione medesima (anche per il formato cartaceo, la riservatezza delle informazioni personali è facilmente assicurata). Il *QR Code* non rivela l'evento sanitario che ha generato la certificazione verde. Le uniche informazioni personali visualizzabili dall'operatore saranno quelle necessarie per assicurarsi che l'identità della persona corrisponda con quella dell'intestatario della certificazione. La verifica non prevede inoltre la memorizzazione di alcuna informazione riguardante il lavoratore sul dispositivo del verificatore.

⁷«La dinamicità e potenziale variabilità della condizione sanitaria del soggetto è, dunque, difficilmente “cristallizzabile” in una presunzione di validità della certificazione, insensibile a ogni eventuale circostanza sopravvenuta ed esige, di contro, un costante aggiornamento con corrispondenti verifiche»: così il Garante per la protezione dei dati personali, *Segnalazione al Parlamento e al Governo sul Disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 127 del 2021 (AS 2394), in relazione alla possibilità di consegna, da parte dei lavoratori dei settori pubblico e privato, di copia della certificazione verde, al datore di lavoro, con la conseguente esenzione, dai controlli, per tutta la durata della validità del certificato*, 11 novembre 2021, doc. web n. 9717878, in www.garanteprivacy.it.

vaccinazione. E non v'è dubbio che, in questa maniera, essi vengano posti in una condizione differente rispetto a coloro che scelgono di non vaccinarsi. Il rischio è quello di una naturale, ma non ammissibile, discriminazione dei lavoratori in ragione della scelta di ognuno che sarà rivelata proprio dalla differente durata e validità del *green pass*.

Non si trascuri inoltre che l'affidamento di siffatta scelta all'autonomia individuale del lavoratore ripropone il tema del possibile condizionamento ad opera del contraente "forte" (il datore di lavoro), al quale si finirebbe per consegnare, sia pure indirettamente, il potere di imposizione della scelta vaccinale. La penetrazione datoriale nell'area riservata all'auto-determinazione in ambito sanitario del singolo prestatore di lavoro, giustificata in apparenza dal ricorrere di esigenze di razionalizzazione e semplificazione dei controlli, in altre parole consegnerebbe alla "contrattazione" fra le parti un dato personale del lavoratore che andrebbe invece impermeabilizzato e protetto. Per converso, il lavoratore avvertirà il peso, anche psicologico, di un'incursione datoriale nella propria sfera di auto-determinazione, con un indubbio abbassamento della soglia di garanzia rispetto a diritti derivanti da norme inderogabili *ex art. 2113 c.c.*

Non a caso, perplessità sull'intervento normativo (segnatamente su questo specifico punto), con riguardo alla tutela della riservatezza dei lavoratori, sono state espresse dall'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, secondo la quale la prevista ostensione (e consegna) del certificato verde a un soggetto, quale il datore di lavoro, al quale dovrebbe essere preclusa la conoscenza di condizioni soggettive peculiari dei lavoratori (come la situazione clinica e le convinzioni personali), pare infatti poco compatibile con le garanzie sancite sia dalla disciplina di protezione dati, sia dalla normativa giuslavoristica (art. 88, Regolamento UE 2016/679; art. 113, d.lgs. n. 196/2003; art. 5 e art. 8, legge n. 300/1970; art. 10, d.lgs. n. 276/2003)⁸.

5. (Segue): la verifica dell'adempimento dell'obbligo di vaccinazione

Per restare nell'alveo dei trattamenti di dati dei lavoratori, imposti per l'attuazione di misure precauzionali e prevenzionistiche rispetto al conta-

⁸V. Memoria del Presidente del Garante del 7 dicembre 2021 su AS 2463 – Conversione in legge del d.l. 26 novembre 2021, n. 172, doc. web n. 9725434; cfr., inoltre, Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 13 dicembre 2021, doc. web n. 9727220, entrambi in www.garanteprivacy.it.

gio, occorre richiamare la distinta ipotesi del controllo dell'adempimento in ordine alla vaccinazione anti-Covid-19, la cui obbligatorietà è stata mantenuta fino al 1° novembre 2022 per i soli lavoratori che operano nell'ambito sanitario (art. 4, d.l. n. 44/2021, conv. legge n. 76/2021, come modificato dal recentissimo d.l. 31 ottobre, n. 162).

In questo caso, la scelta legislativa di imposizione della vaccinazione (si tratta di regime giuridico differente rispetto all'applicazione del c.d. *green pass* che si rivolge invece a lavoratori non rientranti nelle categorie obbligate alla vaccinazione) incide altresì sulle modalità del controllo⁹.

Rivedendo la sua scelta originaria (cfr. il testo originario del d.l. n. 44/2021), il legislatore ha sottratto il controllo al datore di lavoro per affidarlo agli Ordini professionali degli esercenti le professioni sanitarie, per il tramite delle rispettive Federazioni nazionali, che a tal fine operano in qualità di responsabili del trattamento dei dati personali (art. 4, comma 3, d.l. n. 44/2021). Gli Ordini si avvalgono della Piattaforma nazionale *Digital green certificate* (Piattaforma nazionale-DGC) ed eseguono immediatamente la *verifica automatizzata* del possesso delle certificazioni verdi Covid-19 comprovanti lo stato di avvenuta vaccinazione anti *SARS-CoV-2*, secondo le modalità definite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 9, comma 10, d.l. 22 aprile 2021, n. 52, conv. legge 17 giugno 2021, n. 87¹⁰.

La traslazione degli oneri del controllo sull'adempimento vaccinale, dal datore di lavoro agli Ordini professionali, non sposta i termini della questione interpretativa che si è aperta in dottrina in merito alla possibilità per

⁹La letteratura giuridica in materia è ampia: cfr., da ultimo, per i profili del bilanciamento tra diritto alla salute e diritto al lavoro, A. BOSCATI, *L'obbligo di vaccinazione introdotto dal d.l. n. 44/2021 tra principi costituzionali ed applicazione concreta*, in *DML*, 2021, p. 309 ss.; ID., *Obbligo vaccinale e certificazione verde nel bilanciamento tra diritto al lavoro e tutela della salute pubblica*, in *DML*, 2022, p. 307 ss. Per i riflessi sulla *privacy*, v. S. NAPPI, *Effetto Covid: i riflessi della pandemia sulla tutela della salute nell'ambito dei rapporti di lavoro*, in *DML*, 2022, p. 391 ss.; S. SONNATI, *Rimedi contro il rischio da Covid-19: la graduale contaminazione tra misure anti-contagio destinate alla collettività e misure di sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *RCP*, 2022, p. 679 ss. Cfr. altresì E. DAGNINO, *I riflessi della normativa anti-Covid-19 sulla tutela della Privacy*, in V. FILÌ (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nell'emergenza epidemiologica*, cit., p. 163 ss., specie per la riflessione sull'apporto delle parti sociali con i Protocolli condivisi.

¹⁰Cfr. il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12 ottobre 2021, recante «Modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 17 giugno 2021 su Disposizioni attuative dell'articolo 9, comma 10, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, recante "Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19"».

il datore di lavoro di acquisire (o meno) informazioni sul personale vaccinato. L'obiezione più rilevante, al riguardo, rivendica, sul piano più strettamente operativo, l'esigenza di una gestione concreta in azienda del rischio del contagio, che implicherebbe un assestamento organizzativo non gestibile dal solo medico competente¹¹. Tra l'altro, per i (soli) lavoratori che risultano obbligati ai sensi dell'art. 4, d.l. n. 44/2021 (come detto, il personale sanitario fino al 1° novembre 2022), dal punto di vista tecnico-giuridico, la vaccinazione anti-Covid-19 è qualificata dal legislatore quale «requisito essenziale» sia «per l'esercizio della professione» sia «per lo svolgimento delle prestazioni lavorative» (art. 4, comma 1, d.l. n. 44/2021, conv. legge n. 76/2021). Sicché potrebbe ritenersi superato il limite normativo opposto dalla previsione di cui all'art. 8, legge n. 300/1970¹².

In realtà, al di là della distinzione alla quale innanzi si è fatto cenno (ovvero tra lavoratori obbligati e non), a me pare più corretto affermare, in linea di principio, che la gestione delle informazioni concernenti la condizione di tutti i lavoratori rispetto alla vaccinazione sia da consegnare alla esclusiva responsabilità del medico competente, all'interno della sorveglianza sanitaria¹³.

Una precisazione andrebbe fatta, invero, con riferimento ai datori di lavoro pubblici, in applicazione della disposizione normativa, in precedenza richiamata, di cui all'art. 9, d.l. n. 139/2021, conv. legge n. 205/2021. Secondo tale previsione, infatti, i datori di lavoro-pubblica amministrazione

¹¹ A. BOTTINI, *Vaccinazioni in azienda complicate dalla privacy*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2021.

¹² Così A. MATTEI, *Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT", n. 442/2021, p. 21 ss.

¹³ Nel Provvedimento adottato dal Garante *privacy* il 13 maggio 2021, recante «Documento di indirizzo "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali"», si ribadisce come, anche alla luce delle specifiche disposizioni adottate nella attuale fase emergenziale, deve essere sempre assicurato il rispetto del tradizionale riparto di competenze tra il medico competente e il datore di lavoro. Proprio nella titolarità del trattamento dei dati, attribuita al medico dal quadro normativo di settore, va rinvenuto il principale elemento di garanzia per gli interessati sui luoghi di lavoro. Diversa la posizione di A. MATTEI, *Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro*, cit., p. 21 ss., il quale sostiene che la conoscenza del personale vaccinato o non vaccinato come strumento di prevenzione potrebbe essere estesa a tutti gli altri casi dove si manifesti il rischio da contagio scientificamente accertato. L'accertamento dello stato di vaccinazione – quale strumento di prevenzione del rischio da contagio, nel rispetto dell'art. 2087 c.c. – potrebbe essere previsto e disciplinato da un contratto collettivo aziendale o da un protocollo condiviso in azienda, finalizzato alla valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza.

sicuramente sono legittimati al trattamento dei dati personali, se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri ad esse attribuiti. Ciò deve avvenire pur sempre nel rispetto dei requisiti di liceità fissati dal Regolamento UE, il cui apprezzamento però finisce per essere rimesso in concreto alla discrezionalità dello stesso datore di lavoro.

Un'ulteriore precisazione va fatta, ritornando a quanto accennato, in merito ai rapporti e agli oneri comunicativi da instaurare tra Ordine professionale (che delibera la eventuale sospensione del lavoratore, al ricorrere dei presupposti), datore di lavoro, lavoratore interessato. La legge stabilisce, con formulazione di difficile valutazione in concreto, che, qualora accertati il mancato adempimento dell'obbligo vaccinale, l'Ordine professionale «... dà comunicazione alla Federazione nazionale competente, all'interessato, all'azienda sanitaria locale competente, limitatamente alla professione di farmacista, e, per il personale che abbia un rapporto di lavoro dipendente, anche al datore di lavoro, ove noto» (art. 4, comma 4, d.l. n. 44/2021, conv. legge n. 76/2021).

Orbene, è ragionevole ritenere di applicare anche in questo caso il principio generale secondo il quale la comunicazione al datore di lavoro deve intendersi quale comunicazione al medico competente dell'impresa o della pubblica amministrazione. Poiché non vi è certezza sulla conoscibilità del datore di lavoro (si utilizza infatti l'espressione «ove noto»), incombe sul lavoratore destinatario della comunicazione dell'Ordine l'inoltro al proprio datore di lavoro, con le modalità innanzi rappresentate di utilizzo del filtro del medico competente.

6. *Diritto emergenziale e “resistenza” del sistema protettivo del diritto del lavoro*

In questo scenario, quale allora è la valutazione da fare in riferimento al quesito iniziale della riflessione? Il diritto alla *privacy* dei lavoratori rischia in concreto un affievolimento?

In realtà, occorre operare una distinzione. Se, da un lato, è vero che il diritto emergenziale ha mostrato una declinazione della *privacy* fortemente ancillare rispetto all'istanza di prevenzione sanitaria, è altrettanto vero, dall'altro lato, il carattere eccezionale e straordinario delle misure di compressione della *privacy* del lavoratore. Soltanto la eccezionalità dello sviluppo pandemico, agganciato alla eccezionalità del mantenimento dello stato di

emergenza (fino al 31 marzo 2022), ha potuto giustificare compressioni temporanee dei diritti, la cui forza tuttavia non può che ri-espandersi per effetto delle misure di “rientro nell’ordinario” di cui al d.l. n. 24/2022 e, soprattutto, per effetto di una lettura costituzionalmente orientata del diritto emergenziale, il cui impatto sulle garanzie dei prestatori di lavoro non può radicarsi al di là di una fase che sia temporanea.

Ciò significa che le misure del diritto Covid-19, quanto alle loro ricadute che potremmo definire sistemiche sui rapporti di lavoro, hanno ad oggi esaurito la propria forza cogente, legata alla dimensione temporale della epidemia e non sono in grado di determinare effetti sulla struttura del rapporto di lavoro né tantomeno sulla struttura del diritto alla protezione dei dati personali.

Le misure adottate dal legislatore si sono limitate ad operare sulla base di una chiara impermeabilità tra esercizio dei poteri datoriali e istanza di prevenzione sanitaria. Ne è riprova la stessa conformazione giuridica della sospensione del lavoratore renitente alla vaccinazione, per il quale il legislatore ha operato, a monte, una valutazione di proporzionalità della sanzione, escludendo espressamente la estinzione del rapporto di lavoro (prescrivendo quindi al datore una specifica conseguenza tipizzata dell’inadempimento dell’obbligo vaccinale). Analogo ragionamento può essere condotto sull’obbligo del possesso del c.d. *green pass*, per il quale il legislatore, nelle ipotesi di inadempimento, stabilisce espressamente che non debbano ricorrere conseguenze disciplinari e che il lavoratore ha diritto alla conservazione del rapporto di lavoro.

Le prescrizioni normative al datore di lavoro, in altri termini, non hanno compromesso e/o contaminato il contenuto delle posizioni obbligatorie del contratto di lavoro o, se vogliamo, lo hanno fatto ma per il tramite di specifiche prescrizioni tipizzate dal legislatore e rivolte al datore di lavoro quali condotte strettamente rispondenti alla finalità di prevenzione sanitaria. Certo, come visto, si sono registrate ombre su specifici punti della normativa, che hanno intaccato l’effettività della *privacy* dei lavoratori (in regimi giuridici oggi superati, come quello del *green pass*) o che comunque hanno condizionato l’esercizio del diritto alla protezione dei dati personali (il riferimento è ai lavoratori della sanità, attratti nella categoria dell’obbligo di vaccinazione per lungo tempo). È da ritenere, tuttavia, che il superamento dello stato di emergenza nazionale, per effetto di una valutazione generale operata sulla base dell’andamento epidemiologico, non possa che implicare il ripristino della funzionalità dei rapporti di lavoro, senza alcuna modificazione e/o alterazione.

7. Conclusioni

Le linee conclusive della riflessione risultano, a questo punto, sufficientemente tracciate.

Le tecniche giuridiche disponibili (*in primis*, il contemperamento tra diritti) e l'applicazione giurisprudenziale delle norme (ivi inclusa naturalmente la preziosa attività "regolativa" dell'Autorità di garanzia)¹⁴ risultano decisive per neutralizzare i rischi di un indebolimento del diritto alla protezione dei dati personali del prestatore di lavoro.

Esse sono in grado altresì di operare quella attività "difensiva" rispetto ai rischi dei sistemi tecnologici nei termini di controllo costante e penetrante delle attività lavorative, contribuendo a radicare nell'ordinamento giuridico un circuito virtuoso tra interpretazione-applicazione e nuova regolamentazione normativa alla luce dell'apporto sistematico dell'interpretazione. Per rispondere alla varietà e al rapido mutamento delle innovazioni tecnologiche serve infatti un'opera di costante bilanciamento dei diritti coinvolti, che consideri *an, quantum e quomodo* degli strumenti impiegati¹⁵. Non è revocabile in dubbio che sia questo lo schema decisivo per l'effettività delle tutele.

Un indebolimento del diritto alla protezione dei dati, del resto, trascinerebbe con sé una svalutazione delle potenzialità espansive del concetto stesso di protezione dei dati personali, che non è solo da considerare come un autonomo diritto fondamentale ma si presenta altresì come «strumento indispensabile per il libero sviluppo della personalità e per definire l'insieme delle relazioni sociali»¹⁶.

¹⁴ Sullo sforzo di interpretazione sistematica ad opera del Garante della protezione dei dati personali, v. A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 662.

¹⁵ R. SANTUCCI, *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro*, cit., p. 24; nello stesso senso, v. V. FILÌ, *Il tormentato bilanciamento tra diritti durante la pandemia nel prisma del rapporto di lavoro*, in EAD. (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nell'emergenza epidemiologica*, cit., p. 4.

¹⁶ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 321.

ABBREVIAZIONI

<i>AC</i>	Amministrazione in cammino
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>AGE</i>	Analisi Giuridica dell'Economia
<i>AIC</i>	Rivista trimestrale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti
<i>BDS</i>	<i>Big Data & Society</i>
<i>BLJ</i>	<i>Bio Law Journal</i>
<i>CI</i>	Contratto e impresa
<i>CLL&PJ</i>	<i>Comparative Labor Law & Policy Journal</i>
<i>CS</i>	<i>Computing Systems</i>
<i>DA</i>	Diritto d'Autore (II)
<i>DDp comm</i>	Digesto delle discipline privatistiche sezione commerciale
<i>DInf</i>	Diritto e Informazione
<i>DJ</i>	De Jure Giuffrè
<i>DLM</i>	Diritti Lavori Mercati
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>DML</i>	Diritto del mercato del lavoro (II)
<i>Dpub</i>	Diritto pubblico
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>DS</i>	<i>Droit social</i>
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>EIT</i>	<i>Ethics and Information Technology</i>
<i>EL</i>	Economia & Lavoro
<i>FA CDS</i>	Foro amministrativo
<i>FDU</i>	Filosofia dei diritti umani
<i>FI</i>	Foro italiano

<i>Forum Qcost</i>	Forum di Quaderni costituzionali
GC	Giustizia civile
<i>Gcost</i>	Giurisprudenza costituzionale
GD	Guida al diritto
GDA	Giornale di diritto amministrativo
GI	Giurisprudenza italiana
IDPL	<i>International Data Privacy Law</i>
IF	Le Istituzioni del Federalismo
IJC	<i>International Journal of Communication</i>
IJCLIR	<i>International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations</i>
IJWI	<i>International Journal of Work Innovation</i>
IPOF	<i>Italian Papers On Federalism</i>
JSSM	<i>Journal of Service Science and Management</i>
LD	Lavoro e Diritto
LDE	Lavoro Diritti Europa
LLI	<i>Labour & Law Issues</i>
LG	Il lavoro nella giurisprudenza
LPA	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni
LPO	Lavoro e previdenza oggi
MCR	Mercato concorrenza e regole
<i>MediaLaws</i>	<i>MediaLaws</i> . Rivista di Diritto dei Media
MGL	Massimario giurisprudenza del lavoro
NDS	Nuovo Diritto delle Società (II)
NGCC	Nuova giurisprudenza civile commentata
NLCC	Nuove leggi civili commentate
OF	Osservatorio sulle fonti
P.A.	P.A. Persona e Amministrazione
PD	Politica del diritto
QDLRI	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
QL	Quaderni di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali
QRGL	Quaderni della Rivista Giuridica del Lavoro
QRS	Quaderni di rassegna sindacale
RCdc	Rivista della Corte dei Conti

<i>RCDP</i>	Rivista critica di diritto privato
<i>RCP</i>	Responsabilità Civile e Previdenza
<i>RDFSF</i>	Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze
<i>RE</i>	Le Regioni
<i>RFI</i>	Repertorio del Foro Italiano
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RGM</i>	Rivista giuridica del Mezzogiorno
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RIDPcom</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>RPPM</i>	Rivista italiana pubblica di <i>management</i>
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>RTSA</i>	Rivista trimestrale di Scienze dell'Amministrazione
<i>RU</i>	Risorse umane nella pubblica amministrazione
<i>SdL</i>	Sociologia del lavoro
<i>SP</i>	Sistemapenale.it
<i>VN</i>	Vita Notarile
<i>VPjus</i>	Vita e pensiero <i>Jus</i>
<i>VTDL</i>	Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro
<i>WP CSDLE</i>	<i>Working Papers</i> Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo «Massimo D'Antona»

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

Collana delle pubblicazioni di “FA.RI sul lavoro”

Volumi pubblicati

1. *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza Covid. Principi costituzionali*, a cura di Giampiero Proia, 2020.
2. *I nuovi ammortizzatori sociali dopo la pandemia*, a cura di Emilio Balletti, 2021.
3. *La dirigenza degli enti locali alla prova della contrattazione collettiva*, a cura di Rosario Santucci e Mario Cerbone, 2022.
4. *Appalti e lavoro: problemi attuali*, a cura di Giampiero Proia, 2022.
5. *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di Alessandro Bellavista e Rosario Santucci, 2022.

