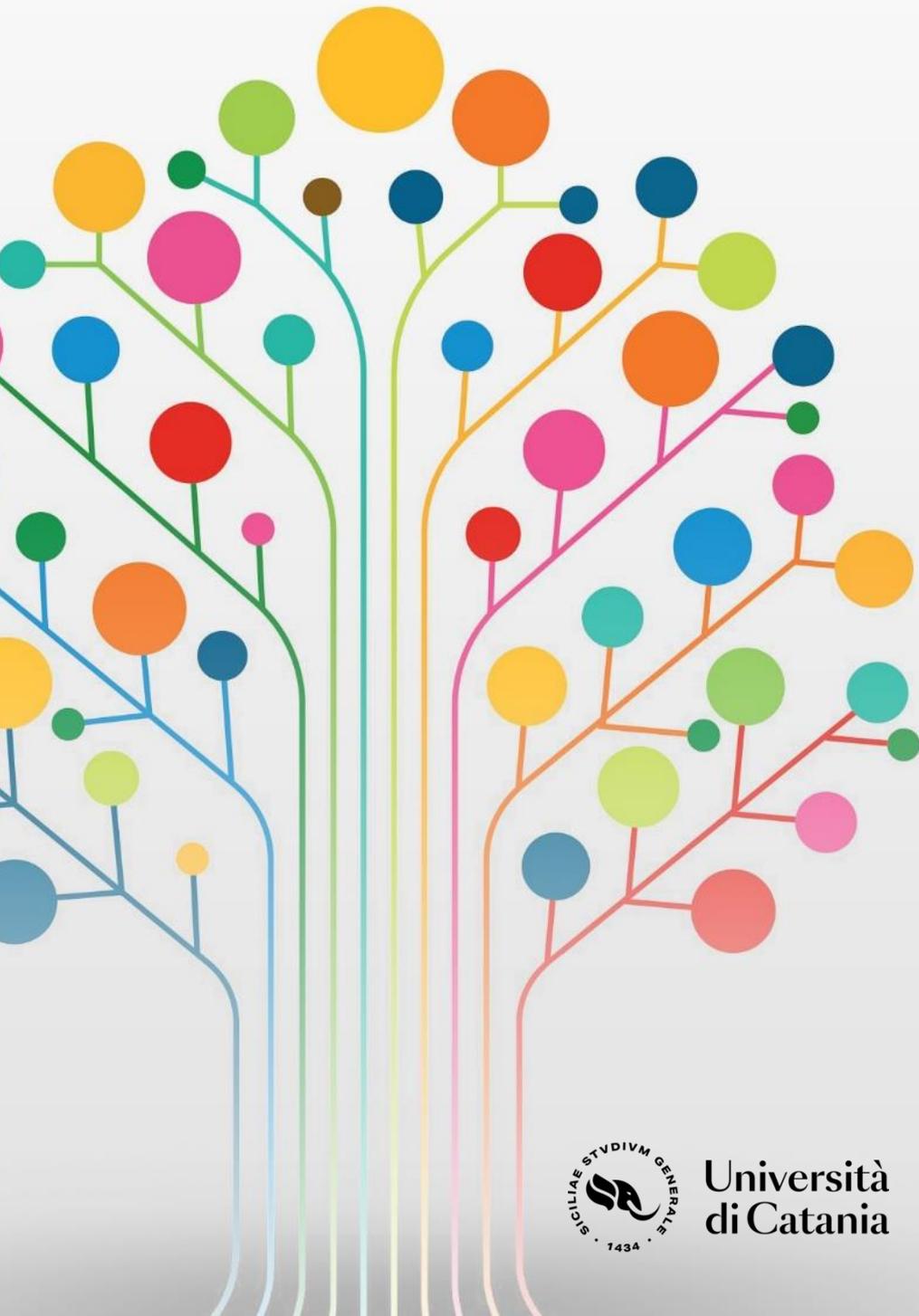


2/2022

20 20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università
di Catania



Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

BRUNO CARUSO, Università di Catania

VERONICA PAPA, Università di Catania

ALESSANDRO RICCOBONO, Università di Palermo

SILVANA SCIARRA, Corte Costituzionale Italiana – Università di Firenze

TIZIANO TREU, Università Cattolica di Milano

IRENE CANFORA, Università di Bari

VITO LECCESE, Università di Bari

LOREDANA ZAPPALÀ, Università di Catania

SOMMARIO

Sostenibilità sociale e diritti del lavoro ai tempi della resilienza europea Bruno Caruso - Veronica Papa	1
Capitalismo digitale e controlli sulle attività telematiche dei lavoratori Alessandro Riccobono	18
First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Words? Silvana Sciarra	37
PNRR, politiche pubbliche e partecipazione sociale Tiziano Treu	50
La condizionalità sociale nella nuova PAC (nel quadro dello sviluppo sostenibile dell'agricoltura) Irene Canfora - Vito Leccese	67
Il rimedio della reintegra come regola o come eccezione? La Cassazione sui licenziamenti disciplinari nel cono d'ombra delle decisioni della Corte Costituzionale Bruno Caruso	84
Appunti su linguaggio, complessità e comprensibilità del lavoro 4.0: verso una nuova procedimentalizzazione dei poteri datoriali Loredana Zappalà	103

Sostenibilità sociale e diritti del lavoro ai tempi della resilienza europea*

Bruno Caruso- Veronica Papa

A David Sassoli e ai resistenti ucraini, costruttori del popolo europeo

“Siamo immersi in trasformazioni epocali: disoccupazione giovanile, migrazioni, cambiamenti climatici, rivoluzione digitale, nuovi equilibri mondiali, che per essere governate, hanno bisogno di nuove idee, del coraggio di saper coniugare grande saggezza e massimo d’audacia”

David Sassoli (discorso di insediamento come Presidente del Parlamento europeo 3 luglio 2019)

1. Premessa	2
2. Il modello sociale europeo di fronte alle crisi epocali	3
3. Un inedito attivismo sociale? I nuovi capitoli dell’agenda sociale europea nell’approccio orientato alla sostenibilità	7
3.1. <i>Social mainstreaming</i> e bilanciamento nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: verso un concetto olistico di sostenibilità?	11
3.2. La sostenibilità come paradigma e come principio costituzionale	13
4. Il diritto sociale europeo, le crisi e il mondo che verrà	16

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 457/2022

1. Premessa

È dalle parole pronunciate dal compianto ex Presidente del Parlamento europeo, David Sassoli, che si intende muovere, in questo contributo, per formulare alcune riflessioni, da una parte, sul riposizionamento assiologico innescato dall'impatto sul sistema europeo delle quattro crisi strutturali che hanno caratterizzato il primo ventennio del nuovo secolo e, dall'altra, sulla funzione di resilienza teorica ma anche politica che ha assunto il paradigma della sostenibilità sociale (§ 2). Nel contesto delle evocate "quattro crisi", il principio di sostenibilità¹, come si chiarirà *infra* (§ 3.2.), può fungere da catalizzatore del sistema multiplo dei valori europei - per una lunga fase sottoposto alla egemonia culturale e ideologica neoliberista² - preannunciandone un possibile cambio di paradigma.

La sostenibilità non implica l'obliterazione delle ragioni della crescita economica equilibrata e di una economia sociale di mercato fortemente competitiva, ma la "normalizzazione" di tale prospettiva, che si pone accanto e non più al di sopra dei valori sociali e ambientali. Il principio di sostenibilità si configura quindi come archetipo di una possibile compatibilità tra le ragioni di mercato, sociali e ambientali, rilanciando l'ipotesi di compromesso costituzionale delle rispettive coppie valoriali di riferimento, finora per lo più ritenute reciprocamente idiosincratice (libertà/uguaglianza, competizione/cooperazione, solidarietà/efficienza, collaborazione/merito, dignità/produktività).

È nel quadro del mutamento di contesto indotto dalla crisi del Covid-19 prima, e dall'invasione ucraina poi, che si è imposta la necessità di un netto cambio di passo per le istituzioni europee, indotto dalla esigenza di sottoporre a profonda revisione i dogmi economici che avevano guidato le precedenti politiche post-crisi. Il brusco risveglio - con il connesso germinare dei populismi e dei sovranismi - dall'illusione trentennale che il dominio dell'economia sulla politica potesse risolvere *ex se* i problemi del benessere globale e delle disuguaglianze ha messo l'Unione europea di fronte alla consapevolezza di un bisogno di ritorno alla politica, ma pure della mancanza di basilari strumenti all'uopo funzionali, che solo istituzioni europee riformate in senso comunitario, e non intergovernativo, possono fornire per affrontare le crisi oltre la gestione contingente³.

Nel contesto di una analisi sulla reazione istituzionale (e giurisprudenziale) al succedersi di quattro crisi epocali, nella seconda parte del contributo (§ 3), si delinea un sintetico quadro della nuova agenda sociale europea, muovendo da alcune recenti iniziative nel campo del diritto sociale in un approccio orientato alla sostenibilità.

Le iniziative regolative portate innanzi dal legislatore dell'Unione (e ovviamente ancor prima, in funzione propositiva e propulsiva, dalla Commissione) si muovono in parallelo con il cambiamento di passo di un altro attore fondamentale della costruzione del modello sociale europeo: la Corte di giustizia. Certamente protagonista dell'integrazione europea novecentesca per via

¹ B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto per un Diritto del lavoro sostenibile*, in <http://csdle.lex.unict.it/>.

² G. Provasi, *Dai Trenta gloriosi all'affermazione del neoliberalismo: forme di integrazione e grandi trasformazioni*, in *Stato e mercato*, 2019, 2, pp. 175-212; si v. pure M. Ferrera, *Neowelfare liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in *Stato e mercato*, n. 97, 2012, p. 3 ss.; in generale A. Boitani, *L'illusione liberista*, Bari, Laterza, 2021.

³ G. Bronzini, *Europa: verso una riforma dei Trattati? Cominciare a discuterne*, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/europa-verso-una-riforma-dei-trattati-cominciare-a-discuterne>.

giurisprudenziale, all'inizio del secolo - con il quartetto Laval⁴ - la Corte sembrava aver dato una netta svolta economicista e pro-concorrenziale alla sua giurisprudenza, provocando scetticismo e disillusione sul modello europeo, soprattutto da parte di quegli studiosi che hanno sempre preferito guardare i singoli alberi e non osservare la foresta del sistema europeo.

Nell'ultimo turno di anni, tuttavia, come si dirà (§ 3.1), la Corte di giustizia ha mandato un inequivocabile segnale sul collegamento tra diritti sociali e diritti umani, aprendo la strada a una concezione olistica dello sviluppo sostenibile, nella visione integrata (sociale, ambientale ed economica) che è propria dell'Agenda Onu 2030⁵. In tal senso pare possa recuperarsi l'idea che le ragioni dell'economia e i valori sociali non siano da declinare in opposizione ma possano essere messe in fattiva comunicazione, sia teoricamente, sia politicamente.

L'analisi delle più recenti evoluzioni regolative e giurisprudenziali – nonché dell'evoluzione della sostenibilità come principio costituzionale multilivello (§ 3.2.) condurrà, infine, ad alcune brevi conclusioni sulle possibili prospettive della costruzione ordinamentale europea (§ 4).

2. Il modello sociale europeo di fronte alle crisi epocali

Circola un dubbio tra studiosi e cultori della costruzione europea: cosa ne sarà del modello sociale europeo e della stessa Unione dopo i quattro grandi shock che hanno investito l'Europa nel nuovo millennio? Essi sono noti ma conviene richiamarli rapidamente.

In primo luogo, la crisi finanziaria e dei debiti sovrani, in secondo luogo, la crisi sanitaria da Covid 19 e ora, la più grave, la crisi ucraina, che ha riportato l'orrore della guerra novecentesca nel cuore del continente. Tali eventi epocali costituiscono classiche crisi simmetriche con effetti asimmetrici⁶.

La quarta crisi (nota con la crisi Brexit) è, invece, diversa dalle altre: pur germinando da un grave disagio economico e da *metus* xenofobo innanzi ai movimenti migratori globali, ha assunto un carattere istituzionale; è stata certo innescata da una classe politica e da un governo che hanno agito come l'apprendista stregone, ma è stata sugellata dal popolo britannico con un referendum. Il governo britannico ha, infine, deciso, attivando la procedura di uscita dall'UE ex art. 50 TUE - in nome e per conto di diverse nazioni, tra cui anche quella scozzese, costituita in maggioranza da *remainers* - di abbandonare il progetto della casa comune europea. In tal senso, per la sua unilateralità, consentita anche dalla debolezza del quadro costituzionale formale, la Brexit ha costituito, per l'Europa, una crisi istituzionale di carattere asimmetrico. E tuttavia non ha mancato di infliggere una profonda ferita alla intera costruzione europea e all'idea storicamente, culturalmente e geograficamente fondata di *demos* europeo - che include certamente il popolo britannico: in ciò ha prodotto un effetto istituzionale simmetrico (il primo caso di scissione, pur sempre pacifica, dallo stato federale europeo in costruzione).

⁴ Corte di giustizia 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking Line*; Corte di giustizia 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*; Corte di giustizia 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert* e Corte di giustizia 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*.

⁵ United Nations Development Programme, *The SDGS in Action. Sustainable Development Goals* (see undp.org); ASVIS, *L'unione Europea e gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile* (cf. www.asvis.it). Communication from the Commission, *A strong Social Europe for just transitions*, Bruxelles, 14.1.2020, COM(2020) 14 final; SDG Watch Europe, *Manifesto for a Sustainable Europe for its Citizens. The need for action* (sdgwatcheurope.org).

⁶ Con questa espressione si intende fare riferimento al fatto che, come è noto, le crisi in discorso esse hanno interessato tutti i popoli e le nazioni dell'UE, (da cui il carattere simmetrico: la pandemia ha avuto carattere globale) ma con effetti diversificati, con il risultato di aumentare le disuguaglianze: tra le nazioni e i popoli e, all'interno degli stati, tra i ceti sociali (da cui l'effetto asimmetrico).

Formulate queste brevi premesse, è possibile tornare alla domanda iniziale: cosa ne sarà del progetto istituzionale del modello sociale europeo di fronte a tali shock simmetrici e asimmetrici? Gli osservatori, ma anche i fatti, sembrano indicare che, a fronte dei sommariamente descritti scenari di crisi epocali, si stagliano fattori di resilienza e di ripresa positiva, cui vale la pena accennare.

Va però premesso che l'esito di questo confronto tra elementi di crisi e fattori di resilienza, è ovviamente imprevedibile; molto dipenderà dalla capacità dei governi, e di tutti i decisori istituzionali, di fornire risposte adeguate a tali drammatici scenari, favorendo le controtendenze di resilienza e di rilancio del modello europeo che germogliano nelle società civili degli stati europei. Molto dipenderà pure, nel processo politico democratico, dalla capacità dei popoli dell'Unione di rimanere saldamente ancorati ai valori di libertà e democrazia sanciti nelle costituzioni nazionali e in quella europea. L'esempio più drammatico, ma più fulgido, di un tale attaccamento, proviene da un popolo non ancora formalmente integrato nell'Unione europea ma che ha conquistato un tale diritto (ed è la prima volta nella travagliata storia dell'UE) sul campo, nella sofferenza della guerra: il popolo ucraino. L'esempio meno incoraggiante, a dimostrazione della contraddittorietà dell'attuale fase storica, è stato, di recente, la scelta del popolo ungherese di confermare come leader politico di uno stato formalmente membro dell'Unione, un noto sostenitore di valori illiberali e sovranisti, come tali anti-europei, come Viktor Orban, fautore di un assetto costituzionale interno incompatibile con la *rule of law* europea.

Senza per questo indugiare in sofisticate indagini sociologiche e politologiche, tutto ciò costituisce testimonianza del fatto che i *cleavages* ideologici, politici, e sociali in Europa, ma non solo, non si colleghino più agli stereotipi classisti e ideologici del novecento, ma si posizionino su crinali nuovi rispetto ai vecchi schieramenti (destra/sinistra, liberali/socialdemocratici, fautori del mercato/sostenitori dello stato), assumendo, invece, inediti tratti trasversali: sovranisti v. europeisti; ambientalisti v. negazionisti; anti globalisti v. globalisti ma anche v. riformatori della globalizzazione e sostenitori della ri-globalizzazione selettiva⁷; fautori delle società aperte e delle società chiuse⁸; pro vaccini v. no vax, pro-putiniani e anti Putiniani, ecc.

Con riferimento agli evocati fattori di resilienza e reazione, occorre rilevare quanto segue.

Con riguardo alla prima crisi, quella dei debiti sovrani, sono ampiamente note le gravi conseguenze sociali che si sono registrate in seguito alle politiche di austerità e alle misure di condizionalità degli aiuti finanziari imposte dalle istituzioni politiche e finanziarie europee⁹. Ne è seguito l'indebolimento dei sistemi di welfare soprattutto negli stati mediterranei. Le istituzioni europee - in primo luogo la Corte di giustizia (con l'ossessione del primato del mercato e della concorrenza sul sociale), ma anche la Commissione europea (vessillifera delle politiche di austerità) - hanno tardato a comprendere che gran parte della deriva populista e sovranista, che andava diffondendosi in ogni parte del continente, si fondava anche sulla strumentale (perché usata in chiave

⁷ Che implica la riduzione delle catene di valore e l'introduzione di considerazioni di sicurezza nella cooperazione tecnologica e industriale nelle nuove politiche europee: la dipendenza dalle fonti energetiche russe, dallo scudo militare degli USA e dai semiconduttori cinesi.

⁸ A. Ross, *The Raging 2020s*, New York, Henry Holt and Company, 2021, trad. italiana, *I furiosi anni venti*, Milano, Feltrinelli, 2021.

⁹ Cf. C. Caruso, M. Morvillo (eds), *Governing with numbers. Economic indicators and the budget decision in the Constitutional State*, Bologna, il Mulino, 2020.

politica antieuropea) difesa dei sistemi di welfare nazionali contro le logiche di integrazione dei mercati imposte dall'Europa. I movimenti e i partiti populistici, soprattutto nella variante sociale più che in quella sovranista¹⁰, in effetti hanno canalizzato non solo le paure derivanti dai movimenti migratori globali, ma soprattutto il malcontento derivante dalla perdita di status (per la classe media) e la diffusione crescente, in parallelo, della precarietà, della povertà e di nuove forme di subordinazione sociale ed economica; quest'ultima, secondo alcuni, avrebbe dato luogo a un ceto sociale molto diffuso e politicamente utilizzabile anche per la sovversione dell'ordine democratico e certamente per favorire le pulsioni illiberali (la c.d. democrazia): "la nuova plebe"¹¹. Ciò anche in ragione degli effetti diffusivi e distorsivi delle nuove tecnologie (gli schiavi del clic e il capitalismo delle piattaforme)¹².

Le crisi e le derive politiche populiste hanno trovato, per altro, terreno fertile ove allignare nei profondi sconvolgimenti dei sistemi industriali e dell'organizzazione del lavoro seguiti al post-fordismo e alla digitalizzazione del lavoro e dell'economia; si è trattato di fenomeni comuni, pur nelle diverse varianti di capitalismo europei¹³. La frammentazione sociale e la fissurizzazione del lavoro post-industriale nella società tecnologica e dei servizi ha prodotto ovunque - ancorché con effetti diseguali dovuti alle diverse risposte nazionali¹⁴ - fenomeni plurimi riconducibili a una comune radice: la disarticolazione senza precedenti dei luoghi del lavoro con stravolgimento della loro morfologia; una precarizzazione diffusa del lavoro con accentuata diversificazione dei modelli giuridici contrattuali e assunzionali; sul piano della rappresentanza collettiva, una divisione e un ridimensionamento delle organizzazioni di rappresentanza del lavoro ma anche delle imprese. Sulla correlata compattezza tra luoghi e forme della rappresentanza del lavoro, ma anche sulla capacità di selezione, integrazione e canalizzazione verticale delle domande da parte delle grandi organizzazioni di interessi, si era invece costruita la riconoscibilità del modello socialdemocratico nelle principali democrazie europee e, al suo seguito, l'inveramento del paradigma giuslavorista sinzheimeriano¹⁵. Il post fordismo sul piano dei fatti e le ricette economiche, seguite o coeve alla forza delle idee della rivoluzione neoliberista e della sua egemonia anche ideologica a partire dagli anni '80 del secolo scorso¹⁶, hanno anch'essi contribuito all'offuscamento del progetto/modello sociale europeo; almeno sino alla sua resilienza e alla capacità di reazione della sua leadership politica attuale.

E infatti la reazione dell'Europa, e delle sue istituzioni, anche se con qualche ritardo ed incertezza, c'è stata e si è concretizzata in un peculiare effetto trampolino. L'Europa ha invertito la rotta con

¹⁰ A. Bogg, M. Freedland, *Labour Law in the Age of Populism: Towards Sustainable Democratic Engagement*, in Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2018-15, reperibile online: <https://ssrn.com/abstract=3219185>.

¹¹ P. Perulli, *Nel 2050. Passaggio al nuovo mondo* (Bologna, il Mulino, 2021); A. Bogg, M. Freedland, *Labour Law in the Age of Populism*, cit.

¹² A. Casilli, *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo?*, Milano, Feltrinelli, 2020.

¹³ L. Burioni, *Capitalismi a confronto*, Bologna, il Mulino, 2016.

¹⁴ Si v. A. Boitani, *L'illusione liberista*, cit. p. 65 ss; F. L. Block, *Capitalismo*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 19 ss.

¹⁵ R. Dukes, W. Streeck, *Labour Constitutions and Occupational Communities: Social Norms and Legal Norms at Work*, in *Journal of Law and Society*, 2020, 47, pp. 612-638.

¹⁶ G. Provasi, *Dai Trenta gloriosi all'affermazione del neoliberalismo*, cit.; C. Howell, *Rethinking the Role of the State in Employment Relations for a Neoliberal Era*, in *ILR Review*, 2021, 74(3), pp. 739-772.

il varo del Pilastro sociale Europeo¹⁷ già durante gli anni della Commissione Junker; a questo importante e solenne atto, anche se di soft law, è seguita una ripresa di un attivismo regolativo sociale di alto profilo (*infra*, § 3). A supporto di queste nuove iniziative, anche se in assenza di una produzione teorica di alto profilo, come ai tempi della Commissione Delors, va certamente richiamato il coevo dibattito sulla riformabilità del capitalismo e sulla possibilità di un capitalismo degli stakeholders¹⁸ e l'idea di sviluppo sostenibile che, in forma di obiettivo/valore, è già presente nella "Costituzione" Europea (art. 3 TUE).

Il recupero dell'idea/valore forte della sostenibilità (economica sociale e ambientale) - un vero e proprio nuovo paradigma secondo alcuni¹⁹ - è avvenuto in parallelo con iniziative internazionali²⁰ e a ridosso del grande tema del cambiamento climatico, che ha prodotto il lancio dell'*European Green Deal* nel dicembre del 2019²¹; ma ha avuto certamente come - non desiderato e non benvenuto - catalizzatore, la seconda grande crisi epocale a cui si è fatto prima riferimento: la crisi pandemica globale da Covid 19 e quella sanitaria che ne è seguita. Dopo alcune incertezze²², le istituzioni europee si sono mosse lungo il sentiero di una rinnovata solidarietà paneuropea: l'Europa non solo ha promosso il coordinamento delle informazioni sul virus e la ricerca internazionale sul vaccino, ma è diventata la potenza geopolitica leader nella distribuzione dei vaccini; è diventata la "farmacia del mondo". Sotto il profilo normativo, l'abbrivio (regolamento Ue n. 241/2021) è stato una risposta convergente alla crisi sanitaria nel "comune interesse europeo" (già menzionato nei Trattati: artt. 121, 146, 189, 206 TFUE, e sino ad allora poco praticato); ma presto è andato oltre. Il programma SURE²³ prima, e il *Next generation EU*²⁴ non costituiscono soltanto una manovra economica di stampo keynesiano paragonabile, quanto a dimensione, al piano Marshall del secondo dopoguerra, e che ha segnato pure un primo embrione di politica finanziaria comune (la messa in comune dei debiti nazionali e l'emissione di bond europei). Tali misure costituiscono, anche, il presupposto di un decisivo cambiamento delle regole di governo politico, con il superamento dell'integrazione economica e monetaria come unico e pervasivo orizzonte dell'UE e delle politiche di stabilità del debito come profilo dominante dell'assetto di governo economico. Costituiscono anche il punto di partenza per la riscrittura delle regole della

¹⁷ Proclamazione interistituzionale sul Pilastro europeo dei diritti sociali (2017/C 428/09); cfr, S. Garben, *The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its Meaning and Significance*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2019, 21, pp. 101-127.

¹⁸ Cfr. A. Ross, *The Raging 2020s*, cit.; M. Carney, *Value(s)*, Glasgow, William Collins, 2021; K. Schwab, P. Vanham, *Stakeholder Capitalism*, John Wiley & Sons, 2021; F. L. Block, *Capitalismo*, cit.

¹⁹ T. Novitz, *The Paradigm of Sustainability in a European Social Context: Collective Participation in Protection of Future Interests?*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2015, 2, pp. 243-262; T. Novitz, *Engagement with sustainability at the International Labour Organization and wider implications for collective worker voice*, in *International Labour Review*, 2020, 159, 4, pp. 463-482; A. Bongardt, F. Torres, *The European Green Deal: More than an Exit Strategy to the Pandemic Crisis, a Building Block of a Sustainable European Economic Model*, in *Journal of Common Market Studies*, 2022, 60, 1, pp. 170-185.

²⁰ Cfr. i riferimenti contenuti nella nt. 5.

²¹ Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, Bruxelles, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

²² Basti pensare alle iniziali difficoltà sia di reperimento dei dispositivi di sicurezza - per l'interruzione delle filiere di approvvigionamento lunghe, onde l'emergente intollerabilità della dipendenza globale - sia di fornitura dei vaccini, in ragione dell'assenza di un'unica autorità contrattuale.

²³ Regolamento del Consiglio (UE) 2020/672 del 19 maggio 2020 che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19.

²⁴ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. F. Fabbri, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, il Mulino, 2022.

governance (in primo luogo il superamento del principio intergovernativo e dell'unanimità)²⁵ all'insegna di un rinnovato costituzionalismo ispirato ai principi della dichiarazione di Ventotene (onde l'avvio della conferenza sul futuro dell'Europa nel maggio 2021 che ha avuto come compianto protagonista David Sassoli) per andare anche oltre il Trattato di Lisbona.

È soprattutto in ragione, purtroppo, della guerra in atto (la terza crisi simmetrica) che si si potrebbe realizzare una maggiore integrazione anche politica dell'UE, con un reattivo adeguamento delle regole di governo. Il "cambiamento del mondo" con la ri-sorgenza dei blocchi e la globalizzazione relativa, impongono il completamento costituzionale di una Unione federale "oltre gli stati nazionali"²⁶ in grado di gestire anche politica estera e difesa comune; si tratta di orizzonte non più impensabile ma anzi possibile, se non addirittura necessario per la stessa sopravvivenza dei valori di democrazia e libertà in Europa, e non solo.

Con riguardo alla crisi asimmetrica, la Brexit, e il faticoso processo che ha dato luogo al *withdrawal agreement* (l'accordo di recesso tra UE e UK entrato in vigore il 31 gennaio 2020) può dirsi soltanto, citando Ursula von Der Leyen che la Brexit appartiene alla storia²⁷ e che, malgrado la ferita aperta, l'Europa ha saputo reagire dando una grande prova di unità.

3. Un inedito attivismo sociale? I nuovi capitoli dell'agenda sociale europea nell'approccio orientato alla sostenibilità

Come si è anticipato (§ 2), l'impatto delle quattro crisi sul sistema giuridico europeo ha provocato una situazione ancora in evoluzione ma caratterizzata da un inedito attivismo sociale delle istituzioni dell'Unione.

Si è passati dal mix tra neoliberalismo in campo di politiche sociali (e ai dettami "*jobs, jobs, jobs*" della crescita del lavoro "purchessia") e depressive politiche di austerità in campo economico-finanziario – quale reazione alla prima crisi simmetrica - alla proclamazione del pilastro europeo dei diritti sociali (principale lascito della Commissione Juncker) e, infine, alla fase attuale, caratterizzata dal "rilancio" delle politiche sociali a opera della Commissione a presidenza Von der Leyen. Si tratta di un rilancio ispirato dal Pilastro ma sicuramente accelerato dalla seconda crisi simmetrica (la pandemia) e verosimilmente anche dalla necessità di contrastare, da un lato, i sovranismi eurofobici (protagonisti della quarta crisi: la Brexit), dall'altro, il crescente scetticismo di chi, muovendo da posizioni progressiste, lamentava il persistente sbilanciamento tra politiche economiche e sociali nell'Ue.

Oggetto di solenne proclamazione inter-istituzionale nel 2017, i 20 principi enunciati nel Pilastro ne fanno un catalizzatore di politiche sociali in senso tradizionale-difensivo, ma anche una fonte propulsiva di sviluppo "alternativo" nel segno della sostenibilità economica e ambientale e della centralità della persona nel lavoro. Basti pensare all'attenzione alle politiche di ri-equilibrio delle responsabilità di cura e genitoriali, oggetto della direttiva del 2019²⁸. Ma pure alla recente

²⁵ S Fabbrini, *Sdoppiamento*, Bari, Laterza, 2017.

²⁶ Si v. il n. 2/2022 della rivista Limes: *La Russia cambia il mondo*.

²⁷ La presidente della commissione europea ha definito l'estenuante trattativa di fuoriuscita, citando i Beatles, una "*long and winding road*", dichiarando "a tutti gli Europei dico: è tempo di lasciare Brexit alle nostre spalle. Il nostro futuro è *made in Europe*"

²⁸ Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio.

proposta di direttiva sulla trasparenza salariale, nella prospettiva della riduzione del *gender pay gap*.²⁹

Se è vero che all'inizio le potenzialità innovative del Social Pillar sono state guardate con scetticismo, vista la sua natura giuridica di atto di *soft law*, è altrettanto vero che esso abbia successivamente prodotto evidenti *spillover effects*, in qualità di atto propulsivo delle successive iniziative regolative. Visto in questa prospettiva e considerando tutta l'evoluzione normativa che da questo ceppo si è originata, il Pilastro sociale si potrebbe definire, pertanto, una sorta di "trampolino di lancio" di un denso programma legislativo nel campo del diritto sociale.

Sul punto vale la pena di segnalare che la Commissione sta attualmente lavorando su una serie di iniziative di interesse giuslavoristico, che possono qui solo richiamarsi brevemente, a partire dalla proposta di Direttiva su salari minimi adeguati³⁰.

La proposta va letta come un capitolo – certamente, ad oggi, il più rilevante - di una più ampia agenda sociale dell'Unione (che include «riduzione delle disuguaglianze, difesa di salari equi, lotta all'esclusione sociale e lotta alla povertà»)³¹ ed è chiaramente ispirata dalla finalità della prevenzione della povertà lavorativa³² – nonché da un approccio orientato alla sostenibilità, evocato nell'*incipit*. E infatti, nel primo paragrafo della Relazione esplicativa si riconnette esplicitamente l'obiettivo di garantire condizioni di lavoro e di vita adeguate alla nozione di sostenibilità, declinata in questo caso nel senso di sostenibilità sociale "in positivo" (si intenda, per i lavoratori) delle politiche dell'Unione, anche in funzione della ricostruzione post-covid di "*fair and resilient economies and societies*".

Da questo punto di vista, la proposta non potrebbe essere più dissonante dalla originaria reazione dell'Unione alla prima crisi simmetrica, collocandosi in una prospettiva di radicale discontinuità rispetto ai reiterati orientamenti degli anni precedenti, laddove l'enfasi era tutta posta su "*internal devaluation*" e contenimento delle dinamiche retributive per non ostacolare la competitività dei sistemi produttivi³³.

²⁹ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza delle retribuzioni e meccanismi esecutivi, COM/2021/93 final; la proposta risulta tributaria – oltre che del Social pillar, evocato nel preambolo - soprattutto della pluridecennale politica di *gender equality* e *gender mainstreaming* portata innanzi dalle istituzioni dell'Unione.

³⁰ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, COM(2020) 682 final; oggetto di un accordo provvisorio da parte di Parlamento e Consiglio il 7 giugno 2022: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/06/07/minimum-wages-council-and-european-parliament-reach-provisional-agreement-on-new-eu-law/>.

³¹ Council of the European Union, The Porto declaration, 8 May 2021, press release.

³² Obiettivo proclamato dal principio 6 del pilastro dei diritti sociali e più volte richiamato nel preambolo della proposta della Commissione. Sulle possibili connessioni tra la direttiva sui minimi salariali e l'obiettivo del contrasto alla povertà lavorativa, si v. L. Ratti, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva di contrasto all'in-work poverty*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2021, n. 1, p. 59-76.

³³ In questa prospettiva: T. Treu, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2021, n. 1, p. 1 ss. Gli approfondimenti scientifici sulla proposta di direttiva hanno raggiunto proporzioni significative, in argomento, per il dibattito interno ci si limita a rinviare ai fascicoli di *Diritto delle relazioni industriali* contenenti numerosi saggi dedicati al tema (1/2021; 2/2021), nonché, senza alcuna pretesa di esaustività, a: A. Lo Faro, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Lavoro e diritto*, 2020, n. 3, pp. 539-556; M. Biasi, *Il contrasto al "lavoro povero" e i nodi tecnici del salario minimo legale*, in *Lavoro diritti Europa*, 2021, n. 1; O. Razzolini, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, in *Lavoro diritti Europa*, 2021, n. 2; E. Menegatti, *La proposta di direttiva europea in tema di salari minimi adeguati*, in *Lavoro diritti Europa*, 2021, n. 2; V. Bavaro; S. Borelli; G. Orlandini,

Come segnalato da più parti, la questione del salario è ritornata centrale nel contesto europeo anche avuto riguardo all'impennata inflazionistica dovuta alla guerra in atto ma già collegata alla crisi energetica e delle materie prime innescata dalla rottura delle catene commerciali globali. In tutti i sistemi nazionali dotati di meccanismi di salario minimo legale si procede a sensibili rivalutazioni dei minimi salariali per fronteggiare il fenomeno sempre più diffuso del lavoro povero; mentre nelle piattaforme negoziali dei principali sindacati, come indicano pure i documenti della Confederazione sindacale europea³⁴, le strategie di incremento salariale per fronteggiare l'inflazione ritornano centrali³⁵. Ma al di là della contingente risposta alla fiammata inflazionista, l'attivismo europeo, sul salario, anche al di là delle competenze formali dell'UE³⁶, mostra come il tema della remunerazione del lavoro recuperi rinnovata attenzione sia come oggetto delle policy europee, sia come questione teorica centrale collegata al più generale tema del valore del lavoro e della sua misurazione. Ciò nella misura in cui, da un lato, il tempo di lavoro - specie in relazione ad alcune peculiari attività lavorative cognitive - vede messa in crisi la sua funzione di parametro universale di quantificazione della retribuzione³⁷, e dall'altro, il lavoro digitale spezzettato, fissurizzato e granulare e il lavoro davvero smart e comunque cognitivo, ripropongono l'uno il *déjà vu* del lavoro a cottimo rivisitato, l'altro, il tema di nuove forme di remunerazione collegate alla responsabilità, al coinvolgimento collaborativo, ai risultati aziendali, alla valorizzazione della persona e dei suoi skill anche relazionali e non più o soltanto al mero trascorrere del tempo³⁸.

Su un altro versante la questione della remunerazione del lavoro si pone in termini di equo compenso per l'attività autonoma in regime di (pseudo) libera concorrenza, in ragione del fatto che anche il mercato del lavoro autonomo, nell'economia dei servizi e *technology-driven*, registra fallimenti³⁹; le diverse posizioni di forza dei diversi contraenti che si dispiegano nella realtà di tali mercati, pur con le dovute differenze, richiamano sempre più da vicino le dinamiche di

La proposta di direttiva Ue sul salario minimo adeguato, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2021, n. 1, pp. 111-132; P. Pascucci; V. Speciale, *Spunti sul salario minimo dopo la Proposta di direttiva UE*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2021, n. 4, pp. 749-771; V. Bavaro, G. Orlandini, *Le questioni salariali nel diritto italiano, oggi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2021, n. 3, pp. 285-312. Sulle prospettive di regolazione del salario minimo in Italia, con particolare riferimento alle proposte di introduzione in via sperimentale e selettiva nei settori "poveri", si v. da ultimo T. Treu, *Salario minimo: estensione selettiva dei minimi contrattuali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 456/2022*.

³⁴ Sul tema: *Europa. Stipendi più equi per una ripresa equa e per difendere i lavoratori dall'aumento dei prezzi dell'energia* – Filctem-Cgil; posizione condivisa dal Commissario europeo per il lavoro Nicolas Schmit in *Linkiesta* del 30 maggio 2022, *Il commissario europeo Schmit vuole adeguare i salari all'inflazione*. In generale v. T. Müller, K. Vandaele, W. Zwysen, *Wages and collective bargaining: is social Europe really back on the agenda?*, Etui, 2021.

³⁵ Si v. R. Amato, *Dalla Germania alla Spagna l'Europa alza i salari. Italia al palo*, in *la Repubblica* del 9 maggio 2022.

³⁶ Valga la pena ricordare sul punto l'espressa esclusione della materia salariale dall'ambito delle competenze attribuite all'Unione dal capitolo "sociale" del TFUE e in particolare dall'art. 153, comma 5. Ed è forse la parziale forzatura dei limiti del principio di attribuzione, operata dal legislatore dell'Unione – sulla base di una netta volontà politica espressa in tal senso dalla Presidente della Commissione, Ursula Von der Leyen, che ne ha in qualche misura fatto una bandiera del suo mandato – a segnare plasticamente la discontinuità delle politiche sociali unionali, specie se confrontate con la reazione "austera" alla precedente crisi economico-finanziaria.

³⁷ Giusta una tendenza già a suo tempo individuata; cfr. B. Caruso, G. Ricci, *Sistemi e tecniche retributive*, in B. Caruso, C. Zoli, L. Zoppoli (a cura di), *La retribuzione: struttura e regime giuridico*, Napoli, Jovene, 1994, vol. 1, p. 37-90.

³⁸ Tale nuova dimensione teorica della retribuzione è sottolineata da M. Cacciari, *L'era del salario è finita: la ricchezza deve essere distribuita secondo nuovi criteri*, in *L'Espresso*, 9 maggio 2022.

³⁹ Si v. le analisi sulla debolezza economica e negoziale dei lavoratori autonomi del settore dello spettacolo contenute in *Dietro le quinte. Indagine sul lavoro autonomo nell'audiovisivo e nell'editoria libraria*, a cura di S. Bologna, A. Soru, in *Quaderni della Fondazione Brodolini - "Itinerari di diritto e relazioni di lavoro"*, 2022, reperibile online: <https://www.fondazionebrodolini.it/publicazioni/i-quaderni/dietro-le-quinte-indagine-lavoro-autonomo-audiovisivo-editoria>.

asimmetria e dipendenza economica presenti nel mercato e nel contratto di lavoro subordinato. È il tema della rivendicazione, da parte di ceti tradizionali ed emergenti - la galassia dei *freelancers* – appartenenti all'ampio spettro del lavoro autonomo, della giusta remunerazione (in forma di equo compenso); tema che richiama da presso, e si dipana in parallelo, con la declinazione, dottrinale e giurisprudenziale, del principio della retribuzione sufficiente e proporzionata.

A fronte della disarticolazione endogena che accomuna le grandi famiglie del lavoro subordinato e del lavoro autonomo – giusta la dicotomia tipologica tradizionale - si staglia, dunque, una comunanza di bisogni, di esperienze esistenziali (il lavoro *sans phrase*) e di domande di regolazione, che spinge verso una unificazione di principi regolativi e valoriali: ciò sia in Europa con il Pilastro sociale, sia nell'ordinamento interno con la riconsiderazione dell'art. 35 della Cost. Tutto ciò finisce per riequilibrare con riguardo al lavoro autonomo, e soprattutto in Europa, la egemonia culturale del primato regolativo del principio di concorrenza.

Per tornare alle proposte in campo, come anticipato, quella su salari minimi adeguati si colloca nel più ampio contesto di un rinnovato attivismo dell'Unione in materia sociale, del quale sono testimonianza anche una serie di altre recenti iniziative: dalle proposte in materia di contrattazione collettiva per i lavoratori autonomi⁴⁰, di reddito minimo⁴¹, di trasparenza dei sistemi retributivi nell'ottica della parità di genere, di diritto alla disconnessione⁴², di diritti di informazione, di salute e sicurezza e di rilancio del dialogo sociale, ad altre elaborate o preannunciate dalla Commissione alla luce di quanto previsto dal Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali del 4 marzo 2021.

Accanto alla iniziativa di contrasto (anche) della povertà salariale, un capitolo fondamentale della nuova agenda sociale dell'Unione sembra essere, anche a livello simbolico, quello costituito dalla proposta di direttiva sul lavoro su piattaforma che potrebbe essere considerato come l'epitome del lavoro precario (e povero)⁴³.

La proposta si misura con la necessità consentire una crescita sostenibile delle piattaforme di lavoro digitale nell'UE. In questo caso, la prospettiva della sostenibilità viene evocata nella sua accezione difensiva, come limitazione esterna agli effetti dirompenti di un fenomeno altrimenti altamente dannoso: l'esercizio incontrollato dei poteri monopolistici delle piattaforme di fronte alla debolezza socio-economica dei lavoratori delle piattaforme. Se è il miglioramento delle condizioni di lavoro dei *platform workers* che induce la Commissione a intraprendere questa iniziativa e se è pure vero che la proposta mira in prima battuta alla protezione di questi ultimi attraverso una riconduzione – per mezzo di presunzioni legali - sotto l'ombrello del lavoro subordinato, è anche vero che dall'approvazione della direttiva in commento potrebbero derivare effetti riflessi nel senso della tanto agognata estensione delle “*protective boundaries*” del diritto del lavoro⁴⁴.

A fianco di queste iniziative di *policy* e di proposte di regolazione nel campo del diritto del lavoro, si colloca, come già accennato, il pacchetto di misure di ripresa e resilienza – il regolamento Sure,

⁴⁰ European Commission, *Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission – Guidelines on the Application of EU competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons*, COM(2021) 8838 final.

⁴¹ Come preannunciato nell'Action plan sul Pilastro dei diritti sociali, sul tema del reddito minimo è a breve attesa una Raccomandazione del Consiglio (prevista nel corso del terzo trimestre del 2022).

⁴² Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021, recante “raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL))”.

⁴³ 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.

⁴⁴ Nel senso a suo tempo prospettato da G. Davidov, *A purposive approach to Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

fondamentale per la prima fase dell'emergenza – e soprattutto il piano Next Generation EU, come sintesi di una convergenza tra politiche economiche ispirate ai principi della transizione ecosostenibile e il recupero di una visione neokeynesiana di intervento pubblico nell'economia.

Può dirsi allora che il precipitare della crisi sanitaria abbia fatto oscillare il pendolo nel senso di un riequilibrio delle politiche sociali sia nel senso classico difensivo – iniziative di tutela di lavoratori deboli economicamente (salari minimi) e giuridicamente (lavoratori su piattaforma) – sia nel senso proattivo dell'incoraggiamento di nuove politiche di sviluppo sostenibile, dell'economia *green* e dell'inclusione sociale, con un parziale recupero dei (finora alquanto negletti) obiettivi politici sanciti dagli articoli iniziali (2 e 3) del TUE.

3.1. *Social mainstreaming* e bilanciamento nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: verso un concetto olistico di sostenibilità?

Tra le “pagine chiare” della nuova agenda sociale dell'Ue, si colloca il ribaltamento della dottrina Laval da parte dello stesso soggetto che l'aveva a suo tempo elaborata: la Corte di giustizia Europea.

Per chi guarda, anche in prospettiva diacronica, alla complessiva costruzione dell'ordinamento europeo (la foresta) evitando una osservazione dell'eurobarometro sociale attraverso singoli episodi (gli alberi)⁴⁵, il nuovo orientamento della Corte di giustizia nel caso *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*⁴⁶ va valutato non come un ulteriore episodio di una saga contraddittoria, ma come il contributo della giurisprudenza della Corte alla resilienza sociale di tipo ordinamentale dell'UE.

Oggetto del contendere, come ai tempi del *Laval quartet*, è la disciplina sul distacco transnazionale dei lavoratori, ma testo e contesto delle argomentazioni della CGUE non potrebbero essere più diversi dai suoi precedenti (noti per la lettura “socialmente frigida” delle norme sul distacco, in ossequio al primato delle libertà economiche fondamentali).

Per quanto attiene al contesto, è noto che la Corte di giustizia, in quanto attore del sistema europeo, difficilmente agisca come agente indipendente dalle complessive strategie di *policy* dell'Unione e venga invece in qualche misura osmoticamente condizionata dagli assetti mobili del contesto ordinamentale unionale – contribuendo, per altro verso e in maniera decisiva, a plasmarli. È in questa prospettiva che sembra di poter leggere (e apprezzare) il filone interpretativo “sostenibile” in corso di formazione nella giurisprudenza della Corte rispetto ai precedenti giurisprudenziali sul distacco, i quali certamente avevano contribuito a creare una sensazione di “straniamento assiologico” in buona parte degli studiosi.

Ma – al di là di queste rapide notazioni sul versante dei mutamenti di tipo politico-istituzionale – è soprattutto sul mutamento del “contesto regolativo” che si gioca un possibile, parziale, ri-bilanciamento degli intrecci tra libera prestazione dei servizi sovranazionale e ordinamenti lavoristici nazionali⁴⁷.

⁴⁵ In argomento si v. quanto già sostenuto in B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 61/2008.

⁴⁶ Corte di giustizia 8 dicembre 2020, C-620/18, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, § 41, 46.

⁴⁷ Peraltro, come ricorda D. Izzi (*Diritti sociali e integrazione negativa nel mercato unico europeo: da Laval a oggi*, in *Labor*, 2021, n. 5, p. 502), la necessità di ribilanciare i diritti dei lavoratori distaccati – ma anche gli assetti giuslavoristici degli stati ospitanti – era stata avvertita anche dalla Corte di giustizia, nella misura in cui nelle pronunce *Sähköalojen ammattiliitto* (C. giust., 12 febbraio 2015, causa

Sebbene con persistenti margini di ambiguità, il combinato disposto della direttiva *enforcement*⁴⁸ e della direttiva di riforma del 2018⁴⁹, ha certamente contribuito a creare la coordinate regolative per un rafforzamento delle tutele *antidumping* offerte dalla disciplina del distacco⁵⁰.

Uno dei tratti più interessanti della pronuncia resa in Ungheria c. Parlamento e Consiglio risiede nel fatto che la Corte, nel respingere il ricorso di annullamento contro la nuova direttiva sul distacco, ha fondato il suo ragionamento anche sulla clausola di *social mainstreaming* dell'art. 9 TFEU - finora poco valorizzata nella prassi e invece fondamentale nella misura in cui sancisce il compito dell'Unione di tenere conto "nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, [...] delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale". È evidente come dalla valorizzazione della clausola di *social mainstreaming*, finalmente "presa sul serio", nonché, come si legge nella pronuncia, "del compito [...] di vigilare sulla tutela degli interessi generali riconosciuti dal Trattato FUE",⁵¹ potrebbe passare una evoluzione anche giurisprudenziale nel senso del paradigma della sostenibilità.

Al di là e oltre il tema dei diritti sociali in senso stretto, alcuni recenti orientamenti della Corte fanno pensare a una giurisprudenza che volge lo sguardo al principio olistico di sostenibilità, come idea obiettivo forte della costruzione ordinamentale europea: una sorta di nuovo paradigma che potrebbe consolidare in senso neo umanistico il corso del diritto dell'Unione, imprimendo una naturale evoluzione e un più accorto bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali: dai diritti umani ai diritti sociali, passando per quelli ambientali (v. *infra* § 3.2.)⁵².

È possibile in questa sede solo limitarsi ad evocare - senza alcuna pretesa di esaustività né senza avere in questa sede occasione di approfondire i passaggi salienti di questo consolidarsi dell'assetto giurisprudenziale – alcune delle pronunce più significative sul punto. Basti pensare alle

C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*) e *RegioPost* (C. giust., 17 novembre 2015, causa C-115/14, *RegioPost*), «pur senza rinnegare il terzetto Laval, aveva colto l'occasione per temperarne gli eccessi».

⁴⁸ Direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

⁴⁹ Direttiva (Ue) 2018/957 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 giugno 2018 recante modifica della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

⁵⁰ Si pensi agli interventi di "demarcazione" del concetto di "temporaneità" del distacco, nonché, soprattutto, alla sostituzione della nozione di «tariffe minime salariali» con quella, ben più rilevante, di «retribuzione». Ed è proprio sul versante retributivo che si colloca uno dei tasselli della strategia regolativa dell'Unione preordinati a ri-equilibrare la disciplina del distacco – altrimenti possibile volano di una *race to the bottom* normativa e salariale – ossia il principio di "parità di retribuzione a parità di lavoro svolto nello stesso Stato membro", faticosamente introdotto dal legislatore europeo e contro il quale si erano diretti gli strali di due stati membri *newcomers* – Polonia e Ungheria – nei ricorsi di annullamento presentati contro la direttiva 2018/957. Si fa riferimento ai procedimenti – entrambi conclusi con il rigetto dei ricorsi – oggetto delle pronunce: Corte di giustizia 8 dicembre 2020, causa C-620/18, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'UE* e Corte di giustizia 8 dicembre 2020, causa C-626/18, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'UE*. Sui residui limiti di effettività della prevista parità di trattamento salariale per i lavoratori distaccati, si v. R. Santagata De Castro, *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2019, n. 2, 149 ss.; G. Orlandini, *Il dumping salariale nell'Unione Europea: nuovi scenari e vecchie problematiche*, in S. Borelli, A. Guazzarotti (a cura di), *Labour mobility and transnational solidarity in the European Union*, Jovene, 2019, 112 ss.

⁵¹ *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, § 41.

⁵² Si sofferma sulla dimensione olistica, anche con riferimento ai provvedimenti connessi al NGUE e al PNRR, F. De Leonardis (*La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, 2021, n. 4, p. 791): «Le parole chiave della trasformazione, del cambiamento, della transizione sono, quindi, interconnessione, sistema, multi-settorialità, sinergia, trasversalità, pluridimensionalità integralità, il passaggio è dai settori ai problemi e il principio chiave è senza dubbio quello di integrazione».

recenti sentenze sulla condizionalità dei fondi dell'Unione e del necessario rispetto della *rule of law* al fine della loro fruizione - principi che la Corte ha avuto modo di precisare, ancora una volta, su impulso degli Stati a presidenza ultra-conservatrice e euroscettica (Ungheria e Polonia), nel ricorso da essi presentato ai fini dell'annullamento del 2020/2092 UE⁵³. Nonché per altri versi, ma sempre con sentenze pregne di densi significati "sociali", nei casi della condanna dell'Ungheria per mancato rispetto della disciplina sovranazionale della protezione internazionale e del diritto di asilo⁵⁴, nonché delle pronunce sul tema della sostenibilità propriamente detta (nella sua declinazione ambientale)⁵⁵.

3.2. La sostenibilità come paradigma e come principio costituzionale

Il paradigma della sostenibilità è, notoriamente, uno e trino, comprendendo sincreticamente e unitariamente i sistemi ambientale, economico e sociale. Nella versione nazionale del PNRR i sistemi coinvolti dal paradigma diventano quattro, comprendendo anche la governance dei processi (legislatori, regolatori, amministrazioni e imprese)⁵⁶.

Il tema che si propone con forza è, allora, quello del bilanciamento "interno" e delle reciproche interferenze tra le tre dimensioni. Tali interferenze possono essere di tipo bilaterale e diretto; per esempio, tra libertà di iniziativa economica, di circolazione di beni e servizi e diritti sociali collettivi: si tratta dei casi sottostanti al Laval *quartet*; ovvero la questione della contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi *vis-a-vis* la libertà di mercato e il principio di concorrenza aperta⁵⁷. Ma le interferenze possono essere circolari e reticolari, con dislocazione conflittuale e/o aggregazione *random* degli interessi imputabili ai diversi *stakeholders* e riconducibili alle tre componenti del paradigma: esemplare la vicenda dell'Ilva di Taranto⁵⁸ e dei grandi bacini industriali inquinanti, ove gli interessi ambientali delle popolazioni e alla salute delle medesime (art. 32 Cost. e ora il nuovo art. 41, secondo comma, ma anche l'art. 9 riformato) si sono confrontati sia con l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva di una impresa considerata di "interesse strategico nazionale" (41 primo comma)⁵⁹; sia con l'interesse sociale occupazionale dei lavoratori

⁵³ Si fa riferimento ai ricorsi – rigettati dalla CGUE - presentati da Ungheria e Polonia per chiedere l'annullamento del Regolamento 2020/2092/UE (Regolamento 2020/2092 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione): *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'UE*, C-156/21; *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'UE*, C-157/21.

⁵⁴ *Commissione c. Ungheria*, C-821/19.

⁵⁵ In uno dei pochi casi sottoposti alla Corte su questi temi: *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias e altri c. Ypourgos Perivallontos, Chorotaxias kai Dimosion ergon e altri*, C-43/10; si v. anche (sebbene meno rilevante): *Armando Carvalho e altri c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, C-565/19 P.

⁵⁶ V. F. De Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit., p. 806 che parla di rinnovato protagonismo dei poteri pubblici (p.795).

⁵⁷ Il noto caso degli orchestrali olandesi *FNV Kunsten Informatie en Media c. Staat Nederlanden* (C-413/13), tra i tanti il commento di G. Pigliarini, *Lavoro autonomo, pattuizioni collettive e normativa antitrust: dopo il caso FNV Kunsten, quale futuro?*, in *Lavoro diritti Europa*, 2021, n. 4; P. Ichino, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, II, p. 573 ss.

⁵⁸ Per una sintetica ma puntuale ricostruzione storico-istituzionale, S. Laforgia, «Se Taranto è l'Italia»: il caso Ilva, in *Lavoro e diritto*, 2022, n. 1, p. 29 ss., ivi i necessari riferimenti bibliografici anche sulla vicenda giuridica; per una approfondita ricostruzione diacronica del caso, S. Romeo, *L'acciaio in fumo. L'Ilva di Taranto dal 1945 a oggi*, Roma, Donzelli, 2019. Una convincente messa a punto delle questioni giuridiche-istituzionali sollevate dal caso Ilva, ancora attuale, in M. Meli, *Ambiente, salute lavoro: il caso Ilva*, in *NLCC*, 2013, 3, p. 1168 ss.

⁵⁹ Corte cost. n. 182/2017.

impiegati (art. 4, comma 1, art. 35, comma 1, art. 36), coincidente contingentemente con l'interesse alla continuità economica dei siti da dismettere o da riconvertire in senso ambientalmente sostenibile; sia, infine, con l'interesse alla sicurezza del lavoro (art. 32), come acclarato nell'ultima sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva⁶⁰. Tale decisione ha comportato, al contrario dei suoi precedenti, e a conferma della natura mobile, concreta e dinamica del macro bilanciamento effettuato dalla Corte, la dichiarazione di incostituzionalità della norma di legge (governativa) e di tipo provvedimentale⁶¹.

La vicenda Ilva ha, pure, mostrato come ampio sia lo spazio della politica e dei decisori istituzionali, la cui discrezionalità lunga e paziente e spesso di alto e sofisticato contenuto giuridico, amministrativo e tecnologico, può entrare in rotta di collisione con i condizionamenti di decisioni contingenti, tecnologicamente incompatibili con prospettive di riconversione ecosostenibile, perché ispirate al principio precauzionale assolutizzato veicolato dal diritto penale preventivo. In situazioni in cui le scelte tragiche appaiono inevitabili è evidente che lo spazio per la funzione di macro-bilanciamento - e quasi di "arbitraggio politico", in senso alto - della Corte Costituzionale diventi più ampio. Risulta allora evidente che il paradigma della sostenibilità in sé appare l'unico in grado di giustificare, anche *ex post*, un bilanciamento circolare di tutti gli interessi secondo la nota formula utilizzata dai giudici costituzionali⁶² in una delle prime sentenze sul caso Ilva, ove assume, anche se non letteralmente, la dimensione olistica della sostenibilità come parametro decisionale (la tutela "sistemica e non frazionata"). Dentro la sostenibilità e il bilanciamento, tecnologicamente certamente difficile, e non fuori di essi come si è portati invece a pensare⁶³, c'è pure il progetto finale di riconversione *green* di uno stabilimento altamente inquinante e non la sua semplice chiusura. La sfida della conversione *green* è appunto quella della compatibilità tra sviluppo ed eco-sostenibilità ambientale non della decrescita economica come chiave di soluzione del problema. Si tratta, secondo i dettami della c.d. *blue economy* di governare una

⁶⁰ Corte cost. n. 58/2018. Sulla interconnessione bilaterale e circolare degli interessi in conflitto nel caso Ilva si rinvia a T. Guarnier, *Della ponderazione di un "valore primario". Il caso Ilva sotto la lente della Corte Costituzionale*, in *Diritto e società*, 2018, n. 2, p. 173 ss.

⁶¹ S. M. Corso, *Tutela della produzione e dell'occupazione versus tutela della salute e dell'ambiente: un caso di "legge provvedimento" all'ombra dell'Ilva di Taranto*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2022, numero straordinario, p. 237 ss.

⁶² Cfr. Corte cost. 85/2013. Si legge nel par. 9 della pronuncia che "la ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona".

⁶³ Sul punto non pare che le ultime scelte sull'ex Ilva rappresentino la crisi della tecnica del bilanciamento. La decisione di non chiudere il sito produttivo - chiusura richiesta dai comitati locali (si v. l'intervista dell'attore M. Riondino, *Taranto l'Ilva e la nostra riconversione culturale*, in *Culturama*, 2021) e astrattamente pure possibile (si v. il caso delle acciaierie tedesche della regione della Ruhr) - e di trasferirne il controllo allo Stato (la nuova società Acciaierie d'Italia), conferma invece proprio l'essenza del macro-bilanciamento: la volontà di rendere eco-compatibile il mantenimento della produzione di un sito nazionalmente strategico sotto il profilo economico (sul punto insiste E. Verdolini, *Il caso ILVA Taranto e il fil rouge degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte Costituzionale*, in https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/03/nota_182_2017_verdolini.pdf, ove ampi richiami ad autorevole dottrina costituzionalistica sull'interesse nazionale: una scelta quindi di bilanciamento tra sviluppo economico, ambiente lavoro e sicurezza, all'insegna della priorità della tutela ambientale e del paradigma della sostenibilità).

transizione verso «un sistema economico che indirizza la produzione e i modelli di consumo verso la tutela dell'ambiente»⁶⁴.

Nell'attuale quadro costituzionale europeo, e ora - dopo la riforma degli artt. 9 e 41 Cost. - anche domestico, il bilanciamento indotto dalla sostenibilità non è, dunque, più una opzione affidata soltanto ai decisori politici e istituzionali, ma un principio di rango superiore; ad esso questi ultimi devono sottostare dovendolo perseguire lungo un sentiero già tracciato dagli stessi giudici costituzionali, trovando ampi riferimenti nel concetto europeo di sviluppo economico eco-socialmente sostenibile⁶⁵.

La recente riforma della Costituzione italiana costituisce una presa d'atto sul piano formale di questo mutamento della Costituzione materiale con l'*addendum* di una sottolineatura dell'approccio antropocentrico della questione ambientale che, se non si spinge a riscrivere una chiara gerarchia dei valori costituzionali, certamente colloca la tutela dell'ambiente, nelle sue complesse variabili sistemiche, come valore/principio pivot da cui gli altri traggono linfa esistenziale. Nella recente riforma degli artt. 9 e 41 - sotto l'egida del paradigma della sostenibilità - si sancisce formalmente, al massimo livello, quello costituzionale, il bilanciamento astratto degli interessi sottostanti alle tre dimensioni della sostenibilità, con un riferimento abbastanza unico, nelle costituzioni europee, all'"interesse delle future generazioni" (art. 9 comma 3)⁶⁶, secondo indicazioni, con riguardo alla tutela dell'ambiente, per altro, provenienti anche dalla CEDU⁶⁷ e dalla storica sentenza della Corte costituzionale tedesca⁶⁸. È una scelta che trae la sua ispirazione dall'assetto costituzionale dei trattati europei ove uno dei principi-guida è da tempo quello dello sviluppo economico socialmente ed ambientalmente sostenibile. In tale contesto, la *querelle* che ha occupato a lungo l'agenda dei lavoristi sul primato europeo delle libertà economiche e del tasso

⁶⁴ Così F. De Leonardis, *La transizione ecologica come modello*, op. cit. p. 796 che considera la riforma dell'art. 41 Cost. una norma costituzionale legittimante la programmazione verde dell'economia.

⁶⁵ Nella Costituzione italiana il sostantivo "sostenibilità" ricorre soltanto con riguardo al debito pubblico. Nel Trattato UE, invece, il riferimento alla sostenibilità ambientale ricorre cinque volte e due volte nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il concetto è menzionato anche in varie costituzioni nazionali, per esempio quella francese e quella portoghese.

⁶⁶ L'interesse delle future generazioni è strettamente connesso alla sostenibilità nel senso che lo sviluppo all'insegna del paradigma è quello "che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i loro bisogni" così si legge nel rapporto della Commissione Brundtland, *Our common future*, 1987 cit. da A. Boitani, *L'illusione liberista*, cit., p.125.

⁶⁷ Corte europea dei diritti dell'Uomo, sent. 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia*. Corte europea dei diritti dell'Uomo, sent. 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia*. Tra i tanti, si v. il commento di S. M. Corso, *La storia infinita: la sentenza della Corte EDU sui risvolti ambientali e giuslavoristici della vicenda ILVA*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2019, n. 3, p. 405 ss., cfr. pure T. Guarnier, *Ancora sul caso Ilva...sotto la lente della Corte di Strasburgo*, in *Diritto e società*, 2018, n. 3, p. 485 ss.

⁶⁸ Bundesverfassungsgericht- BvG sent. 21 aprile 2021. La Corte ha ritenuto che la legislazione in materia di protezione climatica approvata dal Parlamento tedesco non prevedesse in concreto tutele nei confronti delle generazioni future, anche in considerazione degli effetti immediatamente derivati dall'implementazione dell'Agenda ONU 2030. In particolare si deduce come la Corte di Karlsruhe abbia correlato lo sviluppo sostenibile alla tematica attinente alla protezione di diritti umani fondamentali, attribuendo maggiore rilevanza tanto al profilo inter-generazionale (generazioni future) quanto a quello intra-generazionale (*global obligations*): per maggiori informazioni e per una sintesi dei principali contenuti della complessa e lunga pronuncia: <https://open.luiss.it/2021/05/28/perche-la-storica-sentenza-tedesca-impone-una-riflessione-sulla-responsabilita-intergenerazionale/>, v. pure <https://www.pandslegal.it/ambientale/sostenibilita-ambientale-la-storica-sentenza-tedesca/>. Particolarmente interessante è l'analisi della Corte nei riguardi del Brundtland Report, un atto avente formalmente carattere di *soft law* ma di fortissima importanza da un punto di vista sostanziale per il fatto che in esso, per la prima volta, si fa riferimento alla nozione di sviluppo sostenibile. All'interno della fonte in commento, che prende il nome dalla giurista norvegese Gro Harlem Brundtland e che venne pubblicata a seguito dell'istituzione della Commissione Mondiale Ambiente e Sviluppo nel 1987, si parla della sostenibilità come di una dimostrazione di coscienza e responsabilità in capo a ciascun individuo affinché le ripercussioni derivanti dalle proprie azioni non si manifestino nei riguardi delle generazioni future.

di “resistenza” dei diritti sociali di fronte alle incursioni della Corte di giustizia, si stempera e viene riassorbita nella concretezza del bilanciamento ragionevole e *non manifestamente errato*.

4. Il diritto sociale europeo, le crisi e il mondo che verrà

Il modello sociale europeo va, dunque, forgiandosi nelle temperie delle crisi, pur nella debolezza della sua infrastruttura costituzionale, se è vero che ogni stormir di foglia elettorale in uno degli stati guida ne mette a rischio la tenuta. E tuttavia una più chiara definizione di tale modello diventa ogni giorno più urgente in ragione delle risposte regolative che il cambiamento e le crisi epocali richiedono. Il fenomeno variegato, sincreticamente riconducibile alla digitalizzazione del lavoro, produce contraddittori cambiamenti della realtà materiale, tali solo in apparenza, trattandosi comunque di effetti diversi di un unico processo di trasformazione: da un lato, la creazione di nuove catene logistiche che mettono insieme post-modernità tecnologica e organizzazione vetero fordista; il che genera un *déjà-vu* di sfruttamento intensivo del lavoro, di sotto protezione sociale, ma anche nuove di forme di assoggettamento e di discriminazione, mascherate dalla oggettività tecnologica (l'algoritmo). Ma dall'altro, propone sperimentazioni partecipative e collaborative di nuovi lavoratori cognitivi (“la classe creativa”)⁶⁹ del tutto inedite e dal basso, soprattutto nelle aziende che hanno abbracciato il paradigma della sostenibilità e della centralità della risorsa umana⁷⁰.

Poiché si tratta di processi che attraversano i confini degli stati nazionali, essi rafforzano la tendenza, avviata già con il capitolo sociale del trattato di Maastricht del 1992, alla dimensione sovranazionale della regolazione lavoristica⁷¹ che porta sempre più impressa il segno della innovazione sociale e dello sperimentalismo. Rispetto a qualche decennio fa qualcosa però è cambiato. Il modello sociale europeo ha acquisito una identità, ma anche un'anima più definita. Il paradigma della sostenibilità, incastonato nelle tavole fondamentali dell'Unione (art. 3.3 TUE), mette insieme economia sociale di mercato fortemente competitiva, salvaguardia rigorosa dell'ambiente e tutela sociale non solo protettiva ma anche generativa di nuove relazioni cooperative nei luoghi di lavoro centrate sulla valorizzazione della persona e delle sue capability. Tale paradigma, già in sé molto qualificato sotto il profilo valoriale, si confronta e si intreccia, acquisendo ulteriore fulgore, con i valori liberali del costituzionalismo classico e dei principi e delle regole della democrazia rappresentativa (artt. 2, 9 10 e 11 TUE): l'eguaglianza, la non discriminazione, la solidarietà, la *rule of law*, il rispetto dei diritti umani. Sostenibilità come nuovo paradigma teorico e valori classici, fusi nelle nuove politiche che scaturiscono dal Pilastro sociale, possono allora costruire, se la ragione dovesse prevalere sull'orrore, la filigrana costituzionale del nuovo stato federale europeo che i governi e i popoli europei dovranno portare a compimento nello spirito immutato di Ventotene.

Malgrado i venti di guerra che la lambiscono come non mai dopo le tragedie del XX secolo e le crisi epocali che l'attraversano, l'Europa è ancora quella incantevole fanciulla, all'origine del suo

⁶⁹ La “classe creativa”, così definita da P. Perulli, L. Vettorelto, *Neoplebe, classe creativa, élite. La nuova Italia*, Bari, Laterza, 2022.

⁷⁰ B. Caruso, L. Zappalà, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in R. Del Punta (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze, Firenze University Press, 2022, pp. 29 ss.

⁷¹ B. Caruso, *Changes in the workplace and the dialogue of labor scholars in the “global village”*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2007, 28, 3, pp. 501-546.

mito, in grado di attrarre l'amore del padre degli dei e di procurare grandi doni per l'umanità intera e non solo per i suoi popoli.

Capitalismo digitale e controlli sulle attività telematiche dei lavoratori*

Alessandro Riccobono

1. Tecnica, tecnologia e controllo tecnologico nel capitalismo digitale.	19
2. I controlli sulle attività telematiche dei lavoratori e l'art. 4 Stat lav.: tra lavoro subordinato, <i>smart working</i> e lavoro tramite piattaforme digitali.	21
3. Le attività telematiche tra strumenti di lavoro e strumenti di controllo.	24
4. L'obbligo di adeguata informazione e i principi conformativi dell'ordinamento <i>privacy</i> .	28
5. Attività telematiche e controlli difensivi.	30
6. Osservazioni conclusive.	35

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 450/2022

1. Tecnica, tecnologia e controllo tecnologico nel capitalismo digitale.

L'impiego delle tecnologie avanzate al servizio dei rapporti di produzione è un elemento costante nel modello di sviluppo dei sistemi capitalistici contemporanei⁷².

La «quarta rivoluzione industriale»⁷³, come la si suole chiamare, ha consentito di integrare gli oggetti fisici nelle reti informatiche: *internet* viene associato a macchine intelligenti che formano un *network* sofisticato, e ciò ha reso «il mondo reale un sistema informativo esteso», che permette di collegare le unità produttive in un unico sistema economico digitalizzato⁷⁴.

Non vi sono dubbi sul fatto che l'industrializzazione basata sull'*information and communication technology* (ICT) sia da considerare un fenomeno rivoluzionario e periodizzante.

Eppure la società civile ne ha rapidamente metabolizzato le coordinate essenziali, a partire dai riflessi sui modi di lavorare, che cominciano ad essere considerati parte integrante di una nuova modernità⁷⁵.

Termini come «internet delle cose», «*computer clouding*», «*machine learning*», «algoritmi» e «piattaforme digitali», fanno parte del lessico quotidiano di tutti i consociati⁷⁶. E la percezione che i più moderni ritrovati della tecnica possano immagazzinare una enorme quantità di informazioni sulle persone che li adoperano appartiene alle dotazioni di senso comune di chiunque abbia maneggiato il più semplice degli *smartphone*.

Nel contesto delle relazioni di lavoro, l'avvento di nuovi modelli di *business* generati dal progresso tecnologico ha accentuato gli squilibri di potere socio-economico, consentendo un esercizio più intenso delle prerogative imprenditoriali⁷⁷. L'integrazione tra il lavoro umano e le risorse telematiche è così stretta che può arrivare a «catturare la vita della persona dentro il processo produttivo»⁷⁸.

Per dirla con *Shoshana Zuboff*, si assiste all'avanzata del «capitalismo digitale della sorveglianza», costruito sulle diseguaglianze sociali che la vasta gamma di strumenti capaci di estrarre informazioni e dati comportamentali sugli individui ha smisuratamente allargato⁷⁹.

⁷² R. BALDWIN, *Rivoluzione globotica. Globalizzazione, robotica e futuro del lavoro*, Bologna, 2020; A. CASILLI, *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo?*, Milano, 2020.

⁷³ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

⁷⁴ Così M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, I, 251 ss.

⁷⁵ S. DHONDT, P. OEU, F.D. POT, *Digital transformation of work: spillover effects of workplace innovation on social innovation*, in U. HOWALDT, C. KALETKA, A. SCHRÖDER, *A Research Agenda for Social Innovation*, *Elgaronline*, 2021, 99 ss.

⁷⁶ R. SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo sui lavoratori*, in *Lav. Giur.*, 2021, 19 ss.

⁷⁷ T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Federalismi.it*, 2022, 190 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Digitalisation of work: new challenges to labour law*, in *ADL*, 2021, 1329 ss.; S. MAINARDI, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2020, 341 ss.; E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2018, 63 ss.

⁷⁸ P. TULLINI, *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig-economy*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, I, 41 ss.

⁷⁹ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019. Da ultimo l'espressione è stata ripresa da M.W. FINKIN, *The surveillance capitalism controversy*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Padova, 2022, 279 ss.

All'interno di questo panorama è possibile cogliere una pluralità di aspetti che meritano attenzione, specialmente per le ricadute che presentano sulla regolazione dei rapporti di lavoro e sulle modalità di esercizio dei poteri tipici dell'imprenditore.

Un primo punto problematico è che i dati fluiscono comunemente tra dispositivi che possono prestarsi al tempo stesso a funzioni di lavoro, a funzioni di controllo, o a scopi di intrattenimento personale. Paradigmatico è il caso dei *social network*, che sono divenuti l'emblema di un'epoca in cui è possibile tenere una finestra sempre aperta sulla vita che i dipendenti conducono al di fuori dell'ambito professionale. La narrazione più benevola li considera strumenti di emancipazione avanzata per l'esercizio delle libertà democratiche, ma più spesso si tratta di «non-luoghi» in cui il principio della spersonalizzazione dei rapporti di lavoro è perennemente messo in discussione⁸⁰.

In seconda battuta occorre considerare che le tecnologie digitali hanno aperto la strada alla frammentazione multidimensionale di lavoro, consentendo il monitoraggio a distanza al di fuori degli ambienti fisici e attribuendovi carattere ubiquo⁸¹. L'esperienza del lavoro da remoto, che ha costituito la principale contromisura per fronteggiare l'emergenza pandemica⁸², prelude allo sviluppo di un nuovo modello ibrido in cui trovarsi perennemente sotto controllo potrebbe essere il prezzo da pagare per la flessibilità di lavorare da casa o da qualunque altra parte del mondo⁸³.

Vi è poi il variegato mondo del lavoro su piattaforma (*gig economy, sharing economy, on demand economy*)⁸⁴, dove le implicazioni del tracciamento *end-to-end* sono assai significative per via della fusione, in un unico dispositivo automatizzato, del centro di organizzazione, decisione e controllo della prestazione lavorativa⁸⁵. Anche su questo versante le ricadute sono molteplici, a partire dal fatto che l'elaborazione algoritmica, sulla quale si basano la ripartizione delle occasioni di lavoro e le opportunità di guadagno, può alterare la giustizia distributiva negli scambi e facilitare le pratiche discriminatorie, occultandole dietro l'apparente neutralità delle formule matematiche⁸⁶.

⁸⁰ A. TOPO, *Circolazione di informazioni, dati personali, profilazione e reputazione del lavoratore*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro*, cit., 439 ss., nonché, se si vuole, A. RICCOBONO, S. BOLOGNA, *What are you thinking about? freedom of expression and labour law in times of social networks*, in M. PALMA RAMALHO, C. CARVALHO, J. NUNES VICENTE, *Work in a digital era: legal challenges*, Lisbona, 2022, 627 ss.

⁸¹ P. BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in *Federalismi.it*, 2022, 106 ss.; M.T. CARINCI, A. INGRAO, *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma*, in *Lab. & Law Issues*, 2021, 12 ss.; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018.

⁸² M. NICOLOSI, *Le sfide del lavoro agile dopo l'emergenza pandemica*, in A. GARILLI (a cura di) *Dall'emergenza al rilancio*, Torino, 2020, 91 ss.

⁸³ R. DONNELLY, J. JOHNS, *Recontextualising remote working and its HRM in the digital economy: An integrated framework for theory and practice*, in *Int. Jour. of Human Resource Management*, 2021, 85 ss.

⁸⁴ C. CROUCH, *Se il lavoro si fa gig*, Bologna, 2019; A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bologna, 2019; J. PRASSL, *Humans as a Service. The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, Oxford University Press, 2018; D. WEIL, T. GOLDMAN, *Labor Standards, the Fissured Workplace, and the On-Demand Economy*, in *Perspectives on work*, 2016, 26 ss.

⁸⁵ V. DE STEFANO, A. ALOISI, *Il tuo capo è un algoritmo*, Bologna, 2020; E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University press, 2019.

⁸⁶ V. Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, in *Dir. rel. ind.*, 2021, 204 ss., con nota di M. FAIOLI, *Discriminazioni digitali e tutela giudiziaria su iniziativa delle organizzazioni sindacali*, che ha qualificato come antisindacale il comportamento di una nota piattaforma del *food delivery* che penalizzava nell'elaborazione del *ranking* reputazionale i ciclofattorini indisponibili a rispondere alle chiamate, perché impegnati in manifestazioni di protesta sindacale. Da ultimo. Trib. Palermo 12 aprile 2021, in *Lav. giur.*, 2021, 859 ss., con nota di S. BATTISTELLI, *Discriminazione per ragioni di affiliazione sindacale: il caso dei rider*.

Sarebbe tuttavia riduttivo considerare la digitalizzazione dell'economia un fenomeno limitato ai settori produttivi più sensibili all'innovazione tecnologica. I dati sono immanenti in ogni attività e le capacità rigenerative delle ICT hanno carattere universale: tale potenziale viene sfruttato in tutti i contesti e per tutte le tipologie di lavoro, fino a lambire anche i mestieri più tradizionali e meno qualificati⁸⁷. Proprio in quest'ultimo ambito, peraltro, emerge il lato più insidioso della digitalizzazione: il progresso tecnologico può essere *skill based*, cioè correlato positivamente con la domanda di lavoro altamente qualificato, ma anche divenire un formidabile mezzo per parcellizzare l'attività umana e costringerla all'interno di schemi autoritativi e gerarchizzati. Quando ciò accade, come nel caso dei *rider* o dei «*mechanical turker*», si ripropongono modelli di divisione del lavoro di tipo neo-tayloristico, di cui il monitoraggio intensivo costituisce un ingranaggio tanto essenziale quanto minaccioso⁸⁸.

2. I controlli sulle attività telematiche dei lavoratori e l'art. 4 Stat lav.: tra lavoro subordinato, *smart working* e lavoro tramite piattaforme digitali.

In questo scritto saranno presi in considerazione i principali problemi giuridici sollevati dalla sorveglianza digitale nel contesto sopra descritto.

L'area di interesse è quella delle «attività telematiche dei lavoratori»: locuzione qui intesa in chiave meramente stipulativa, che può essere utilizzata per riassumere le diverse situazioni in cui lo svolgimento di operazioni digitali che generano dati, informazioni e ogni altro elemento di interesse, anche se riguardante la vita privata del lavoratore, possa interferire con la dimensione dello scambio contrattuale e con le aspettative di riservatezza della persona che lavora.

La casistica più ricorrente riguarda il controllo delle *email* e degli accessi a *internet*, spesso associati alle pratiche di *cyberloafing* o *cyberslacking*⁸⁹. Ma vi rientrano anche il monitoraggio via GPS o tramite tecnologie a ultrasuoni, così come le verifiche biometriche o per mezzo di *software* per il riconoscimento facciale⁹⁰.

L'analisi di queste fattispecie sarà condotta alla luce dell'art. 4 della l. n. 300/1970⁹¹, che fornisce la cornice regolativa generale entro cui ricomporre l'equilibrio tra l'interesse del datore di lavoro

⁸⁷ J. CRUZ VILLALÓN, *Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione dell'economia*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 465 ss.

⁸⁸ G. RITZER, *La McDonaldizzazione del mondo nella società digitale*, Milano, 2020; A. BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione collettiva nell'economia digitale*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, 151 ss.

⁸⁹ Cioè l'uso del *web* per acquisti, intrattenimento, *social networking* e scambio di messaggi a contenuto privato durante l'orario di lavoro. Cfr. DEL PUNTA, *Social Media and Workers' Rights: What Is at Stake?*, in *Int. Journ. of Comparative Lab. Law and Ind. Rel.*, 2019, 79 ss.

⁹⁰ G. ZICCARDI, *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Lab. & Law Issues*, 2016, 48 ss.

⁹¹ La bibliografia sulla novella della disciplina statutaria, operata dall'art. 23 del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, e successivamente dall'art. 5, comma 2, d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185, è molto vasta. Cfr., limitatamente alle opere monografiche più recenti, A. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori. La nuova disciplina italiana tra vincoli sovranazionali e modelli comparati*, Torino, 2020; 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. Si v. altresì, G. PROIA, *Controlli a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare (ma senza fare confusione)*, in C. PISANI G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro*, cit., 329 ss.; A. MARESCA, *I controlli tecnologici a distanza*, in *Lav. prev. oggi*, 2021, 1 ss.; A. INGRAO, *Il potere di controllo a distanza sull'attività lavorativa e la nuova disciplina della privacy nella sfida delle nuove tecnologie*, in G. LUDOVICO, F.F. ORTEGA, T.C.

al buon funzionamento dell'organizzazione imprenditoriale e i diritti della personalità del lavoratore.

La disciplina dello Statuto, in particolare, sarà utilizzata come chiave di lettura unitaria per trattare le questioni che accomunano i rapporti di lavoro *standard* a quelli di nuova generazione, come lo *smart working* e il lavoro tramite piattaforme digitali.

A questo proposito basti ricordare che il raggio operativo dell'art. 4 si estende al di là dell'idealtipo per cui è stato pensato, cioè il lavoro dipendente prestato all'interno della fabbrica novecentesca⁹².

Nella specie, per quanto riguarda il «lavoro agile» il dettato statutario trova integrale applicazione grazie all'art. 21 della l. n. 81/2017: è vero infatti che tale disposizione rimette all'accordo fra le parti «la disciplina dell'esercizio del potere di controllo sull'attività resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali», ma ciò deve avvenire «nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300». Dal che si desume che l'autonomia individuale non è abilitata a disporre delle garanzie ivi previste, se non per irrobustirle a vantaggio del lavoratore⁹³.

Inoltre, l'art. 12.3 del Protocollo sul lavoro agile per il settore privato, sottoscritto in data 7 dicembre 2021, ribadisce la piena operatività del Regolamento 2016/679/EU (da ora anche GDPR), al cui interno è codificato il principio per cui il consenso dell'interessato non può costituire una legittima base del trattamento dei dati personali nelle situazioni in cui sussista uno squilibrio di potere contrattuale fra le parti⁹⁴. Il che è quanto accade nel contesto occupazionale, dove il consenso del prestatore di lavoro gioca un ruolo marginale, *a fortiori* per ciò che riguarda l'attivazione dei sistemi di monitoraggio a distanza⁹⁵.

NAHAS (a cura di), *Nuove tecnologie e diritto del lavoro*, Milano, 2021, 111; A. TROISI, *Potere informatico del datore di lavoro e controllo sui lavoratori, cinquant'anni dopo*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 1411 ss.; M.T. CARINCI, *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, 2017, 45 ss.; P. LAMBERTUCCI, *I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del c.d. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, I, 514 ss.; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 77; A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Milano, 2016, 717; C. ZOLI, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2016, 635 ss.; M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *ADL*, 2016, I, 483; 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 *Lab. & Law issues*, 2016, 1 ss.; V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL* 2015, 1186 ss.

⁹² Da ultimo S. SCIARRA, *Diritti e poteri nei luoghi di lavoro. Una lettura dello Statuto dei lavoratori nel tempo della pandemia*, in *Moneta e Credito*, 2021, 11 ss.

⁹³ A. BELLAVISTA, *Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Milano, 2018, 621 ss.; S. MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 223 ss. Dubitativamente A. PESSI, *I controlli dell'imprenditore nel lavoro agile e nel lavoro tramite piattaforma*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro*, cit., 530.

⁹⁴ Cfr. il *Considerando* n. 43 e l'art. 4, par. 1, n. 11 del GDPR, su cui cfr. da ultimo *European Data Protection Board, Linee guida sul consenso*, n. 5/2020, dove si ribadisce il principio per cui, nella maggior parte dei casi, il consenso del lavoratore non può considerarsi «libero, specifico, informato e inequivocabile». Per un'applicazione in concreto v. l'ordinanza ingiunzione del Garante per la protezione dei dati personali, 28 ottobre 2021, 384.

⁹⁵ In generale, sull'inderogabilità della disciplina dei controlli a distanza e sull'indisponibilità delle relative garanzie da parte dell'autonomia individuale, va richiamato il consolidato orientamento della magistratura penale secondo cui l'inosservanza dell'iter procedimentale prescritto dall'art. 4 Stat. Lav. – cui consegue la sanzione penale ex artt. 171, d.lgs. n. 196/2003 e 38 St. lav. – non può essere in alcun modo sanata attraverso la stipulazione di un accordo scritto fra il datore di lavoro e tutti i dipendenti, dovendosi presumere che la dichiarazione di questi ultimi non sia genuina, alla luce dello squilibrio di potere contrattuale fra le parti del rapporto. Cfr. Cass.

Quanto sopra indica che le sfide poste dalla crescente diffusione del lavoro da remoto non riguardano tanto le regole applicabili ai controlli tecnologici, quanto la difficoltà di delimitare l'estensione del potere da cui tali controlli promanano, tenuto conto della commistione tra tempi di lavoro e tempi di riposo cui dà vita la *homebody economy*⁹⁶. Non per caso il tema su cui più si discute riguarda l'effettività del cosiddetto diritto alla disconnessione, nella consapevolezza che le risposte sinora fornite dal legislatore nazionale⁹⁷ e dal citato Protocollo⁹⁸ non appaiono esauritive.

Sicché, in attesa che si compia l'iniziativa europea finalizzata ad introdurre «norme e condizioni minime» per garantire che tale diritto possa essere esercitato efficacemente⁹⁹, il principale baluardo contro il rischio che il lavoratore a distanza sia considerato «*always on*» – e dunque sempre monitorabile – rimane la contrattazione collettiva. E qui gli attori sindacali hanno già dato prova di saper allestire valide soluzioni¹⁰⁰.

Più complessa è l'individuazione dei limiti alla sorveglianza algoritmica nel lavoro tramite piattaforme digitali, dove l'applicazione dell'art. 4 Stat. Lav. deve fronteggiare lo *stress test* sulla qualificazione del rapporto, che costituisce problema comune nel panorama internazionale¹⁰¹.

In ambito domestico la disciplina delle collaborazioni etero-organizzate ex art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 è esplicitamente applicabile anche ai lavoratori delle piattaforme, e costituisce lo strumento principale per l'esportazione delle tutele dello Statuto nella zona grigia tra autonomia e subordinazione.

Non a caso, la giurisprudenza sinora pronunciata sulla saga dei ciclofattorini ha chiarito che l'esercizio dei poteri di direzione e controllo attraverso il *management* algoritmico va considerato un equivalente funzionale dell'uso delle prerogative unilaterali da parte di un datore di lavoro

pen., sez. III, 17 gennaio 2020, n. 1733, in *Guida al lav.*, 2020, n. 6, 50, con nota di M. DELLE CAVE, *Installazione di telecamere, il consenso dei dipendenti non basta per evitare il reato*; Cass. pen., sez. III, 17 dicembre 2019, n. 50919, in *Lav. giur.*, 2020, p. 1, con nota di G. TAIANI, *Violazione dell'art. 4 St. lav. e consenso del lavoratore*.

⁹⁶ V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2018, I, 38.

⁹⁷ Va qui ricordato che l'art. 2 del d.l. 13 marzo 2021, n. 30, conv. dalla l. 6 maggio 2021 n. 61, ha riconosciuto il diritto del lavoratore agile «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». Ma si tratta di una previsione collocata nel contesto della legislazione emergenziale, che sconta il limite della transitorietà. Cfr. P. BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in *Federalismi.it*, cit., 116. Critica rispetto alla disposizione anche R. ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione. Nuove modalità di tutela della qualità del tempo di vita nella prospettiva giuslavoristica*, in *Lav. Dir. Europa*, 2022, 1 ss.

⁹⁸ Anche in questo caso le previsioni appaiono piuttosto generiche, specialmente per ciò che riguarda la variante del lavoro agile per «obiettivi», dove un intervento più deciso sarebbe stato necessario, tenuto conto che in questo caso il rischio di commistione tra tempi produttivi e tempi liberi è certamente maggiore di quello che si prospetta nella variante «a tempo».

⁹⁹ Cfr. la Risoluzione del parlamento Europeo del 21 gennaio 2021, recante *Raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione*, 2019/2181/INL, su cui E. FIATA, *L'iniziativa europea sul diritto alla disconnessione*, in *Lav. Dir. Europa*, 2021, 1 ss.

¹⁰⁰ Cfr. i casi citati da A. LEVI, *tempo di lavoro, digitalizzazione e diritto alla disconnessione, tra vecchie esigenze di tutela e nuove modalità di protezione*, in corso di pubblicazione in *Studi in onore di A. Garilli*.

¹⁰¹ Il tema è centrale nella proposta di Direttiva della Commissione UE sul miglioramento delle condizioni di lavoro nelle piattaforme, COM (2021) 762, su cui M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Lab. & Law. Issues*, 2021, 3 ss.; S. GIUBBONI, *La proposta di direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, in *www.eticaeconomia.it*, Menabò, 16 gennaio 2022.

umano, quale che sia la natura della relazione contrattuale controversa¹⁰². A tale indirizzo ha fatto eco anche il Garante per la protezione dei dati personali, che ha ulteriormente allargato il raggio operativo dell'art. 4 Stat. Lav., sottolineando come le garanzie ivi previste rientrino fra i livelli minimi di tutela che l'ordinamento riconosce anche ai *rider* autonomi ex art. 47-*quater*, d.lgs. n. 81/2015¹⁰³.

A monte di questi interventi, peraltro, non va trascurato che l'uso del trattamento algoritmico è sottoposto al limite generale di cui all'art. 22 del GDPR, che sancisce il divieto delle decisioni basate unicamente su trattamenti automatizzati, anche ai fini della profilazione, quando da ciò derivino conseguenze giuridiche sull'interessato o altri effetti che incidano in modo significativo sulla sua persona¹⁰⁴.

Ciò comporta che qualsiasi decisione basata su algoritmi digitali, per essere lecita, deve incorporare almeno in parte il contributo umano, in modo tale che il lavoratore possa comprenderne il significato ed eventualmente contestarla, secondo una logica che oppone il controllo democratico al determinismo tecnologico¹⁰⁵.

Si tratta di una importante limitazione al potere del titolare del trattamento, la cui funzione, già oggetto di interventi da parte del Garante *privacy*¹⁰⁶, ha cominciato ad essere valorizzata anche dalla giurisprudenza nazionale, che si è dimostrata particolarmente attenta all'esigenza di garantire pratiche di monitoraggio etico e trasparente, a tutela dei diritti fondamentali della persona¹⁰⁷.

3. Le attività telematiche tra strumenti di lavoro e strumenti di controllo.

È opinione condivisa che la riscrittura in chiave evolutiva dell'art. 4 Stat. Lav. abbia apportato elementi di maggiore flessibilità al sistema dei controlli a distanza, pur senza intaccare il divieto di sorveglianza anelastica e fine a sé stessa dell'attività dei lavoratori¹⁰⁸.

Segnatamente, l'attuale disciplina continua a basarsi sul modello generale della procedimentalizzazione del potere datoriale, il cui esercizio è sottoposto al doppio vincolo della co-determinazione (tramite accordo sindacale o autorizzazione amministrativa)¹⁰⁹ e della ricorrenza di specifici

¹⁰² F. CARINCI, *Il percorso giurisprudenziale sui rider. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020*, ADL, 2021, 1 ss. Cfr., da ultimo, Trib. Torino, 18 novembre 2021, in *Labor*, 2022, 213, con nota di A. GARILLI, C. DE MARCO, *La qualificazione del lavoro dei rider: ancora una volta il giudice accerta la subordinazione e individua nella piattaforma interponente il reale datore di lavoro*. Ancora più recente, Trib. Milano, 20 aprile 2022, n. 1018, *inedita*.

¹⁰³ Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, ord. ingiunzione 10 giugno 2021, n. 234.

¹⁰⁴ Sul rischio che tali strumenti spingano gli svantaggiati sempre più in basso nella piramide sociale, cfr. G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Il Mulino*, 2019, 199 ss.

¹⁰⁵ Cfr. Gruppo di lavoro art. 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione*, 3 ottobre 2017, in <https://ec.europa.eu/>.

¹⁰⁶ V. Autorità garante per il trattamento dei dati personali, 11 ottobre 2018, n. 467, che prescrive l'obbligo di sottoporre a valutazione di impatto ex art. 35, comma 4, del Regolamento (UE) n. 2016/679, i trattamenti automatizzati.

¹⁰⁷ Da ultimo cfr. Cass. 25 maggio 2021 n. 14381, in *Riv. giur. lav.*, 2021, II, 441 ss., con nota di C. DE MARCO, *Algoritmi reputazionali e consenso validamente prestato*.

¹⁰⁸ M. RICCI, *I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità "nel lavoro"*, in ADL, 2016, I, 740 ss.; C. ZOLI, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2016, 635 ss.

¹⁰⁹ Su cui v. E. VILLA, *Accordo sindacale e procedura amministrativa nei controlli a distanza dei lavoratori*, in *Var. temi. Dir. Lav.*, 2016, 707 ss.

presupposti giustificativi per «l'installazione di impianti audiovisivi o di altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori» (art. 4, comma 1)¹¹⁰.

Il controllo diretto e subdolo rimane dunque vietato, mentre continua ad essere ammesso quello preterintenzionale, quale conseguenza indiretta del ricorso di «esigenze organizzative, produttive e di sicurezza del lavoro», cui la novella ha aggiunto anche la «tutela del patrimonio aziendale».

Soltanto per «gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa» e per quelli di «registrazione degli accessi e delle presenze» non è richiesto alcun filtro autorizzativo, delineandosi in tal modo un'area residuale in cui il controllo incidentale è libero, o per meglio dire giustificato *in re ipsa*, promanando da apparecchiature tecnologiche direttamente integrate nel processo produttivo (art. 4, comma 2).

La distinzione tra «strumenti di controllo» e «strumenti di lavoro» assume un peso determinante ai fini dell'individuazione dei limiti al monitoraggio a distanza, ma quando il *focus* è centrato sulle attività telematiche si incontra uno specifico elemento di complicazione.

Ed infatti, poiché l'infrastruttura della società dell'informazione è essenzialmente costituita dall'apporto di mezzi telematici, accade sempre più spesso che il lavoratore sia allo stesso tempo soggetto attivo, che si avvale di una connessione informatica per intervenire sul processo produttivo, e soggetto passivo, che può subirne la forza intrusiva.

Sui criteri che permettono di distinguere gli strumenti di lavoro da quelli di controllo il panorama interpretativo è assai vario.

La posizione più liberista suggerisce di qualificare come strumento di lavoro qualsiasi dispositivo tecnologico che assolva una funzione in senso lato prestazionale: vi rientrerebbero cioè anche le risorse ausiliarie, che vengono fornite al personale per migliorare la produttività o l'efficienza¹¹¹.

In un contesto in cui la realtà materiale e quella digitale si autoalimentano, una simile opzione non è condivisibile: essa porterebbe alla rapida neutralizzazione dello spazio applicativo dell'art. 4, comma 1, alterando il rapporto regola-eccezione con il comma 2.

Ancor meno convincente è la tesi per cui lo strumento di lavoro sarebbe quello identificato come tale dal datore di lavoro nell'esercizio del potere direttivo¹¹²: se così fosse, il creditore della prestazione potrebbe disapplicare a proprio piacimento le garanzie poste a tutela del contraente debole, disponendo di una normativa che si è già ricordato essere inderogabile *in peius*.

¹¹⁰ La nozione di attività dei lavoratori, come è noto, non coincide con quella di attività lavorativa, avendo portata più ampia, cioè comprensiva sia delle condotte solutorie sia di quelle non direttamente strumentali all'adempimento, come le cosiddette licenze comportamentali o le pause. V. in tal senso Cass. 3 luglio 2001, n. 8998, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2002, 34.

¹¹¹ Così PISANI, *Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze*, cit., 446; G. PROIA, *Controlli a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare (ma senza fare confusione)*, cit. 329. In giurisprudenza la tesi è accolta da Trib. La Spezia, ord., 25 novembre 2016, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2017, 16, che ha considerato strumento di lavoro *ex art. 4, comma 2*, la tessera *Viacard* utilizzata dal lavoratore per effettuare pagamenti ai caselli autostradali.

¹¹² In tal senso A. MARESCA, *I controlli tecnologici a distanza*, cit., 10 ss. In termini simili anche E. GRAGNOLI, *Gli strumenti di controllo e i mezzi di produzione*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2016, 651; A. INGRAO, *Il potere di controllo a distanza sull'attività lavorativa e la nuova disciplina della privacy*, cit., 124.

In mezzo si colloca l'opinione, senz'altro più persuasiva, secondo cui non esiste una definizione ontologica dello strumento di lavoro, dovendosi procedere volta per volta mediante un approccio ermeneutico a geometria variabile¹¹³: gli *hardware* e i *software* diffusi negli ambienti di lavoro hanno carattere polifunzionale e si prestano ad usi promiscui, per cui l'individuazione di ciò che è funzionale all'adempimento varia a seconda del tipo di mansione e dell'organizzazione aziendale¹¹⁴.

I *social network*, ad esempio, possono essere considerati strumenti di lavoro per coloro che svolgono mansioni di *social media manager* o curano il *web marketing* per conto di imprese o personaggi famosi. Allo stesso modo, le *chat online* potrebbero esserlo per quanti vengano adibiti ai servizi di *customer care* allestiti direttamente sul *web* dalle grandi multinazionali¹¹⁵.

Più difficile giungere alla medesima conclusione quando le *community virtuali* siano utilizzate per favorire la condivisione o l'interscambio di informazioni in ambito aziendale, anche se un recente pronunciamento della Corte di Cassazione sembra aprire prospettive in tal senso¹¹⁶.

Questo non significa che la classificazione debba fondarsi su basi essenzialmente casistiche, restando affidata al libero apprezzamento dell'interprete.

Nella *law in action* – che in questa materia è frutto dell'integrazione sinergica tra il formante giurisprudenziale, le pronunce del Garante per la protezione dei dati personali e le prescrizioni delle altre autorità amministrative (Ispettorato e Ministero del lavoro) – si è infatti suggerito il fondamentale criterio-guida per cui gli «strumenti di lavoro» sono esclusivamente quelli indispensabili per l'esatto adempimento della prestazione lavorativa¹¹⁷.

Nel regime residuale di cui all'art. 4, comma 2, rientrano pertanto i soli dispositivi tecnologici senza i quali il lavoratore non potrebbe utilmente assolvere gli obblighi contrattuali¹¹⁸.

Tendenzialmente si possono considerare strumenti di lavoro il *pc* aziendale, il sistema operativo, l'*antivirus*, il *browser internet* e il *client* di posta elettronica aziendale¹¹⁹: ancorché si tratti di

¹¹³ Così M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., 488.

¹¹⁴ In questo senso Trib. Torino 19 settembre 2018, n. 1664, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, 9 con nota di C. CRISCUOLO, *Potere di controllo e computer aziendale*.

¹¹⁵ E. ROCCHINI, *Social network e controlli a distanza. Alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, 143 ss.; M. FORLIVESI, *Il controllo della vita del lavoratore attraverso i social network*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 37.

¹¹⁶ Cass. 22 settembre 2021, n. 25731, in *Dejure*, che in un *obiter dictum* ha qualificato la chat aziendale via *whatsapp* come strumento funzionale alla prestazione lavorativa. V. però Trib. Milano 24 ottobre 2017, in *Dir. rel. ind.*, 2019, II, 303, con nota di G. CASSANO, *Prime pronunce sul nuovo art. 4 l. n. 300/1970*, che ha considerato *whatsapp* strumento di controllo *ex art.*, 4, comma 1, per assenza della sua strumentalità rispetto all'adempimento della prestazione lavorativa.

¹¹⁷ Cfr. la Relazione del Garante per la protezione dei dati personali, 28 giugno 2016, *Relazione annuale per l'anno 2015*; Ispettorato nazionale del lavoro, circolare 7 novembre 2016, n. 2 e circolare 26 luglio 2017, n. 4; Ministero del Lavoro, nota 18 giugno 2015.

¹¹⁸ Per questa tesi cfr. A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 717; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit., 77; M.T. CARINCI, *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, cit., 45 ss.

¹¹⁹ Qualifica l'*email* aziendale come strumento di lavoro Trib. Roma, 24 marzo 2017, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 265, con nota di E. GRAMANO, *La rinnovata (ed ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*. La *email* privata del dipendente non può ovviamente costituire strumento di lavoro. Sul punto va altresì precisato che i messaggi trasmessi tramite applicazioni di messaggistica e coperti da password o filtri *privacy* sono inutilizzabili: contenuto dei dati esteriori delle comunicazioni e *file* allegati sono coperti dalle garanzie costituzionali in tema di segretezza della corrispondenza personale, sicché il datore non potrebbe sottoporli ad attività

hardware e *software* che consentono di incamerare dati informatici, essi rientrano nell'area di esenzione dalla procedura co-determinativa prevista dall'art. 4, comma 1, ferme restando le garanzie sancite dal comma 3 per il trattamento e l'utilizzabilità delle informazioni raccolte, di cui si dirà *infra*¹²⁰.

In casi più circoscritti, anche i dispositivi per la raccolta e il trattamento di dati biometrici possono essere considerati indispensabili ai fini dell'adempimento: l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, ad esempio, ha ritenuto sottratta ai vincoli autorizzativi l'installazione di sistemi di riconoscimento biometrico per l'avviamento delle macchine di lavoro, laddove tale scelta risponda all'esigenza di impedire l'accesso di soggetti non autorizzati ad aree in cui sia necessario assicurare elevati e specifici livelli di sicurezza, e sempre che sia rispettato il criterio dell'*extrema ratio* nel trattamento dei dati relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona¹²¹.

Si giunge invece a conclusioni diverse quando sugli strumenti di lavoro vengano installate componenti aggiuntive che operano in funzione di tracciamento dell'attività posta in essere dal lavoratore: tali sono i *proxy server* per il monitoraggio della navigazione *internet*¹²² o della posta elettronica aziendale¹²³, ma anche le applicazioni che rilevano se i dipendenti sono connessi alla rete aziendale e lavorano¹²⁴, o ancora quelle che registrano le sequenze di tasti e i movimenti del *mouse*, o che riflettono lo schermo dei dipendenti per proiettarlo direttamente sulla scrivania del datore di lavoro¹²⁵.

di controllo, quand'anche l'invio avvenga dal luogo di lavoro. Cfr. Cass. 10 settembre 2018, n. 21965, in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, 477, con nota di S. BINI, *Offese reali in contesti virtuali: social network e limiti al diritto di critica*. V. anche I. PICCININI, M. ISCERI, *Questioni attuali sul potere di vigilanza e controllo del datore*, in *Lav. dir. Europa*, 4/2021, 1 ss.; C. CRISCUOLO, *Il controllo sugli account di posta elettronica e di messaging aziendale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, 284 ss.

¹²⁰ Per i principi cui si deve allineare il datore di lavoro nel trattamento dei dati personali mediante posta elettronica, v. Garante per la protezione dei dati personali, 22 dicembre 2016, n. 547; Garante per la protezione dei dati personali, 1 febbraio 2018, n. 53, nonché le linee guida emanate con delibera 1 marzo 2007, n. 13. V. sul punto C. CARTA, *I limiti al potere di controllo sui lavoratori nell'uso di internet e dei servizi di comunicazione elettronica: per un diritto alla moderazione*, in *Labor*, 2018, 467 ss.

¹²¹ Cfr. Ispettorato Nazionale del Lavoro, circolare 19 febbraio 2018, n. 5, che richiama il Provvedimento generale prescrittivo in tema di biometria emanato dal Garante per la protezione dei dati personali del 12 novembre 2014. Sul punto va altresì osservato che l'utilizzo della verifica biometrica non è ammesso ai fini del controllo generalizzato dell'accesso ai luoghi di lavoro e della rilevazione delle presenze in servizio. Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, ordinanze ingiunzioni 14 gennaio 2021, n. 16; 22 maggio 2018, n. 331 e 1 marzo 2018, n. 124. Si v. altresì il Parere 19 settembre 2019, n. 167, che ha censurato per gli stessi motivi lo schema di regolamento di attuazione dell'art. 2, l. 19 giugno 2019, n. 56 (cd. «Legge Concretezza»).

¹²² Garante per la protezione dei dati personali, 13 maggio 2021, n. 190; Garante per la protezione dei dati personali, 5 febbraio 2015, n. 65. Nel precedente quadro normativo, l'obbligo di seguire la procedura codeterminativa per il monitoraggio dei dati di traffico *internet* era stato affermato da Cass. 19 settembre 2016, n. 18302, in *Dejure*, e da Cass. 1 ottobre 2012, n. 16622, in *Lav. Giur.*, 2013, 383, con nota di E. BARRACO, A. SITZIA, *Un de profundis per i "controlli difensivi" del datore di lavoro?*. V. anche Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Riv. giur. Lav.*, 2010, II, 462, con nota di A. BELLAVISTA, *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*.

¹²³ Garante per la protezione dei dati personali, 13 luglio 2016, n. 303, che ha censurato l'utilizzo, da parte di un'università italiana, di un *software* che permetteva il monitoraggio massivo delle attività telematiche (*internet* e *posta elettronica*) poste in essere dai dipendenti.

¹²⁴ Garante per la protezione dei dati personali, 8 marzo 2018, n. 13, che ha considerato strumento di controllo e non di lavoro il *software* «Arcadia», impiegato dai lavoratori addetti ad un *call center* per la gestione del servizio clienti di una grande società di telecomunicazioni. Diverso il caso dei *dialer* che permettono il mero smistamento delle telefonate dal centralino, qualificati come strumento di lavoro da Trib. Pescara, 25 ottobre 2017, *Dejure*.

¹²⁵ Prima della riforma dell'art. 4 Stat. Lav., Cass. 9 febbraio 2016, n. 2531, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016, 299, aveva ritenuto necessaria l'autorizzazione sindacale o amministrativa per l'uso di un *software* attraverso cui Poste Italiane poteva monitorare in tempo reale le operazioni compiute dagli addetti allo sportello, attraverso il *mirroring* dello schermo.

Il criterio interpretativo finora seguito va utilizzato anche per le tecnologie di geolocalizzazione satellitare, che in linea di massima non costituiscono strumenti per rendere la prestazione lavorativa¹²⁶, nemmeno se integrati nelle applicazioni delle piattaforme digitali o negli *smart wearable*¹²⁷: anche in questi casi si tratta di dispositivi che normalmente «eccedono le necessità immediate della prestazione»¹²⁸, venendo installati per soddisfare l'interesse datoriale all'incremento delle *performance* lavorative, con finalità di controllo aggiuntivo sul *quantum* della prestazione.

Nei casi sopra esaminati, pertanto, sebbene lo strumento di lavoro e quello di controllo possano risultare compenetrati in un'unica risorsa digitale multifunzione, occorrerà rispettare i vincoli procedurali e finalistici dell'art. 4, comma 1, pena l'inutilizzabilità dei dati raccolti e l'illiceità dell'attività di monitoraggio, tuttora assistita dalla sanzione penale *ex art.* 38 Stat. Lav.

4. L'obbligo di adeguata informazione e i principi conformativi dell'ordinamento *privacy*.

A prescindere dalla qualificazione che si attribuisca allo strumento informatico – «di lavoro» o «di controllo» – l'utilizzabilità dei dati raccolti «per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro», quindi anche disciplinari¹²⁹, è subordinata ai vincoli posti dal nuovo art. 4, comma 3 dello Statuto.

Ivi è previsto che il lavoratore debba essere adeguatamente informato sulle «modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli», e che il trattamento dei dati avvenga «nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196»¹³⁰.

La previsione ha decretato in modo esplicito l'integrazione fra l'ordinamento giuslavoristico e l'ordinamento *privacy*¹³¹, riconoscendo nella disciplina sulla protezione dei dati personali l'elemento di chiusura del sistema: l'operatività di tale normativa è piena e generalizzata, ma la sua centralità si manifesta soprattutto nell'area del controllo libero *ex art.* 4, comma 2, dove le regole poste a tutela della riservatezza definiscono i confini della legittima acquisizione dei dati riguardanti l'attività lavorativa e ne condizionano l'utilizzabilità anche in sede processuale. Il che costituisce, *de facto*, il principale (se non l'unico) presidio a difesa del lavoratore che si avvalga di strumenti telematici direttamente funzionali all'adempimento¹³².

¹²⁶ V. Ispettorato Nazionale del Lavoro, circolare 7 novembre 2016, cit., secondo cui il GPS può essere considerato strumento di lavoro, esentato dalle regole dell'art. 4, comma 1, Stat. Lav., soltanto in casi eccezionali, quando ad esempio l'installazione sia richiesta da specifiche normative di carattere legislativo o regolamentare (es. uso dei sistemi GPS per il trasporto di portavalori superiore a euro 1.500.000,00, ecc.). In senso analogo, Garante per la protezione dei dati personali, 16 marzo 2017, n. 138. Prima della riforma dell'art. 4, l'obbligo di assoggettare l'installazione del GPS alla procedura codeterminativa era stato affermato da Cass. 5 ottobre 2016, n. 19922, in *Mass. Giur. Lav.*, 2017, 48 ss., con nota di G. VIDIRI, *I controlli a distanza prima e dopo il Jobs Act*.

¹²⁷ *Contra*, R. DI MEO, *Tecnologie e poteri datoriali: commento a margine del c.d. braccialetto Amazon*, in *Labour & Law Issues*, 2018, 1 ss.; A. INGRAO, *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, I, 895 ss.

¹²⁸ A. INGRAO, *Il controllo a distanza sulla prestazione del ciclo fattorini tra Scoober App e GPS*, in *Labour & Law Issues*, 2021, 168.

¹²⁹ In tal senso, espressamente, Cass. 9 novembre 2021, n. 32760, in *Guida al lav.*, 2021, 32, con nota di G. DE FAZIO, *Il datore può controllare il computer aziendale del dipendente anche per fini disciplinari*.

¹³⁰ Oggi da leggere alla luce del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, di adeguamento al GDPR.

¹³¹ La qual cosa si poteva già desumere nel precedente quadro normativo, cfr. A. BELLAVISTA, *I poteri dell'imprenditore e la privacy del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 2003, 169 ss.

¹³² Nel regime generale di cui all'art. 4, comma 1, invece, la disciplina della *privacy* costituisce un secondo filtro, che si aggiunge all'obbligo di rispettare le condizioni autorizzatorie per l'installazione degli strumenti di controllo a distanza, dalla cui inosservanza la giurisprudenza faceva già discendere l'inutilizzabilità delle informazioni raccolte. Cfr., da ultimo, Trib. Roma, 13 giugno 2018, in *Riv. Giur. Lav.*, 2018, II, 62, con nota di M. VERZARO, *Controlli tecnologici e utilizzabilità dei dati acquisiti*.

Sebbene si riscontri una diffusa tendenza a distinguere l'attività di controllo (art. 4, commi 1 e 2) dal regime di utilizzabilità dei dati raccolti (art. 4, comma 3)¹³³, è preferibile ritenere che il nesso «controlli-privacy» si sviluppi all'interno di una relazione circolare: le regole per il monitoraggio tecnologico e quelle per il trattamento dei dati personali si tengono e si condizionano a vicenda, perché il controllo a distanza costituisce esso stesso una forma di «trattamento automatizzato» di dati personali dei lavoratori¹³⁴.

Da ciò alcuni corollari di rilievo per il tema che si sta trattando.

Innanzitutto va precisato che il monitoraggio sulle attività telematiche dei lavoratori deve essere sempre preceduto dall'adeguata informazione sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli. Non è infatti condivisibile la tesi per cui l'informativa potrebbe essere resa anche in un momento successivo alla raccolta dei dati, afferendo al momento, solo eventuale, in cui insorga l'interesse aziendale all'utilizzo dei dati raccolti¹³⁵.

Se così fosse, l'obbligo di informare il lavoratore della possibilità di essere sottoposto a controllo sarebbe *inutiliter dato*, risolvendosi in un avviso «a cose fatte», con intuibili ripercussioni laddove le informazioni raccolte all'insaputa dell'interessato rilevino sul piano disciplinare.

Al contrario, le metodologie di acquisizione, conservazione e utilizzazione dei dati personali devono essere prevedibili, cioè in grado di garantire la ragionevole aspettativa alla *privacy* dell'interessato. E ciò in linea con la filosofia del GDPR, che si ispira al modello prevenzionistico della normativa in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

L'informazione ex art. 4, comma 3, va dunque fornita in un momento necessariamente antecedente all'inizio della raccolta dei dati, in modo che la funzione investigativa delle tecnologie di monitoraggio sia contenuta a vantaggio di quella deterrente/pedagogica. In tal senso si sono recentemente espressi sia la Corte di Cassazione¹³⁶, sia il Garante per la protezione dei dati personali¹³⁷, in conformità all'orientamento già espresso dalla Corte Edu nel celebre caso *Bărbulescu*¹³⁸.

¹³³ I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo «a distanza» dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, cit. 15 ss.; G. PROIA, *Controlli a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare (ma senza fare confusione)*, cit., 335; A. MARESCA, *I controlli tecnologici a distanza*, cit., 3 ss.

¹³⁴ A. INGRAO, *Il potere di controllo a distanza*, cit., 119.

¹³⁵ A. MARESCA, *I controlli tecnologici a distanza*, cit., 16. G. PROIA, *Controlli a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare (ma senza fare confusione)*, cit., 338.

¹³⁶ Cass. 22 settembre 2021, n. 25731, in *Dejure*, che ha ritenuto inutilizzabili per finalità disciplinari le informazioni tratte da una *chat* aziendale, destinata alle comunicazioni di servizio dei dipendenti, in assenza di adeguata informazione preventiva fornita ai lavoratori circa la possibilità di controllo.

¹³⁷ Cfr. Ordinanza ingiunzione 15 aprile 2021, n. 137 e Ordinanza ingiunzione 13 maggio 2021, n. 197, con cui è stato censurato l'operato di alcune imprese che avevano monitorato l'attività telematica dei propri dipendenti senza aver fornito, in anticipo, informazioni chiare e mirate su fini e mezzi del tracciamento a distanza. Sul punto v. A. SITZIA, *Lavoro, controlli e privacy: un nouveau parcours per il test di bilanciamento nell'elaborazione della Sezione Lavoro (e del Garante Privacy)*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2021, 957 ss.

¹³⁸ C. Edu, Grande Chambre, 5 settembre 2017, *Bărbulescu v. Romania*, che ha ravvisato la violazione dell'art. 8 della CEDU in relazione all'assenza di una chiara informazione preventiva sull'attività di monitoraggio svolta da un'impresa sulle conversazioni informatiche intrattenute da un dipendente con la fidanzata durante l'orario di lavoro.

Va poi considerato che l'obbligo di adeguata informazione sui controlli è inscindibilmente legato all'informativa sul trattamento dei dati personali ex artt. 13 e 14 del GDPR (già art. 13 del codice della *privacy*).

Sebbene si tratti di due adempimenti diversi¹³⁹, nulla vieta che le «modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli» e le «finalità e le modalità del trattamento cui sono destinati i dati» vengano esplicitate in un unico documento, da redigere nel rispetto dei principi conformativi di «trasparenza», «correttezza», «pertinenza», «minimizzazione» e «responsabilizzazione» (art. 5 GDPR e 11 d.lgs. n. 196/2003)¹⁴⁰.

Il contenuto dell'informativa deve dunque risultare, nella sua interezza, chiaro e formulato con linguaggio semplice (art. 12 GDPR), specificare le finalità e i mezzi utilizzati per il trattamento dei dati e indicare chi vi ha accesso e in quali circostanze, dando corpo al principio di *accountability* che grava sul responsabile del trattamento (art. 24 GDPR).

Tutto ciò, se da una parte induce a ritenere che il documento debba essere personalizzato in base alla tipologia di strumento informatico con cui possa entrare in contatto il lavoratore¹⁴¹, dall'altra consente di affermare che i dati raccolti non potranno essere trattati e utilizzati in sede disciplinare, laddove il datore di lavoro non abbia indicato tale possibilità tra gli scopi del monitoraggio¹⁴².

5. Attività telematiche e controlli difensivi.

La disciplina dell'art. 4 Stat. Lav. entra in sofferenza quando è chiamata a confrontarsi con la sua nemesi, rappresentata dalla categoria dei «controlli difensivi».

Come è noto, con tale espressione viene identificata una tipologia di controlli occulti storicamente sottratta al campo di applicazione dell'art. 4 dello Statuto, in quanto rispondente allo scopo di accertare comportamenti illeciti del lavoratore, diversi dai meri inadempimenti¹⁴³.

L'inapplicabilità delle garanzie statutarie viene generalmente motivata facendo perno sull'esigenza di proteggere il patrimonio aziendale da attacchi improvvisi e imprevedibili ad opera di

¹³⁹ G. PROIA, *Controlli a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare (ma senza fare confusione)*, cit., 344.

¹⁴⁰ Cass., 10 novembre 2017, n. 26682, con nota di A. LEVI, *Il controllo difensivo a distanza e l'inoperatività dell'art. 4 dello Statuto*, in *Lav. giur.*, 2018, 5.

¹⁴¹ Trib. Vicenza 28 ottobre 2019, in *Dejure*; Trib. Torino 19 settembre 2018, n. 1664, in *Il Giuslavorista*, con nota di S. APA, *Disciplina dei controlli sui lavoratori e adeguatezza dell'informativa*, secondo cui «l'informativa non deve ridursi ad un adempimento formale rivolto alla generalità dei lavoratori, ma deve essere esaustiva e adeguata e tale non può essere considerata l'indicazione di istruzioni relative all'uso dello strumento tecnologico, non accompagnate dalla specifica individuazione delle modalità di utilizzo che comportano l'acquisizione dei dati».

¹⁴² Cass. 22 settembre 2021, n. 25731, cit., secondo cui l'obbligo di adeguata informazione non può considerarsi assolto mediante l'elaborazione di un regolamento aziendale che preveda la mera possibilità da parte del datore di lavoro di accedere alla *chat* aziendale in caso di interventi di manutenzione, senza nulla specificare circa le modalità e le finalità di esecuzione dei controlli. V. anche, per un caso in cui l'informativa è stata considerata adeguata, Trib. Savona, 1 marzo 2018, in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, 574 ss., con nota di G. BANDELLONI, *Le nuove regole del controllo a distanza sulla prestazione lavorativa*.

¹⁴³ Con massima ricorrente la S.C. afferma che tale tipo di controlli non può essere utilizzato per contestare al lavoratore mere violazioni dell'obbligo di diligenza, essendo la categoria deputata a tutelare beni estranei al rapporto di lavoro. Per un riepilogo v. la rassegna a cura di G. CASSANO, *I controlli ex art. 4, L. n. 300/1970*, in *Lav. giur.*, 2020, 778 ss.

dipendenti infedeli¹⁴⁴: in questa prospettiva i controlli difensivi vengono considerati una forma di legittima difesa del datore di lavoro, da collocare all'esterno del dettato statutario per via della difficoltà di conciliare i tempi del confronto sindacale o amministrativo con l'interesse alla protezione immediata del diritto di proprietà¹⁴⁵.

Da qui la loro legittimazione in forma clandestina, *a fortiori* quando il datore li attivi *ex post*, ovvero in seguito all'insorgere di elementi indiziari a carico del lavoratore¹⁴⁶.

Sebbene la giurisprudenza vi abbia dato ampio credito, anche in sede penale¹⁴⁷, l'indirizzo è sempre stato molto controverso, esponendosi a numerose obiezioni che non è qui possibile ripercorrere.

Merita però di essere segnalata l'aporia di fondo della teoria dei controlli difensivi, vale a dire l'artificialità della distinzione tra la sorveglianza finalizzata alla tutela dei beni aziendali (ammessa al di fuori dei vincoli dell'art. 4 Stat. Lav.) e quella focalizzata sull'esecuzione della prestazione (vietata in via generale dalla medesima disposizione).

La dottrina più accorta ha sottolineato come sia assai difficile che un illecito extracontrattuale non integri allo stesso tempo una negligenza nell'adempimento: gli illeciti sul lavoro sono tendenzialmente plurioffensivi, sicché ammettere il controllo occulto per proteggere beni estranei al contratto significa autorizzare anche il controllo latente sull'attività dei lavoratori, aggirando il divieto posto dal dettato statutario¹⁴⁸.

Quanto detto trova una conferma lampante nella casistica in tema di controlli sulle attività telematiche dei lavoratori.

La Corte di Cassazione ha ad esempio escluso dall'ambito di applicazione del previgente art. 4 dello Statuto: 1) l'estrazione della cronologia dei siti *web* visitati da una lavoratrice durante l'orario di servizio, dalla quale era emerso l'accesso prolungato a numerosi siti *internet* estranei all'ambito lavorativo¹⁴⁹; 2) il controllo effettuato sui dati del GPS installato sulla vettura aziendale affidata ad un operaio di un'impresa di servizi ambientali, che si era più volte allontanato dall'area di sua competenza per intrattenersi al bar oltre il limite delle pause dal lavoro¹⁵⁰; 3) la creazione di

¹⁴⁴ La nozione di patrimonio aziendale è stata intesa in senso ampio, comprensivo cioè delle componenti materiali e immateriali, ma anche dell'immagine dell'impresa e della sua reputazione commerciale.

¹⁴⁵ Da ultimo V. MAIO, *I controlli difensivi a tutela del patrimonio aziendale*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro*, cit., 412 ss.

¹⁴⁶ *Ex multis*, Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 740, con nota di G. GOLISANO, *Controllo della posta elettronica e accertamento ex post degli abusi del dipendente*; Cass. 28 maggio 2018, n. 13266, in *Foro it.*, 2018, I, 2357.

¹⁴⁷ Da ultimo Cass. pen., Sez. III, 27 gennaio 2021, n. 3255, in *Dejure*, secondo cui non integra il reato contravvenzionale previsto dagli artt. 4 e 38 dello Statuto dei lavoratori l'installazione di impianti audiovisivi diretti a tutelare il patrimonio aziendale da comportamenti illeciti dei dipendenti, anche in caso di assenza dell'accordo con le rappresentanze sindacali e dell'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro, con conseguente utilizzabilità dei dati acquisiti come mezzo di prova nel processo a carico del lavoratore.

¹⁴⁸ P. LAMBERTUCCI, *I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del c.d. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione*, cit., 514 ss.; P. TULLINI, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 89 ss.; A. BELLAVISTA, *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, cit., 462.

¹⁴⁹ Cass. 1 febbraio 2019, n. 3133, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, 414, con nota di A. INGRAO, *Il potere di controllo a distanza sull'ozio telematico e il limite del diritto alla privacy del lavoratore*.

¹⁵⁰ Cass. 12 ottobre 2015, n. 20440, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 249, con nota di M. AVOGARO, *Abbandono ingiustificato del lavoro, gps e investigatori privati tra controlli difensivi e Jobs Act*.

un falso profilo femminile su *Facebook*, utilizzato dal datore di lavoro come agente provocatore nei confronti di un lavoratore sospettato di aver navigato sui *social* mentre era in servizio, mettendo a rischio il regolare funzionamento della sicurezza degli impianti aziendali¹⁵¹.

Si tratta di vicende che dimostrano in modo paradigmatico come i controlli finalizzati ad accertare condotte illecite siano tendenzialmente anche controlli diretti sull'attività dei lavoratori, a conferma che molto spesso il danno arrecato alla proprietà d'impresa costituisce il naturale prodotto del non lavorare per dedicarsi ad altro.

Il che è la migliore testimonianza della caducità della teoria dei controlli difensivi.

Con l'inserimento della «tutela del patrimonio aziendale» fra le causali che consentono il controllo a distanza *ex art.* 4, comma 1, la questione avrebbe dovuto considerarsi risolta nel senso dell'assorbimento dei controlli difensivi nella disciplina statutaria¹⁵². Ciò, per inciso, avrebbe reso del tutto irrilevante la distinzione tra illeciti contrattuali ed *extra* lavorativi.

Su tale conclusione, tuttavia, permangono forti divergenze tra gli interpreti. Anzi, le prime decisioni della Corte di Cassazione sul nuovo testo dell'art. 4 Stat. Lav. sembrano minimizzare l'impatto della riforma, prodigandosi nel tentativo di ritagliare una zona franca in cui i controlli difensivi possano continuare ad esprimere la loro inalterata vitalità¹⁵³.

Ancora una volta gli interventi della giurisprudenza scaturiscono da vicende in cui la sorveglianza occulta era stata attivata per sanzionare dipendenti sospettati di aver compiuto attività telematiche illecite sul posto di lavoro.

Secondo la Cassazione i controlli difensivi attivabili previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa sono esclusivamente quelli «in senso lato», «vale a dire quelli a difesa del patrimonio aziendale che riguardano tutti i dipendenti (o gruppi di dipendenti) nello svolgimento della loro prestazione di lavoro che li pone a contatto con tale patrimonio».

Questi ultimi vanno distinti dai controlli difensivi «in senso stretto», cioè quelli disposti al fine accertare, anche tramite apparecchiature tecnologiche, condotte illecite del singolo, di cui il

¹⁵¹ Cass. 27 maggio 2015, n. 10955, in *ADL*, 2015, II, 1303, con nota di F. OLIVELLI, *Lo "stratagemma" di facebook come controllo difensivo occulto: provocazione o tutela del patrimonio aziendale?*, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 984, con nota di M. FALSONE, *L'infelice giurisprudenza in materia di controlli occulti e le prospettive del suo superamento*.

¹⁵² R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro cit.*, 82; C. ZOLI, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori*, cit., 641; A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 722.

¹⁵³ Si tratta di Cass. 12 novembre 2021, n. 34092, in *Guida al lav.* 2021, f. 49, 41, con nota di A. STANCHI, *Sorveglianza digitale. Osservazioni al risorgere dei controlli difensivi sugli illeciti del lavoratore*, relativa al licenziamento di un *manager* aziendale accusato di aver diffuso via email informazioni finanziarie riservate, la cui colpevolezza era stata accertata in seguito ad un *alert* del sistema informatico, che aveva indotto il datore ad avviare un controllo sui file di *log* contenuti nel suo pc. Identica l'impostazione seguita da Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, in *Riv. Giur. Lav.*, 2022, II, 11 ss., con nota di G. BANDELLONI, *Controllo a distanza: la giurisprudenza di legittimità fa il punto sulle nozioni di adeguata informativa e di controllo difensivo*, in cui si discuteva della legittimità del controllo informatico operato sul pc aziendale in uso ad una lavoratrice, poi licenziata per aver navigato su internet per scopi privati, scaricando un allegato contenente un *virus* che aveva contaminato la rete aziendale. Su tale pronuncia v. anche i commenti di E. GRAMANO, *Controlli difensivi, condotte illecite e inadempimento del prestatore di lavoro: un cerchio che non si chiude* in *Dir. rel. ind.*, 2022, II, 272; C. COLAPIETRO, A. GIUBILEI, *Controlli difensivi e tutela dei dati dellavoratore: il nuovo punto della Cassazione*, in *Labour & Law Issues*, 2021, 189 ss.; D. CONTE, *Primi arresti della Cassazione sul nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori: è cambiato tutto...anzi quasi nulla?*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2021, 771 ss.

datore sospetta in base a concreti indizi: questi ultimi continuano ad essere leciti in deroga alle garanzie statutarie, in quanto non aventi ad oggetto la normale attività dei lavoratori¹⁵⁴.

Per supportare siffatta ricostruzione la S.C. richiama diffusamente la giurisprudenza della Corte EDU relativa ai casi *López Ribalda e Bărbulescu*, dove il controllo difensivo mirato è stato ammesso previo superamento di un articolato *test* di bilanciamento tra interesse aziendale e dignità dei lavoratori, elaborato allo scopo di individuare i margini di compatibilità della sorveglianza occulta rispetto al diritto alla riservatezza protetto dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Quest'ultimo aspetto, al quale i primi commentatori delle citate pronunce hanno attribuito particolare risalto¹⁵⁵, non sembra in realtà costituire una novità così dirompente: al di là delle riserve che può suscitare l'utilizzo della giurisprudenza EDU in chiave ablativa delle garanzie previste dall'art. 4 Stat. Lav.¹⁵⁶, va osservato che l'obbligo di limitare l'indagine a distanza allo stretto indispensabile figura da tempo tra le condizioni poste dalla Cassazione per legittimare la sorveglianza tecnologica occulta. Sul piano applicativo, infatti, il «decalogo di cautele»¹⁵⁷ discendenti dall'art. 8 della Convenzione EDU riproduce in larga parte i principi postulati dalla disciplina sul trattamento dei dati personali di fonte UE, la cui osservanza era già stata ritenuta indispensabile nei numerosi pronunciamenti intervenuti sul testo previgente dell'art. 4 Stat. Lav.¹⁵⁸.

Un più netto segnale di discontinuità rispetto al passato va invece colto nell'ulteriore passaggio argomentativo con cui la S.C. chiarisce che i controlli difensivi «in senso stretto» sono leciti solo se attivati «*ex post*».

Anche in questo caso non si è in presenza di una condizione nuova, trattandosi di un requisito che la stessa Corte aveva già utilizzato in alcune occasioni precedenti. Questa volta però viene specificato che il sospetto sull'operato del lavoratore non consente di avviare indagini «di carattere retrospettivo»¹⁵⁹, consistenti cioè nella lettura e analisi di informazioni già raccolte e conservate preventivamente. Diversamente il datore di lavoro «potrebbe acquisire per lungo tempo ed ininterrottamente ogni tipologia di dato, provvedendo alla relativa conservazione, e, poi, invocare la natura mirata (*ex post*) del controllo incentrato sull'esame ed analisi di quei dati»¹⁶⁰.

¹⁵⁴ In dottrina questa lettura è proposta da A. MARESCA, *I controlli tecnologici a distanza*, cit., 6.

¹⁵⁵ La soluzione della S.C. viene presentata come frutto di un'interpretazione «convenzionalmente orientata» da A. SITZIA, *Lavoro, controlli e privacy: un nouveau parcours per il test di bilanciamento nell'elaborazione della Sezione Lavoro (e del Garante Privacy)*, cit., 968 ss.

¹⁵⁶ V. al riguardo il contributo di A. BELLAVISTA in *q. Volume*

¹⁵⁷ C. Edu, Grande Chambre, 5 settembre 2017, *Bărbulescu*, cit., punti 121 e 122, su cui F. BUFFA, *Il controllo datoriale delle comunicazioni elettroniche del lavoratore dopo la sentenza Barbulescu 2 della Cedu*, in *Questione giustizia*, 18 ottobre 2017.

¹⁵⁸ V. ad esempio Cass. 1 agosto 2013, n. 18443, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, 103, con nota di A. SITZIA, *I «controlli tecnologici» del datore di lavoro tra necessità e proporzionalità. Chiare indicazioni lavoristiche dalla prima sezione civile*, e Cass. 3 novembre 2016, n. 22313, in *ADL*, 2017, II, 441, con nota di C. FAVRETTO *Controlli difensivi sul pc aziendale: l'area grigia della libertà e della dignità del lavoratore quale limite al potere datoriale*, in cui vengono richiamati i principi di proporzionalità, selettività e durata del controllo per il periodo strettamente necessario, affinché la reazione datoriale non sia eccedente rispetto all'offesa subita.

¹⁵⁹ Cfr. *supra* nt. 77.

¹⁶⁰ Così Cass. 12 novembre 2021, n. 34092, cit.

La precisazione è apprezzabile, perché intende superare il classico problema logico per cui l'acertamento *a-posteriori* finisce per giustificare il controllo tecnologico già avvenuto, autorizzando lo scorrimento a ritroso di informazioni incamerate all'insaputa del lavoratore.

Le nuove decisioni della S.C. puntualizzano dunque che la natura *ex post* del controllo sussiste «solo ove, a seguito del fondato sospetto del datore circa la commissione di illeciti ad opera del lavoratore, il datore stesso provveda, da quel momento, alla raccolta delle informazioni».

Si deve cioè trattare di una verifica prospettica, che viene disposta per confermare la fondatezza degli indizi di colpevolezza attraverso l'acquisizione di dati informatici nuovi e non preesistenti¹⁶¹.

Siffatta impostazione presenta importanti ricadute sull'onere della prova a carico del datore di lavoro, che dovrà dimostrare di avere attivato il controllo come conseguenza di un indizio maturato *aliunde*, vale a dire con modalità diverse dal monitoraggio tecnologico: solo per fare un esempio, appare chiaro che il sospetto sull'utilizzo di *internet* per finalità extralavorative non potrà essere dimostrato sulla base del controllo effettuato sul pc aziendale, perché altrimenti la giustificazione dell'indagine a distanza avrebbe carattere circolare e il tracciamento delle attività informatiche poste in essere dal lavoratore non sarebbe più *ex post* ma a ritroso.

Sotto questo profilo il campo di operatività della sorveglianza occulta viene opportunamente ridimensionato, riflettendo una maggiore attenzione per i diritti della personalità di chi lavora.

Resta tuttavia da chiedersi se abbia senso l'insistenza con cui la giurisprudenza rivitalizza ciclicamente la categoria dei controlli difensivi estranei al perimetro dello Statuto.

Se è chiara l'esigenza di giustizia sostanziale che ne costituisce il fondamento – non potendosi negare la responsabilità del lavoratore dinnanzi all'evidenza di un illecito – rimane nondimeno oscura la scelta di perseguire tale finalità attraverso soluzioni ermeneutiche che non trovano corrispondenza nel diritto positivo.

Al netto dei correttivi proposti, la dicotomia «controlli difensivi in senso ampio/controlli difensivi in senso stretto» appare forzata e in qualche modo ipocrita, perché sovrappone il punto di vista dell'interprete a quello del legislatore, svalutando l'ampliamento dei presupposti giustificativi del controllo a distanza operato dalla riforma del 2015.

In atto la materia dei controlli è assoggettata alla disciplina auto-conclusa dell'art. 4 Stat. Lav., che assicura protezione anche all'interesse difensivo del patrimonio aziendale latamente inteso, bilanciandolo con una serie di garanzie poste a tutela della riservatezza del lavoratore.

È vero che la riforma ha allargato le possibilità di utilizzo degli elementi raccolti tramite gli strumenti di controllo, consentendo di indirizzarli anche alla verifica dell'esatto adempimento o della commissione di un illecito¹⁶². Ma la contropartita di tale estensione è costituita dall'irrinunciabile

¹⁶¹ V. ancora Cass. 12 novembre 2021, n. 34092, cit., secondo cui «nel classico esempio dei dati di traffico contenuti nel browser del pc in uso al dipendente, potrà parlarsi di controllo *ex post* solo in relazione a quelli raccolti dopo l'insorgenza del sospetto di avvenuta commissione di illeciti ad opera del dipendente, non in relazione a quelli già registrati».

¹⁶² In tal senso anche l'*obiter dictum* contenuto in Cass. 9 novembre 2021, n.32760, in *Dejure*, secondo cui «dopo il cd. *Jobs Act*, gli elementi raccolti tramite tali strumenti (*ex art. 4, commi 1 e 2, ndr*) possono essere utilizzati anche per verificare la diligenza del dipendente nello svolgimento del proprio lavoro, con tutti i risvolti disciplinari e di altra natura connessi».

diritto del lavoratore di essere adeguatamente informato circa la possibilità di essere sottoposto a controllo, circa le modalità con cui questo viene effettuato, e circa gli scopi per cui le informazioni verranno raccolte e potranno essere utilizzate: diritto che obbliga il datore di lavoro a predisporre un'apposita *policy* aziendale in difetto della quale nessun controllo potrà considerarsi legittimo, a prescindere dal fatto che venga realizzato tramite apparecchiature di monitoraggio *tout court* ovvero tramite strumenti per rendere la prestazione lavorativa o per registrare le presenze¹⁶³.

Non occorrono macchinosi distinguo tra controlli generalizzati e controlli mirati, né è necessario investire la magistratura del delicato compito di operare il bilanciamento mobile tra i diversi valori in gioco: l'art. 4 dello Statuto fornisce un elenco tipico e tassativo delle finalità che giustificano il controllo, per cui se il datore di lavoro vuole difendersi ricorrendo alla tecnologia può farlo, ma deve seguire modalità che riflettono il punto di equilibrio tra interessi contrapposti predeterminato *ex ante* dal legislatore.

6. Osservazioni conclusive.

Se è vero che il progresso tecnologico ha intensificato le opportunità di sorveglianza dei dipendenti, modificando le culture aziendali e rendendo le pratiche di monitoraggio uno strumento per ottenere vantaggi competitivi, non va dimenticato che la costruzione di un ecosistema digitale equo e sostenibile risponde all'interesse di entrambe le parti del rapporto di lavoro¹⁶⁴.

La necessità che le imprese definiscano politiche chiare, che governino il modo in cui viene effettuato il monitoraggio e che ne prevengano l'uso improprio e l'abuso, è questione che non riguarda soltanto i valori della dignità e della riservatezza della persona che lavora.

La letteratura aziendalistica segnala che le forme di sorveglianza intensiva riducono l'autonomia operativa e la fiducia nel *management* aziendale, rivelandosi controproducenti per la stessa funzionalità delle imprese¹⁶⁵: poiché il monitoraggio può «meta comunicare» i sistemi di valori organizzativi ai dipendenti, la sua estremizzazione può essere vissuta come una messa in discussione delle loro competenze e del loro impegno organizzativo, disincentivandone il rendimento e la produttività¹⁶⁶.

Per evitare questo effetto collaterale, si suggerisce di promuovere il coinvolgimento dei dipendenti nella progettazione dei sistemi di monitoraggio, anche attraverso la mediazione delle rappresentanze collettive, valutando l'impatto delle strategie di *co-design* come componente di primaria rilevanza per la realizzazione di un ambiente di lavoro *privacy friendly*.

¹⁶³ Non si condivide pertanto l'opinione di A. SITZIA, *Lavoro, controlli e privacy*, cit., 972, secondo cui il diritto alla trasparenza è recesivo di fronte all'esigenza di reprimere un atto illecito, fermo restando il bilanciamento tra le modalità del controllo occulto e l'esigenza di non comprimere del tutto la dignità del lavoratore.

¹⁶⁴ V. da ultimo l'Accordo Quadro delle Parti Sociali Europee sulla Digitalizzazione, stipulato il 22 giugno 2020, dove si sottolinea che «è nell'interesse dei datori di lavoro e dei lavoratori adattare l'organizzazione del lavoro, ove necessario, alla continua trasformazione del lavoro derivante dall'utilizzo di dispositivi di lavoro digitali».

¹⁶⁵ M. ABRAHAM, C. NIESSEN, C. SCHNABEL, K. LOREK, V. GRIMM, K. MÖSLEIN, M. WREDE, *Electronic monitoring at work: The role of attitudes, functions, and perceived control for the acceptance of tracking technologies*, in *Hum. Resour. Manag. J.*, 2019, 657 ss.

¹⁶⁶ K. BALL, *Electronic Monitoring and Surveillance in the Workplace. Literature review and policy recommendations*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, 11 ss.

D'altra parte, l'attuale formulazione dell'art. 4 Stat. Lav. non esclude che la protezione sindacale rientri in gioco anche nelle ipotesi in cui la codeterminazione non costituisce un requisito di legittimità per l'esercizio del potere di controllo: laddove i rapporti di forza lo consentano, nulla vieta che le parti sociali contribuiscano a definire, soprattutto in sede di contrattazione aziendale, quali siano gli strumenti funzionali all'esercizio delle mansioni *ex art. 4, comma 2*, stabilizzando il segmento più complesso della vigilanza sulle attività informatiche e telematiche.

In questa prospettiva il contropotere collettivo potrebbe operare come fondamentale valvola di adattamento del diritto alle conquiste della tecnica, assicurando che le opportunità da essa offerte non conducano ad accettare il controllo capillare, sul lavoro e nella vita, come parte integrante di una società sempre più de-umanizzata.

First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Words?*

Silvana Sciarra

1. The search for common words	38
2. The Italian Constitutional Court: centripetal or centrifugal?	43
3. Common words in the future of Europe for universal principles on the rule of law	47

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 159/2022

1. The search for common words

Linguistic metaphors are recurrent in the analysis of legal scholars, especially when dealing with the case law of international and supranational courts. The interdependence of languages mirrors the search for coherence and cooperation among courts. Hence, the exchange of messages may have implications well beyond the immediate meaning of words. Words can be predictive of courts' behaviour in establishing priorities and setting the borders of competences; they can indicate the intention to mark a step forward and innovate or, on the contrary, to confirm previous decisions. Words can be deferential or even confrontational, since the attitudes of courts speaking to each other vary over time and are the spectrum of specific historical phases.

To have the 'first' or 'last' word may imply to acquire a position of power, although it is not always clear who becomes the most powerful: the one setting the frame of the conversation, speaking first, or the one drawing the conclusions and speaking last, while taking into account all that has been said?

In a 'cooperative conversation', such as the one I intend to describe, power should not be at stake. There should rather be ways of seeking constant interactions, heading towards a common goal. Hence, the suggestion is to speak common words, building up a common legal language, which should be the outcome of enhanced integration and be respectful of national identities (art. 4 (2) TEU).

This is the case in which the 'balance between uniformity and the recognition of diversities' is an essential tool in order to preserve the rule of law and also 'to lower national hostilities against the outside world and first of all the European Union'.¹⁶⁷ Speaking common words is the necessary outcome of an endless exercise in setting aside idiosyncrasies and letting European values supersede.

The notion of cooperation is momentous in the overall structure of preliminary reference procedures, enshrined in art. 267 TFEU.¹⁶⁸ In its recent case-law the CJEU has emphasised such centrality even further, in the attempt to strengthen the principle underlying art. 19 (1) TEU, namely its own task in ensuring 'that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed'.

The CJEU confirmed this connection between art. 267 and art. 19 (1) in a renowned decision dealing with an association of Portuguese judges, which sets the beginning of a long chain of decisions. Ruling on the independence of judges and its compatibility with temporary wage reductions, due to constraints in the state budget, the Court stated that art. 19 (1) TEU 'which gives concrete expression to the value of the rule of law stated in Article 2 TEU, entrusts the responsibility for ensuring judicial review in the EU legal order not only to the Court of Justice but also to national courts and tribunals'.¹⁶⁹ The link established among such articles is new and of extreme

¹⁶⁷ G. Amato, "Introduction", in Amato, Barbisan, Pinelli (eds), *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, (Hart 2021), 6.

¹⁶⁸ A recent analysis in J.Adams-Prassl & S. Bogojevic, "Great debates in EU Law", Macmillan International, 2021. The double loyalty of national judges, promoters of European integration and of national legal orders' internal coherence is put forward in F. Ferraro, C. Iannone (eds.), *Il rinvio pregiudiziale*, Giappichelli 2020.

¹⁶⁹ Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2017:395, para 32.

relevance, linked, as it is in a systematic interpretation with art 47 CFREU. Collaboration with the CJEU is for national courts the fulfilment of a duty, functional to a system of effective legal remedies.

Unlike in the Portuguese case, further developments in the case-law dealing with judicial independence had to do with serious threats to the rule of law and developed into an intense exchange among the Court in Luxembourg and constitutional courts in Poland and Hungary.¹⁷⁰

In a separate and, to some extent, parallel stream of cases, other examples of judicial exchanges came to the fora, whereby constitutional courts promoted preliminary references, seeking synergies in guaranteeing national constitutional values while enforcing European law.

Although no precise interconnection can be established between such different streams of CJEU's case law – the one on the rule of law and the independence of the judiciary and the one on judicial cooperation with national constitutional courts – it is noteworthy that the two should be kept together by similar coherent interpretative criteria. The acknowledgment of deep-rooted principles, such as the primacy of EU law and the uniformity of its interpretation, as guaranteed in art. 267 TFEU, is the cornerstone of current discussions, fruitful and encouraging in the attempt to speak a common language.

The search for common words should be pondered in all scenarios for the future of Europe.

In this contribution I emphasise this constant search for synergies, which also implies the pursuit of more advanced institutional balances. I argue that the duty of collaboration, when constitutional courts are involved, calls into question the deep meaning of European values 'common to the Member states' as identified in art. 2 TEU.¹⁷¹ This may indicate that constitutional courts should magnify their role as 'institutions of pluralism', when they refer cases to the CJEU as well as when they apply EU law in their own decisions.¹⁷²

Following the case of the Portuguese judges, the CJEU had to face complex situations, whereby threats to the independence of the judiciary were serious and incumbent.

For reasons of brevity, I shall only mention that the Polish Constitutional Tribunal's judgment, delivered on 7 October 2021,¹⁷³ was at the origin of institutional controversies. The Tribunal declared that the interim measures adopted by the CJEU, in order to preserve the independent functioning of the judiciary,¹⁷⁴ were inconsistent with the Polish Constitution.

¹⁷⁰ F. Donati, "Rule of Law, Independence of the Judiciary and Primacy of EU law", in *Italian Journal of Public Law* (2021), 324 ff.

¹⁷¹ L.S. Rossi, "2,4,6 (TUE) ... L'interpretazione della "Identity clause" alla luce dei principi fondamentali", in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Giappichelli (2018), 859 ff. and "Il valore giuridico dei valori. L'art. 2 TUE: le relazioni con altre disposizioni primarie del diritto dell'UE e rimedi giurisdizionali", *Federalismi* n. 19 (2020).

¹⁷² S. Sciarra, "Rule of Law and Mutual Trust: a Short Note on Constitutional Courts as 'Institutions of Pluralism'", in *Il diritto dell'Unione europea* (2018), 431.

¹⁷³ Polish Constitutional Tribunal, Ref. No. K 3/21.

¹⁷⁴ Case C-791/19 (Grand Chamber) *Commission v Republic of Poland*, EU:C:2021:596. This judgment was delivered in an action brought by the Commission for failure to fulfil obligations under art. 258 TFEU. On 17 July 2019 the Commission had issued a reasoned opinion, stating that the new measures on disciplinary actions for judges, adopted by Poland, were not in compliance with art 19(1) TEU and the second and third paragraphs of art. 267 TFEU, despite the letter of formal notice sent by the Commission on 3 April 2019. Poland replied to this letter denying infringements of EU law.

The CJEU had unequivocally ruled on the primacy of EU law in case of violation of art. 19 (1) second subparagraph and on the duty of the referring judge to disapply national provisions in contrast with EU law, in cases in which – as it happened in Poland – there was serious interference with the independence of the judiciary.

In the English version of the press release issued after the Constitutional Tribunal's judgment, we read that, pursuant to art. 87 (1) of the Constitution, the Polish legal system is built on a hierarchy of sources in which the TEU 'occupies a position which is lower than that of the Constitution, and just as any ratified international agreement [...] the TEU must be consistent with the Constitution'. This description is complemented by the disputable assertion that judgments delivered by the CJEU are 'hybrid in character' and are not necessarily to be deemed as binding sources of law. Hence, the criticism addressed to the 'CJEU's progressive activism', which ends up interfering with the competence of state authorities and undermining the Polish constitution.¹⁷⁵

In addition to this decision, which may threaten the whole edifice of the European legal order, the Constitutional Tribunal delivered another judgment, questioning compliance with the ECHR. The specific reference is to art. 6 paragraph 1 and to the notion of 'tribunal established by law'.¹⁷⁶

One can argue that the hierarchical perspective adopted by the Polish Tribunal is counterintuitive, if viewed through the lenses of historical developments.

Not only the notion of a hierarchy contrasts the opposite image of a diffused overarching legal order of the EU; it also denies the ongoing project of integration through law, which inspired the founding Member States and later on favoured enlargement to new countries.

In such a project we can picture art. 267 TFEU as a cornerstone supporting the whole system of European courts. Its solidity is substantiated by the principle of equality among Member States when EU law is applied and by the uniform interpretation of the Treaties guaranteed by the CJEU.¹⁷⁷ Furthermore, the identity clause, that the Lisbon Treaty enunciates in art. 4 (2) TEU, is meant to link together national constitutional law and EU law and 'forms a building block of the composite constitutional structure of the EU'.¹⁷⁸ Art. 4 (3) TEU recalls the 'principle of sincere cooperation' and the 'full mutual respect', assisting the Union and Member States 'in carrying out tasks which flow from the Treaties'.

Architectural metaphors, recurrent in the jargon of European courts, can be valued as complementary to linguistic descriptions: a solid building positioned on several pillars and a language understandable to all people living in that building are two focal points in the current political agenda, which should shape the future of Europe.

¹⁷⁵ Press Release After the Hearing, Polish Constitutional Tribunal, Ref. No. K 3/21, point 22. <https://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/11664-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>
¹⁷⁶ K 7/21 of 10 March 2022.

¹⁷⁷ On equality among Member States see the forward-looking comments by F. Fabbrini, "After the OMT Case: The Supremacy of EU law as the Guarantee of the Equality of the Member States", in *German Law Journal* (2015), 4, p. 1016 ff. and, for references to Italy, S. Sciarra, G. Nicastro, 'Speech acts' and judicial conversations. Preliminary references from the Italian Constitutional Court to the Court of justice of the European Union, CSF-SSSUP Working Papers Series 1/2016

¹⁷⁸ A. Von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identities under the Lisbon Treaty* (CMLR 2011), 1431. The authors seem to imply, though, that there may be derogations in order to protect national identities.

Constitutional courts are in the position to create unforeseen threads of integration: they can summarize both metaphors as courts of last instance and as guardians of national constitutional identities. They are themselves pillars supporting the building and they should, because of this responsibility, speak the same European words. The 'identity clause' assigns to national constitutional courts the highest responsibility to concretize the spirit of mutual cooperation.

It is worth noting that this is an urgent – and not merely theoretical – discussion since in the Polish case both metaphors have been challenged.

Breaches of the rule of law in Hungary and Poland were at the core of two CJEU's judgements dealing with access to European funds as provided for in Regulation 2020/2092. The latter, according to the Court with regard to Hungary, satisfies the principle of legal certainty, since the Commission bases its assessments on objective opinions. Breaches of the rule of law are not raised as such, but to protect the Union budget, when those breaches affect the sound financial budget of the Union 'in a sufficiently direct way'. The rule of law is one of the values indicated in art. 2 TEU; art. 49 TFEU stipulates that respect for those values is a prerequisite to become a Member of the EU.¹⁷⁹

Arguing on similar grounds and addressing the Polish case, the Court underlined those measures taken to protect financial interests, to be 'strictly proportionate to the effect of the breaches which have been determined of the principles of the rule of law on the Union budget'.¹⁸⁰

In linking together respect for the rule of law and access to financial support, the Court directs a message to Member States, underlying the many facets of membership of the Union. The Court, however, is not alone in playing this role; it is part of an interinstitutional strategy, whereby all other actors have been focussing on the same issues and trying to reach reluctant governments.

On 2 March 2022 the Commission adopted the guidelines on the application of the Regulation, which take into account the two judgments of the CJEU.¹⁸¹

In this troublesome scenario, the CJEU's case-law on the rule of law is consistent and deep in the arguments adopted.

For example, in *Repubblika* the Court, in response to a preliminary reference lodged by a Maltese court acting as a constitutional court, recalls art. 2 TEU and mentions trust among Member States and among their judges as a product of shared values, in particular the rule of law, as it concretises in art. 19 (1). Whenever changes are foreseen, the Court adds, national legislatures are

¹⁷⁹ Case C-156/21 *Hungary v European Parliament and the Council of the European Union*, EU:C:2022:97, 110-111 and 124. On the functioning of conditionalities see B. Nascimbene, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La condizionalità, Eurojus 2021*, 172 ff.; C. Buzzacchi, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?*, *Diritto e conti 2022*. On 28 August 2022 four organizations of European judges filed a complaint to the CJEU (art. 263 TFEU) against the Council's decision to release recovery and resilience funds to Poland.

¹⁸⁰ Case C-157/21, *Poland v European Parliament and the Council of the European Union*, EU:C:2022:98, para 359.

¹⁸¹ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/about_the_european_commission/eu_budget/c_2022_1382_3_en_act_part1_v7.pdf

bound by a clause of non-regression,¹⁸² which, in the end, aims at guaranteeing a balance between effective judicial protection, as in art. 47 of the CFREU, and the independence of the judiciary.

There can be no-regression from the founding values written in art. 2 TEU.

In *RS* the CJEU clarified even further the connection that keeps together the preliminary ruling procedure and the second subparagraph of art. 19 (1) TEU, with regard to judicial independence, whenever the principle of primacy of EU law is at stake. Ordinary courts should not enforce national rules or national practices under which a national judge may incur disciplinary liability, for having applied EU law, as interpreted by the Court, and having left aside the case-law of the Constitutional Court, the one of Romania in the specific case.¹⁸³

The latter, in judgment No. 390/2021 of 8 June 2021, had rejected as unfounded a plea of unconstitutionality raised in respect of several provisions dealt with in the 'Section for the investigation of offences committed within the judicial system', arguing that primacy of EU law is limited in the Romanian territory by respect for national constitutional identity.¹⁸⁴

The question referred for a preliminary ruling dealt with criminal proceedings and conviction inflicted on the complainant, for having applied EU law. The CJEU specifies that EU law does not impose a particular constitutional model on Member states, but requires that they should comply with judicial independence. Hence, art. 2 TEU and the second subparagraph of art. 19(1) TEU must be read in such a way that respect for judicial independence becomes an essential condition for remaining within the EU legal order.

In this judgment the CJEU goes back to some of its seminal precedents in a new search for its solid roots. Such a search is made necessary by the specificity of the case, in which primacy of EU law is challenged and priority is given to the Constitution.

Van Gend & Loos is mentioned to recollect that 'unlike standard international treaties, the Community Treaties established a new legal order, integrated into the legal systems of the Member States on the entry into force of the Treaties and which is binding on their courts'.¹⁸⁵ *Costa* and the 'Community's own legal system' is also quoted, to remind all of us that reciprocity among Member states 'means, as a corollary, that they cannot accord precedence to a unilateral and

¹⁸² Case C-896/19 *Repubblica*, EU:C:2021:311, para 62-63. Comments in: G. Battaglia, "La nomina dei giudici maltesi e il principio di non regressione nella tutela dello Stato di diritto": l'onda lunga' del caso Repubblica, in *Giustizia insieme*, 5 November 2021; V. Piccone, "Indipendenza della magistratura e clausola di non regresso," in *Labour Law Community*, 23 April 2021.

¹⁸³ Case C-430/21, *RS*, EU:C:2022:99. See: L.S. Rossi, Un dialogo da giudice a giudice. Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia, *Post di AISSDUE*, IV 2022, at 79, ff.; D. Gallo, *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, Quaderni Costituzionali 2022.

¹⁸⁴ In Joined Cases C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, *Euro Box Promotion*, of 21 December 2021 the CJEU had already stigmatized as contrary to EU law the application of case-law of the Constitutional Court in so far as that case-law, in conjunction with the national provisions on limitation, creates a systemic risk of impunity. Primacy of EU law requires that national courts should have the power to disapply a decision of a constitutional court which is contrary to EU law, without bearing a risk of incurring disciplinary liability.

¹⁸⁵ *RS*, at 47, where mention is made of recent cases in this line of reasoning

subsequent measure over that legal system or rely on rules of national law of any kind against the law stemming from the EEC Treaty'.¹⁸⁶

From such famous quotes we should not receive the impression of a nostalgic mood, neither an attitude of exaggerated self-esteem. There is a need to fortify the architecture of the legal system and to establish a conversation with constitutional courts. Art. 267 TFEU is purposefully described as the 'keystone of the judicial system established by the Treaties': the Romanian Constitutional Court is, in such a way, reminded to lodge a reference to the CJEU, should a provision of EU law, as interpreted by the Court, infringe the obligation to respect national identity.¹⁸⁷

In this limpid reasoning, which goes back to the origins of the EU legal order, ordinary courts continue to be fully empowered in their capacity as European judges. The search for coherence goes into all directions, with the intention to respond to all judicial actors, including constitutional courts, regardless of a hypothetical hierarchy on which national systems are founded.

2. The Italian Constitutional Court: centripetal or centrifugal?

With regard to the Italian Constitutional Court, recent developments in its case law have attracted the attention of commentators, because of potential implications in a wider context than the national one. The present writer does not intend to indicate such developments – and in particular the reference to specific judgments – as models.

The examples chosen are both meant to be indicative of the role played by the Constitutional court at the intersection of European law and CJEU's decisions. In the first case a preliminary ruling procedure is lodged by the Court itself; in the second case the route to Luxembourg had previously been taken by the Court of Cassation, which decided afterwards to raise questions of constitutionality. Both examples fall within the area of social security and are indicative of still unsolved interpretative dilemmas, especially when the addressees of benefits are third-country nationals. This is an issue to be put forward in discussions on the future of Europe, in order to substantiate the principle of equal treatment.

In a well-known *obiter dictum*, part of a Constitutional Court's judgment, the point was made that when provisions of the Charter of fundamental rights intersect constitutional rights, the former should be interpreted in a way consistent with constitutional traditions mentioned in art. 6 TEU.¹⁸⁸

The Constitutional Court – it is maintained – 'does not intend to pre-empt the Court of Justice's competence in taking all most important steps towards direct enforceability' of the Charter and is therefore deferential to the words spoken in Luxembourg. On the other hand, the Court, rather than referring to 'common' traditions, quotes a specific judgment delivered by the Austrian Constitutional Court, in which similar arguments had been put in place.¹⁸⁹

¹⁸⁶ At 48

¹⁸⁷ At 73

¹⁸⁸ Corte costituzionale, Judgment n. 269/2017 of 7 November 2017, point of law 5.2

¹⁸⁹ S. Sciarra, A. jr Golia, "Italy: New Frontiers and Further Developments", in Bobek e Adams-Prassl (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States* (Oxford 2020), 256 and 248. Reference to the Austrian case is: Judgment U 466/11-18, U 1836/11-

The language, in this perspective, is attentive to internal developments, in order to guarantee uniform and *erga omnes* enforceability of the Court's verdicts and articulate its own discourse, the one to be heard primarily by ordinary courts. The latter, however, should remain in full control of their own prerogatives as European judges, since primacy and direct effect should in no way be jeopardised.

In subsequent decisions this approach has been clarified.¹⁹⁰ Communication with ordinary courts kept its flow, albeit with some peculiarities. The Court of Cassation, in particular, displayed several options and followed different paths. In recapitulating them both chronologically and thematically, it has been argued that the onus, with regard to the choice to be made – the road to the Constitutional Court or the one to the CJEU – should stay with ordinary courts, according to the prevailing parameter to be invoked. However, the specificity of the single case imposes a pragmatic approach, which should be combined with the technicalities involved in each of them. Hence, a criterion based on the prevalent source should not become too rigid, since patterns of cooperation constantly evolve.¹⁹¹

Let us take the example of the Court of Cassation, called to rule on the appeals filed against courts' judgments which declared discriminatory the refusal of childbirth and maternity allowances to third-country nationals, who did not hold a long-term residence permit in the EU. The National Institute for Social Security (INPS) had, in fact, rejected all such applications.

The relevant EU directives – 2003/109 EC and 2011/98 EU, the former dealing with long-term residents, the latter with a single application procedure for a single work permit – impose equal treatment between member state's own nationals and third country nationals. Nevertheless, it had to be ascertained whether the branches of social security in question were comprised in Regulation (EC) No.883/2004 and whether excluding from such allowances those who did not hold a long-residence permit could be left to the discretion of the Member State.

The Court of Cassation raised questions of constitutionality with regard to national provisions making the award of the allowances subject to holding a long-term residence permit. The Constitutional Court, rather than responding to such questions, chose to seek first a preliminary ruling from the CJEU, as to whether childbirth and maternity allowances fell within the scope of the protection enshrined in art. 34 CFREU and the related principle of equal treatment in the field of social security.

The point was made that there was 'an inseparable link between the constitutional principles and the rights invoked by the Court of Cassation and those recognised by the Charter, as enriched by

13, of 14 March 2012; B. Nascimbene, *Carta dei diritti fondamentali e rapporti fra giudici. La necessità di una tutela integrata*, in C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone (eds), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, (Giappichelli 2022), 52 ff.

¹⁹⁰ S. Sciarra, A.Golia, at 248 for references to this case law. In particular, Judgment n.117/2019 point of law 2, specifies the duty of ordinary courts not to apply 'where the prerequisites are met any national provisions inconsistent with the rights laid down in the Charter'

¹⁹¹ A. Cosentino, "La sentenza della Corte costituzionale N. 269/2017 ed i suoi seguiti nella giurisprudenza del giudice comune", in C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone (eds), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, (Giappichelli 2022), 213 ff.

secondary law'. To underline this connection and, at the same time, acknowledge differences in the exercise of the respective competences, the Constitutional Court referred to art 19 (1) TEU, in order to recognise the CJEU's exclusive role in the interpretation and application of the Treaties.¹⁹²

Let us return to the image chosen in the opening remarks of this paper and to the 'common words' to be spoken, in the frame of a peculiar conversation, namely the one enshrined in art. 267 TFEU. In this specific procedural frame, the Constitutional Court is seeking the correct interpretation of EU law on childbirth and maternity allowances and expects to combine it with its own interpretation of constitutional principles: the principle of equality (art. 3) and the promotion of the family (art. 31). Mutual respect and mutual obligations are at the origin of judicial cooperation aiming at establishing the acquisition of common results in two separate – and yet interconnected – spheres of competences. Common words may become means to an end, namely to achieving common results via common interpretations.

In the CJEU's response to this reference, the spirit of mutual respect is exemplified in the 'presumption of relevance' endorsed to the referring constitutional court, when the latter "is not the court called upon to rule directly in the disputes in the main proceedings, but rather a constitutional court to which a question of pure law has been referred".¹⁹³ Furthermore, the CJEU affirms that by the reference to regulation N. 883/2004, art. 12 (1) e of Directive 2011/98 'gives specific expression to the entitlement to social security benefits provided for in art. 34 (1) and (2) of the Charter'.¹⁹⁴

After receiving the requested clarifications from Luxembourg, the Constitutional Court returned to its own case and ruled unconstitutional the provisions of national legislation which the CJEU had held incompatible with EU law. In confirming the necessary synergy with the CFREU, in order to establish 'a systemic and unfragmented protection', the Court recalls that art. 34 CFREU expressly refers to "national laws and practices", when recognising the right of access to social security benefits. Hence, it cannot fail to take into account the guarantees enshrined in constitutions.¹⁹⁵

Making entitlement to childbirth and maternity allowances conditional upon holding a long-term residence permit, Italian legislation arbitrarily discriminates against both mothers and the newborn, bearing no reasonable relation to the purpose of the benefits in question.

¹⁹² Order N. 182/2020 of 8 July 2020, Point of law 3.2

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/downloadno/doc/recent_judgments/EN_Ordinanza_182_2020_Sciarra.pdf See: A. Kompatscher, *Family allowances only for long-term residents? CJEU and Italian Constitutional Court rule that childbirth and maternity allowances cannot depend on discriminative criteria of long-term residence*, Blog DUE 2022

¹⁹³ Case C-350/20 (Grand Chamber), *INPS*, EU:C:2021:659, para 39

¹⁹⁴ At 46. In order No. 182/2020, point of law 7.1 the Constitutional Court asked the Court of Justice 'whether art. 34 of the Charter must be interpreted as meaning that its scope include' the allowances

¹⁹⁵ Judgment n. 54/2022 of 11 January 2022, *Corte costituzionale*, Point of law 10 https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/SENTENZA%20n.%2054%20del%202022%20-%20red.%20Sciarra%20EN.pdf. Comments in F. Ferraro, V. Capuano, *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra corti e Carte in nome della solidarietà*, LDE n. 1/2022

In this judgment, which concludes the conversation with the CJEU, common words are spoken when addressing the principle of equality (art. 3) and providing support for families (art.31). Art. 34 of the CFREU is interpreted in close connection with European secondary law, functioning as a guide in ascertaining who the beneficiaries of social security allowances are, when all requirements of legal residence are met.¹⁹⁶

Let us now enter a different frame of the conversation.

The Court of Cassation raised questions of constitutionality, after having first lodged two preliminary references to Luxembourg and having received answers to both of them.¹⁹⁷ The main issue at stake was the eligibility of third country nationals, holding a long-term residence permit, for the family unit allowance, even when some members of the unit are temporarily residing in the country of origin. The CJEU had held Italian legislation on such an allowance incompatible with EU law, in particular with Directives 2003/109 and 2011/98, respectively on long-term residents and on the issue of single work permits, the same secondary law sources mentioned earlier.

Before entering the core of the judgment – which declares the two questions inadmissible for lack of relevance – the Constitutional Court contextualises the referring court's choice to take the route to Luxembourg first, and it does so by references to its own recent case-law dealing with art. 267 TFEU.¹⁹⁸ This special channel of communication, sought by national courts to solve interpretative doubts, is meant to strengthen the primacy of EU law and to develop in a line of continuity with pivotal CJEU's judgments. Had the Constitutional Court decided to scrutinize the cases and enter the merits of the questions, it would have had to face the unequivocal answers given by the CJEU on direct applicability of the principle of equal treatment, for its clarity, precision and unconditionality. Hence, the choice made to acknowledge the Luxembourg's rulings coincides with speaking common words. Returning both cases to the Court of Cassation meant that the latter could disapply legislation in contrast with EU law.

Common words can favour common interpretative schemes, leading to similar conclusions on direct effect. Converging interpretations also serve the purpose to empower the referring court – the Court of Cassation in the present case – and to close the circle within a discursive community of courts.

One can argue that there is nothing new under the Constitutional Court's sun and this is correct, since the option of inadmissibility, when the circumstances are such to allow this choice, has never disappeared from the Court's tool-kit. However, references to CJEU's case law on the duty of national courts to disapply – ranging from an early decision such as *Simmenthal*, to *Global Starnet Ltd*, *XC et al*, *Deutsche Umwelthilfe*, *RS* – are meant to show current implications of the doctrine of direct effect.

¹⁹⁶ B. Sboro, "Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del "dialogo" tra Corti in materia di diritti fondamentali", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 March 2021, 689 underlines that the Constitutional Court describes secondary law as an additional source to the fundamental right to social security, thus justifying its own *erga omnes* decision

¹⁹⁷ Judgment n. 67/2022 of 11 March 2022, *Corte costituzionale*,

https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2022:67 The CJEU's decisions referred to are: Case C-302/2019, Case C-303/2019. A comment to both decisions delivered by the Constitutional Court in B. Nascimbene, I. Anrò, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, *Giustizia insieme* 2022

¹⁹⁸ Orders No, 216 e 217/2021, *Corte costituzionale*, respectively points of law 7.3 and 8; Order 182/2020 quoted supra

To enforce the right under scrutiny – namely access to benefits for family units in less well-off conditions even when members of the unit leave temporarily abroad – implies, first of all, that the CJEU's judgments must be considered binding, notably for the referring courts, as well as in a broader context. The Constitutional Court speaks of the principle of primacy of EU law, in conjunction with art. 4 (2) and (3) TEU, as 'the keystone on which the community of national courts is based'. This notion brings about uniform rights and obligations and strengthens the edifice of the EU legal order, ascertaining the *effet utile* of art. 267 TFEU. Furthermore, primacy of EU law does not collide, neither is an alternative to centralized constitutional review as provided for under Article 134 of the Constitution, "but rather merges with them to build an increasingly well integrated system of protections".¹⁹⁹ In light of all this, the Court concludes that 'it is appropriate for the referring court to disapply the challenged provisions, which the Court of Justice has held to be incompatible with EU law'.²⁰⁰ The point is made that, although the legislator is the only one entitled to choose how to eradicate discrimination, it is for the courts to eliminate the discriminatory effects that have occurred.

The Constitutional Court stresses, in this way, a double loyalty for the referring court. Not only the Court of Cassation was confronted with a clear and unconditional principle of EU law; it also had to enforce binding decisions delivered by the CJEU, in reply to preliminary references.

In the attempt to combine constitutional and European standards, the Constitutional Court's responsibility – in this case and in similar ones – materializes in lightening new pathways of equality among Member States. In the field of social security such a responsibility implies that third country nationals be fully included and receive respect for their fruitful participation in the society in which they live.

3. Common words in the future of Europe for universal principles on the rule of law

In the opening of this paper, I argued that although no precise parallel can be established between different streams of CJEU's case law – the one on the rule of law and the independence of the judiciary and the one on judicial cooperation established with national constitutional courts – we should look coherently at such decisions and draw conclusions for the enhancement of the system as a whole. Common words should be spoken in all scenarios for the future of Europe.²⁰¹

Coherence is not a synonym for acritical acquiescence to the judgments delivered in Luxembourg. It is rather an exercise in building institutional trust and fortifying the common meaning of values, as they are stipulated in art. 2 TEU. Pluralism, among other values, indicates the dynamism of contemporary society and the attempts to capture new emerging aspirations. In the field of social security – as the two examples here proposed show – the principle of equal treatment between EU citizens and third-country nationals legally residing, regardless of the permit they hold,

¹⁹⁹ Judgments n. 67/ 2022 of 8 February 2022, *Corte costituzionale*, Point of law 11

A. Ruggeri, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto europolitano la Consulta replica alimentando il secondo 'dialogo' tra le Corti (a prima lettura della sentenza n. 67/2022)*, Consulta on-line 14.3.2022 <https://www.giurcost.org/post/ANTONIO%20RUGGERI/21955>

²⁰⁰ At 12.2

²⁰¹ European Commission, 2022 Report on the rule of law, COM (2022) 500 final of 13.7.2022

pluralism, corresponds to the effective enforcement of rights, in a close combination of European and constitutional parameters. Pluralism is, by all means, an essential part of democracy.

Constitutional courts, which have not experienced immediate threats to democracy and the rule of law, have the opportunity to act as privileged protagonists, when they lodge preliminary references. Not only they can be responsive to the evolution of EU law; they can also evaluate it in combination with internal constitutional rights and principles.²⁰² The goal pursued by all such courts, acting within their competences, is common and corresponds to building consistent interpretations of the foundational common values of the EU. In their own capacities, they are authoritative, as long as they provide clear examples of independence, which also implies being active participants of integration within the EU. Independence of the judiciary must be fostered as an essential pre-condition in establishing judicial cooperation with the CJEU.²⁰³

Constitutional courts, as 'institutions of pluralism', monitor changes and, at the same time, consolidate constitutional traditions; they feed individual and collective conscience; they take account of the less privileged and operate for social inclusion; they construct their accountability enforcing democracy as a normative principle. Democracy implies respect for the rule of law and consequently makes the independence of the judiciary a preliminary condition to enjoy membership of the EU. The delicate issue of regulating conditionalities on membership and establishing sanctions for those not obeying to the rule of law is, in the current situation, more than crucial and the object of political arguments. It must be confronted with the binding force of EU law and of CJEU's judgments, which are in themselves elements of democracy.

The rule of law, as we should now understand it, 'is not a matter of all or nothing, but of more or less'. Each single step adds to a more complete standard. Making European law binding on states represents a progress compared to arbitrariness.²⁰⁴ It is remarkable, at this regard, that the two courts – in Luxembourg and in Strasbourg – should be connected in the joint effort to protect the rule of law, and develop common criteria in listing its necessary components. This too is an element to consider for the future of Europe, following the interpretation that sees the rule of law inherent in all article of the ECHR.²⁰⁵

It is in such a broad picture that constitutional courts should enhance the 'principle of sincere cooperation' echoed in art 4 (3), which is intrinsic to the notion of 'full mutual respect', namely assisting the Union and the Member states in carrying out tasks which flow from the Treaties. This appears to be the main road to follow, with a view to establishing universal principles on the rule of law, grounded on EU and conventional standards. Projects that foster the future of Europe should feel the urgency to strengthen democracy, letting it prevail on 'ideologies' of languages,

²⁰² L.S. Rossi, *Un dialogo da giudice a giudice*, *supra* n. 17, at 84, arguing for the 'physiology' of the relationship among constitutional courts and the CJEU, which brings together compliance for constitutional principles and the founding principles of EU law

²⁰³ K. Lenaerts, *On judicial independence and the quest for national, supranational and transnational justice*, in G. Selvik et al. (eds), *The art of judicial reasoning*, Springer 2019, 173, arguing that independence is 'a prerequisite for any 'court' that wishes to engage in a dialogue with the ECJ and with sister courts in other member states'

²⁰⁴ D. Grimm, "Rule of Law and Democracy", in Amato et al (eds.), 60

²⁰⁵ R. Spano, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: the Strasbourg court and the independence of the judiciary*, *Eur Law Journal* 2021 (Italian translation in *Giustizia insieme*, 10 March 2021).

which may end up being confused with the jargon of power, fighting for hegemony and inciting rivalry.²⁰⁶

²⁰⁶ R. Barthes, *The pleasure of the text*, New York (Hill & Wang Pub, 1975), p. 28 discussing the 'ideologies' of languages, when spoken by specific categories of people. An example: F. Mancini, "Language, Culture and Politics in the Life of the European Court of Justice", in *Id.*, *Democracy & Constitutionalism in the European Union*, Oxford (2000), 177 ff.

PNRR, politiche pubbliche e partecipazione sociale*

Tiziano Treu

1. Ruolo della partecipazione sociale e civile nelle scelte pubbliche: il caso PNRR	51
2. Indicazioni del Tavolo di partenariato. La consultazione pubblica	53
3. Sostenibilità ambientale e bilanciamento degli interessi	55
4. Transizione giusta e sfide della crisi energetica	56
5. Transizione digitale: innovazione tecnologica e cultura dei cittadini	59
6. Transizione giusta e ricadute occupazionali	60
7. Le sfide delle eguaglianze	62
8. Innovazioni del welfare: sanità e assistenza	63
9. Partecipazione dei cittadini e processi decisionali pubblici	65

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 459/2022

1. Ruolo della partecipazione sociale e civile nelle scelte pubbliche: il caso PNRR

Giuliano Amato, nella sua *lectio magistralis* alla Università La Sapienza, osservava come

“di fronte alla gravità, alla urgenza e alla specificità dei problemi (in particolare) del cambiamento climatico “ una risposta adeguata non può venire solo da regole istituzionali per quanto ben definite, né tanto meno da apparati coercitivi, ma solo dalla costruzione di un comune sentire e da comportamenti coerenti di tutti i cittadini attraverso “procedure di partecipazione che in modi diversi coinvolgono tanti cittadini attivi ora nella elaborazione ora nell’attuazione delle scelte pubbliche”.²⁰⁷

Questa osservazione è di grande significato per orientare le risposte alle profonde trasformazioni economiche e sociali del nostro tempo, accelerate dalla pandemia e ora dalla crisi energetica e dalla guerra.

Occorre essere consapevoli che la sfida del cambiamento non riguarda solo le strutture portanti dei nostri sistemi economici e sociali e le direzioni dello sviluppo, ma investe la intera società e direttamente tutti noi persone singole nei nostri comportamenti quotidiani.

Per questo, come rileva Amato, tale sfida non può essere vinta né affrontata se non coinvolgendoci tutti come persone e attivando forme nuove di partecipazione attiva sulle principali scelte imposte dal cambiamento.

Vorrei analizzare la portata di questa sfida non solo rispetto agli scenari economici sociali che ci attendono, ma in particolare per le implicazioni che può (e dovrebbe) avere sulla partecipazione delle organizzazioni sociali e dei cittadini.

Ritengo che gli eventi recenti, fra cui la iniziativa europea del Next generation e quella del PNRR Italiano, possono essere una occasione preziosa per riattivare con contenuti nuovi le pratiche partecipative che in Italia hanno avuto finora poca fortuna.

Gli ambiti da considerare e riattivare riguardano non solo la partecipazione dei lavoratori nell’impresa, su cui le parti sociali nel Patto della fabbrica del 2018 hanno manifestato una inedita disponibilità, ma più ampiamente il coinvolgimento delle parti sociali nelle politiche industriali, nella formazione continua e nelle politiche attive del lavoro, e in generale la partecipazione dei cittadini ai processi deliberativi sulle maggiori questioni di interesse pubblico.

Uno stimolo ad affrontare in modo nuovo la questione partecipativa in questi vari aspetti può venire, se lo si vuole cogliere, dalle modalità con cui si presentano e devono essere attuati i vari progetti del PNRR.

È di grande significato che la necessità del coinvolgimento delle parti sociali e della società organizzata all’attuazione del PNRR e alla costruzione delle nuove direzioni dello sviluppo indicate dal Piano sia stata riconosciuta con inusitata chiarezza dal regolamento europeo (2021/241, art 18, 4 a) riguardante la approvazione e la implementazione dei piani nazionali di ripresa e resilienza.²⁰⁸

²⁰⁷ G. Amato, *Le nostre fragili democrazie e il clima: possiamo attrezzarci per farcela?*, *Lectio magistralis*, Università la Sapienza, Roma 15 sett. 2022.

²⁰⁸ Reg. 12 febbraio 2021, n. 241 del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, nov. 2021, https://ec.europa.eu/info/index_it.

La norma prevede l'obbligo per le istituzioni nazionali responsabili del Piano di consultare e coinvolgere le parti sociali e la società organizzata, nella formazione e attuazione di tali piani. Inoltre lo stesso regolamento precisa che delle consultazioni con le parti simili e dei loro esiti occorre tenere e dare conto pubblicamente.

Dalle rilevazioni comparate del CESE risulta, come è comune consapevolezza anche in Italia, che nella fase cd. ascendente di preparazione e approvazione dei vari PNRR il coinvolgimento delle parti sociali è stato alquanto limitato e comunque insufficiente. Così non può continuare nella fase che ora si è aperta, di implementazione dei piani. Non è possibile non solo per motivi di opportunità sociale, ma perché questa fase, di estrema complessità, richiede comportamenti convergenti di centinaia di istituzioni centrali e locali, di altrettante imprese e gruppi sociali i più diversi, e non può avere successo se non si attivano meccanismi efficaci di partecipazione e coordinamento di tutti questi attori.²⁰⁹

Il nostro legislatore (art. 3 del decreto 77/2021) ha predisposto a tale fine uno strumento istituzionale specifico, il Tavolo permanente di partenariato economico sociale e territoriale, ove sono presenti le maggiori organizzazioni rappresentative della società, insieme con le rappresentanze degli enti locali, delle regioni e delle università. Con questa norma, unica nel panorama europeo, si è voluto dare un riconoscimento istituzionale stabile e specifico alla partecipazione delle organizzazioni sociali alla implementazione del PNRR. Tale scelta accresce il potenziale valore di tale partecipazione, sottraendola all'informalità e ai rischi della casualità.

Il senso fondamentale della partecipazione istituzionale prevista dal decreto e da realizzarsi col Tavolo permanente per il partenariato è di coinvolgere la intera comunità nazionale con i suoi attori principali nella responsabilità comune di promuovere e sostenere le attività del Piano per favorirne il pieno successo.²¹⁰

Conosciamo per esperienza storica quanto sia difficile rendere effettivi nella pratica i progetti, le riforme e gli investimenti deliberati; abbiamo verificato in passato le debolezze del nostro sistema Paese anche nella implementazione di impegni e attività meno complesse del PNRR. La istituzionalizzazione di un Tavolo di partenariato, per quanto importante, non esaurisce la responsabilità delle parti sociali, né il dovere di dare il loro contributo alle politiche necessarie alla costruzione del nuovo modello di sviluppo quale indicato dagli ambiziosi orizzonti del PNRR.

L'impegno delle parti è più ampio di quello richiesto per l'attuazione del Piano; anzitutto perché questo ha durata limitata, anche se è auspicabile un prolungamento di un contributo europeo diretto allo sviluppo dei nostri paesi e del modello innovativo di programmazione comune inaugurato dal NGEU.²¹¹ Inoltre il PNRR è diretto a sostenere gli investimenti necessari alle due grandi

²⁰⁹ Vedi le prese di posizione del CESE sul debole coinvolgimento delle parti sociali e della società civile organizzata nella fase ascendente di costruzione del NGEU: Risoluzione del 24 -25 febbraio 2021, *"Coinvolgimento delle parti sociali organizzate nei piani nazionali per la ripresa e la resilienza. Cosa funziona e cosa no?"*, ECO/GSE, in www.consilium.europa.eu.

²¹⁰ Cfr. la mia introduzione all'avvio dei lavori del Tavolo di partenariato (25 novembre 2021) in Home - Italia Domani - Portale PNRR. Il resoconto di tali lavori con le osservazioni e la documentazione presentata dalle parti sociali nelle diverse sessioni è reperibile sul sito Home - Italia Domani - Portale PNRR.

²¹¹ In tal senso si sono espresse diverse opinioni sia europee sia nazionali; v. documento CNEL, *Osservazioni e proposte per la riforma del patto di stabilità e crescita*, del 28 ottobre 2021, www.CNEL.it. Una innovazione necessaria per dare seguito al nuovo corso avviato

transizioni digitale ed ecologica, ma non sostituisce le politiche pubbliche nazionali necessarie per le riforme né la gestione delle attività essenziali per lo sviluppo economico e sociale del paese. Del resto i contributi di analisi e di proposta apportati al Tavolo richiedono di essere preparati dalle stesse parti e poi sostenute con la loro azione pratica nelle sedi appropriate di contrattazione e di partecipazione, sia nei loro rapporti reciproci sia nelle relazioni concertative con le istituzioni pubbliche.

2. Indicazioni del Tavolo di partenariato. La consultazione pubblica

Un anno di attività del Tavolo di partenariato, che ho avuto il privilegio di coordinare, fornisce alcune indicazioni utili su questo particolare processo partecipativo e anche sulle sue implicazioni per altri ambiti di attività e di decisioni pubbliche.

L'intenso dibattito svolto nelle venti riunioni del Tavolo tenutesi nel primo semestre del 2022 hanno visto una partecipazione attiva e continua di tutte le maggiori organizzazioni della società civile; e si è arricchito di una ricca documentazione scritta di osservazioni e proposte, frutto di una elaborazione interna delle varie organizzazioni, a integrazione del confronto con i rappresentanti delle massime istituzioni del paese.

Questa prima esperienza ha confermato in tutti i partecipanti la validità del metodo partecipativo come strumento essenziale per contribuire alla piena attuazione del Piano nelle sue componenti di investimenti e di riforme, anche al fine di promuoverne il metodo oltre il 2026, come auspicato dal Parlamento europeo.

Ha permesso una interlocuzione diretta e non formale delle organizzazioni rappresentative con i responsabili delle varie missioni del Piano, consentendo un approfondimento anche di questioni specifiche riferibili all'indirizzo politico e alle maggiori scelte di policy.

Oltre alla presenza al Tavolo sono state previste altre forme partecipative con la costituzione di tavoli settoriali e territoriali tra le amministrazioni responsabili del Piano e le maggiori organizzazioni sociali.

Tale previsione si è attuata solo in parte, ma è stata più volte sollecitata dalle parti e appare importante per articolare fattivamente la partecipazione nei molteplici progetti attuativi del PNRR. Peraltro è emerso che all'interno di molte amministrazioni sono stati attivati tavoli specifici per approfondire questioni attinenti al Piano, a conferma di una attività di interlocuzione sociale informale ma diffusa su tali questioni. Dallo stesso dibattito sono emerse tuttavia alcune criticità della esperienza, che ne hanno limitato la efficacia.

dall'NGEU è la riforma del Patto di stabilità. Il rilievo è ormai comune: v. S. Fabbrini, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Laterza, 2017; ID, *Scelte chiare per costruire il futuro dell'Europa*, Sole24Ore, 8 dic. 2020; ID, Next Generation EU, *Il futuro dell'Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, Mulino, 2022; e gli interventi di E. Bonino, L. Jahier, ne *Il mondo che verrà*, Quaderni del Cnel, 2020, p. 27 ss. e p. 103 ss.; L. Bini Smaghi, *La riforma del Patto di stabilità e crescita, Ce n'è veramente bisogno?*, Policy Brief, 9/2022, Luiss; M. Bordignon, *Regole fiscali europee: una proposta di riforma*, www.lavoceinfo.com; G. Colazzo (ed.), *The debate on how to improve the EMU'S economic governance framework*, SEP Luiss, Policy Brief 15/2021

La sollecitazione più frequente è che queste forme di partecipazione e di interlocuzione dovrebbero essere più sistematiche e coordinate.²¹² Soprattutto dovrebbero ricevere maggiore riscontro nell' ascolto e nelle scelte da parte dei decisori pubblici. Inoltre dovrebbe essere prevista la possibilità per le parti di essere informate sull'iter delle decisioni e coinvolte non solo nelle attività in corso ma nella fase di elaborazione dei progetti così da poter contribuire in tempo utile al loro indirizzo.

La risposta a questa esigenza è stata sollecitata, in particolare dai rappresentanti del terzo settore e della cooperazione, specie riguardo a progetti di rilevanza non solo tecnica ma sociale; perché proprio in questi temi il coinvolgimento delle organizzazioni sociali nella progettazione degli interventi può integrare le capacità tecniche e organizzative delle amministrazioni pubbliche titolari dei progetti.

In realtà questa esigenza e questo limite di efficacia si riscontrano in molti processi partecipativi, tanto più quando essi si riferiscono a questioni complesse e non facilmente verificabili dai diretti interessati, come molti aspetti delle politiche pubbliche coinvolte nel Piano.

Tuttavia superare tale limite deve essere un impegno condiviso con le amministrazioni centrali e soprattutto locali, che hanno un evidente bisogno di essere sostenute nelle loro capacità progettuali ed esecutive.

D'altra parte una partecipazione incisiva in materie, come quelle affrontate nel Piano, di grande rilevanza per il benessere dei cittadini risponde a una necessaria e corretta applicazione del principio di sussidiarietà.

Lo ha rilevato la Corte Costituzionale, nella nota sentenza 131 del 2021, con riguardo ai rapporti fra attività degli enti locali e organizzazioni del terzo settore, sollecitando le amministrazioni ad andare oltre le mere deleghe di servizio a queste organizzazioni per coinvolgerle in attività di coprogettazione degli interventi attuativi di politiche pubbliche.²¹³

In realtà i processi partecipativi riguardanti questioni come quelle del PNRR richiedono di essere rafforzati anche negli strumenti e nei soggetti del coinvolgimento.

Uno strumento più volte evocato dai partecipanti del Tavolo è la consultazione pubblica, sperimentata in misura limitata nel nostro paese, ma particolarmente utile nell' attuazione dei progetti del Piano, come mostrano alcune esperienze riferite al tavolo di partenariato.

Tale strumento è importante per acquisire in via preventiva le valutazioni della popolazione interessata ai progetti in ordine alle esigenze dei territori su cui incidono, al duplice fine di migliorare la configurazione degli interventi tenendo conto di tutti gli aspetti sociali e ambientali rilevanti e di prevenire obiezioni e ridurre resistenze alla loro attuazione.

²¹² Per guidare l'attuazione del Piano è prevista una forte governance centrale, con una cabina di regia composta dal Presidente del Consiglio e dai ministri competenti che esercita poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sulla implementazione degli interventi del PNRR e che è coadiuvata nella istruttoria dei provvedimenti da una segreteria tecnica. Tale governance centrale prevede il coinvolgimento di regioni ed enti locali che hanno, specie questi ultimi, un ruolo centrale nella messa a terra di gran parte degli interventi del Piano.

²¹³ La Corte sottolinea il nesso fra l'art. 55 del Codice del Terzo settore e l'art. 118 Cost., in quanto la norma del Codice realizza per la prima volta una vera e propria proceduralizzazione dell'azione sussidiaria.

Per questi motivi i componenti del Tavolo hanno manifestato l'auspicio di una maggiore estensione degli strumenti del dibattito pubblico e della consultazione, che dovrebbero trovare applicazione per ogni grande opera pubblica e per tutte le principali politiche nazionali.

Allo stesso tempo sono emersi molteplici suggerimenti per affinare l'istituto del dibattito pubblico, in particolare al fine di assicurare maggiore autonomia e risorse al coordinatore, di elaborare linee guida utili ad orientarne l'attività e di migliorare il sistema di valutazione e monitoraggio.

Su un piano più generale, i componenti del Tavolo hanno più volte sottolineato l'esigenza che l'intera fase implementativa del Piano sia fatta oggetto di sistematiche attività di monitoraggio. Per verificare l'effettivo stato di implementazione del Piano, anche al fine di intervenire con i necessari correttivi, tale verifica deve registrare non solo la allocazione delle risorse ai vari progetti, ma la loro erogazione ai soggetti beneficiari. Sono questi i punti critici rivelati anche dalla esperienza passata che scontano la debole capacità progettuale e di spesa della nostra pubblica amministrazione.

Il monitoraggio dovrebbe avere ad oggetto sia la valutazione di impatto di specifiche misure adottate, sia l'impatto complessivo del Piano.

In questo senso, ferme le rilevazioni da operare nell'ambito della cornice europea che prevede quattordici indicatori comuni da monitorare nell'ambito dello *scoreboard* sull'attuazione del dispositivo per la ripresa e la resilienza. Nei lavori del Tavolo sono stati illustrati i progetti sviluppati a livello nazionale al fine di mettere in relazione le misure del PNRR con gli indicatori di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 dalle Nazioni Unite e con i contenuti della Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile, che costituisce lo strumento per l'attuazione dell'Agenda 2030 nel nostro Paese.²¹⁴

Per sviluppare tali attività, in modo che possano tradursi in una vera e propria valutazione di impatto delle misure del Piano, occorrerà tuttavia un ulteriore lavoro di approfondimento, per il quale si ritiene necessario un ampio coinvolgimento delle amministrazioni pubbliche che dovranno mettere a disposizione per le necessarie analisi le informazioni contenute nelle rispettive banche dati, superando eventuali criticità riferite alla tutela dei dati personali, per poi avviare un dialogo e una collaborazione con Università, istituti di ricerca e rappresentanze della società civile.

3. Sostenibilità ambientale e bilanciamento degli interessi

Come si vede da questi accenni le attività necessarie per la implementazione del Piano offrono ambiti e processi partecipativi di grande complessità, in larga parte inesplorati nel nostro paese, da praticare insieme fra organizzazioni della società civile e amministrazioni pubbliche le quali hanno un ruolo fondamentale in questa implementazione.

La prima fase applicativa del PNRR fornisce indicazioni ancora parziali, ma utili per innovare le forme di partecipazione sociale alle politiche pubbliche, in vista non solo delle prossime fasi del Piano ma anche delle scelte future cui è chiamato il nostro paese. Di innovazione e continuità

²¹⁴ Vedi ora lo *scoreboard* approntato il 27 settembre 2022 da MEF-ISTAT e RGS per il monitoraggio delle misure del Piano attraverso gli indicatori di sviluppo sostenibile (<https://tabsoft.co/3R17QqG>).

nella partecipazione c'è estremo bisogno per non disperdere le grandi opportunità del PNRR e per garantirne la effettività, anche adeguandone i contenuti di fronte alle drammatiche difficoltà del contesto nazionale e internazionale.

Da varie parti si è evocata la necessità di ampliare la portata della partecipazione sociale alle politiche pubbliche fino ad attivare un vero patto sociale all'altezza delle sfide complessive del governo del paese.

Ho indicato di recente le ragioni che motiverebbero tale necessità,²¹⁵ anche se le incertezze del contesto e ora il cambio di governo aumentano i dubbi sui percorsi del futuro.

Quale che siano le prospettive per intese di così ampio respiro, resta il fatto che forme di partecipazione attiva della società e possibili accordi fra parti sociali e istituzioni pubbliche vanno esplorati sui principali obiettivi indicati dal PNRR, in particolare sulle questioni di più diretto impatto sul mondo del lavoro e delle imprese.

Di seguito propongo alcune linee prioritarie di riflessione e di possibile azione.

Aggiungo una premessa di carattere generale, che vuole richiamare l'attenzione sulle implicazioni delle due transizioni indicate dal Piano, in particolare di quella ecologica e del cambio di paradigma del nostro sviluppo finalizzato all'obiettivo della sostenibilità.

Si è giustamente osservato che la sostenibilità deve essere il nuovo orizzonte delle scelte politiche, economiche e sociali per i nostri paesi.²¹⁶

Il significato e le implicazioni di una simile direzione dello sviluppo sono peraltro da valutare attentamente perché comportano radicali discontinuità con il nostro passato durante il quale gli obiettivi della crescita economica sono stati dominanti e perseguiti a prescindere dal rispetto delle ragioni dell'ambiente.

Anche negli orientamenti del riformismo storico dei nostri paesi il dato ambientale è stato sostanzialmente assente o marginale. Il bilanciamento fra diversi interessi e valori ricercato dai riformisti si è concentrato sul rapporto fra esigenze del mercato e ragioni sociali e del lavoro (per di più queste concepite in senso limitato ai lavori tradizionali).

Tale bilanciamento non ha incluso una valutazione delle esigenze di mercato e sociali, alla stregua delle compatibilità ambientali, che costituiscono un termine di riferimento qualitativamente diverso da quelli esplorati per un secolo e tutt'altro poco esigente o arrendevole.

4. Transizione giusta e sfide della crisi energetica

Ora la drammatica urgenza della crisi ambientale planetaria richiede non solo di operare molti aggiustamenti negli equilibri fra gli interessi tradizionali, ma anche di adottare parametri di giudizio radicalmente diversi, che includano la compatibilità ambientale come termine essenziale del bilanciamento fra interessi in gioco.

²¹⁵ T. Treu, *Patto per il lavoro, contrattazione collettiva e PNRR*, Diritti Lavori Mercati, 2022, p.19 ss.

²¹⁶ B. Caruso, V. Papa, *Sostenibilità sociale e diritti dei lavoratori ai tempi della resilienza europea*, in V. Sgrò (a cura), *Scritti dedicati a G. Pino, Diritti costituzionali, conflitto collettivo, lavoro*, Giappichelli, 2022, p.381 ss.

Questo implica una modifica delle nostre visioni, che è difficile non solo per la sua complessità e novità ma anche perché, nonostante l'urgenza delle minacce e la consapevolezza della necessità di agire, permangono gravi incertezze sulle azioni da intraprendere, come testimoniano i rinvii e la debolezza delle decisioni internazionali in materia (da ultimo del G20 e della cop 26).

Tali incertezze confermano la necessità ricordata da Amato non solo di dirigere su obiettivi ambientali l'azione delle istituzioni e la regolazione pubblica ma anche di attivare procedimenti partecipativi in grado di orientare i comportamenti di tutti i cittadini e ancor prima di formare una cultura ambientale diffusa.

In effetti le ragioni dell'ambiente e gli obiettivi della transizione ecologica sono al centro del NGEU, nonché delle risorse e dei progetti del PNRR.

La partecipazione sociale e civile nelle varie forme sopra ricordate è indispensabile sia per indirizzare i progetti del Piano verso gli obiettivi stabiliti sia per garantire che la transizione digitale avvenga con tempi e modalità sostenibili anche socialmente ed economicamente. Questo secondo problema sta rivelandosi sempre più critico in seguito alla crisi energetica alimentata dal conflitto in Ucraina. La difficoltà per molti paesi, compreso il nostro, di avere un sufficiente approvvigionamento di gas, che costituisce un fonte di energia necessaria alla transizione verso le energie verdi, sta mettendo a rischio gli obiettivi ambiziosi (fit for 55) dall'Europa.

Di fronte a tale carenza si verifica non solo in Italia un nuovo ricorso alle fonti energetiche tradizionali, petrolio e carbone per alimentare in particolare le imprese dei settori energivori

Siamo di fronte a scelte drammatiche imposte da un obiettivo imprescindibile come quello della salvaguardia dell'ambiente, ma che non deve pregiudicare le esigenze dello sviluppo e del lavoro.

Occorre esplicitare e rendere convincente la possibilità di un bilanciamento fra tutti i diversi interessi e valori in campo, con una visione olistica nient' affatto evidente.

Tanto più che le possibili scelte coinvolgono interessi non solo nazionali ma almeno europei e hanno implicazioni su vari fronti delle politiche economiche, non solo dell'autonomia energetica, che ora si scopre essenziale, ma anche delle innovazioni tecnologiche, specie nei settori di frontiera necessarie a competere a livello globale: entrambi fattori fino a ieri non considerati.

Significativamente i partecipanti al tavolo di partenariato hanno rilevato come una gestione attiva dei processi di transizione richieda a tutti gli attori del sistema scelte innovative, spesso non indolori, di politica industriale orientate a riconvertire e riqualificare le produzioni tradizionali in direzioni coerenti con i nuovi obiettivi della economia verde e digitale, e nello stesso tempo in grado di contrastare il rischio di deindustrializzazione del paese e di non penalizzare le imprese italiane rispetto ai competitori stranieri.

La complessità dei processi di transizione comporterà modifiche profonde in tutte le strutture produttive del paese e richiederà che i termini delle possibili scelte siano attentamente valutati dalle istituzioni di governo nazionali e soprattutto europee, e messi a disposizione in modo trasparente di tutti gli stakeholder per un coinvolgimento consapevole.

La difficoltà di trovare nuovi equilibri è massima specie se si guarda al breve periodo. Lo si registra dalle tensioni in atto nell'affrontare le riconversioni dei settori industriali tradizionali, e lo si è visto anche dalle oscillazioni delle opinioni manifestate dalle parti e dai ministri competenti al tavolo di partenariato.

Questi temi, che sono decisivi per il futuro delle politiche industriali ed economiche, vanno affrontati su base analitiche e propositive solide per non lasciare il campo a un disordinato dibattito politico o peggio al malcontento che alimenta tensioni sociali e dà spazio alle tendenze populiste e sovraniste.²¹⁷

Sono queste le questioni centrali su cui la partecipazione sociale deve sostenere l'azione delle istituzioni per arrivare a scelte condivise che garantiscano il consenso necessario a una transizione giusta come richiedono le indicazioni del NGEU.

I percorsi verso la *just transition* non si individuano automaticamente per la sola attuazione degli investimenti necessari a promuovere la transizione ecologica come quella digitale.²¹⁸

Occorre accompagnarli con la ricerca di politiche pubbliche e con azioni imprenditoriali che rendano possibile il perseguimento di uno sviluppo sostenibile nelle sue diverse dimensioni, ecologica, economica e sociale.

L'orizzonte delle parti sociali italiane nelle loro attività contrattuali e partecipative non si è mai limitato ai temi riguardanti i rapporti individuali di lavoro, ma ha considerato vari aspetti delle politiche industriali e del lavoro.

Tuttavia le nuove direzioni di sviluppo imposte dalle transizioni ecologica e digitale impongono anche a loro un radicale ripensamento delle proprie responsabilità al fine di essere in grado di contribuire fattivamente agli obiettivi del Piano, *in primis* alla definizione e attuazione dei contenuti economici e sociali della sostenibilità.

Le forme e i contenuti della partecipazione sindacale, come di tutti gli stakeholder, devono essere ridefiniti e rafforzati sia nella fase della costruzione delle politiche sia nella fase della verifica degli impatti economici e sociali.

Altrettanto importante è che questa verifica venga condotta non sulla base dei soli parametri economici tradizionali, ma alla stregua degli indicatori SDG della agenda Onu 2030 che sono stati assunti a riferimento anche dall'Unione Europea.

Una simile verifica, per i suoi contenuti, non può essere affidata esclusivamente alla contabilità e alla statistica nazionale, ma presuppone il coinvolgimento e la valutazione dei gruppi sociali che ne sono i destinatari.

²¹⁷ La sofferenza e lo sconvolgimento dei sistemi industriali si sono aggiunti al malcontento della classe media e alla povertà di ampi strati della popolazione nel fornire terreno fertile a queste tendenze. Cfr. per tutti B. Caruso, V. Papa, *Sostenibilità sociale e diritti del lavoro*, cit.

²¹⁸ Il concetto e i meccanismi di *Just transition* sono stati sviluppati in contesti e con obiettivi diversi. Nell'Unione Europea sono considerati in particolare per sostenere il processo di transizione verso l'economia verde: v. European Commission, *The just transition mechanism: making sure no one is left behind*; e ID, *Financing the green transition. The European Green Deal investment Plan and just transition mechanism*, EC Europa en., 14 novembre 2021. (<https://ec.europa.eu>). L'obiettivo di rendere giuste le transizioni in atto e previste nel NGEU richiede interventi più ampi, volti a sostenere persone e imprese per far fronte alle conseguenze negative delle transizioni.

Per questo è significativo che già le prime analisi e applicazioni degli indicatori di benessere equo e sostenibile (BES) in Italia si sono attuate in collaborazione fra ISTAT, competente a fornire i dati statistici, e Cnel coinvolto per dare conto delle valutazioni delle organizzazioni sociali.²¹⁹

5. Transizione digitale: innovazione tecnologica e cultura dei cittadini

La transizione digitale prevista dal PNRR presenta sfide diverse da quelle della transizione ecologica, ma non meno impegnative.

Cogliere le opportunità di questa transizione per valorizzarne l'impatto trasformativo su tutte le organizzazioni pubbliche e private del paese e sulla vita quotidiana dei cittadini richiede, come hanno sottolineato tutti i componenti al tavolo di partenariato, che essa non sia concepita e attuata solo come un processo tecnologico, ma che sia accompagnata da un nuovo approccio alla organizzazione delle attività produttive e dei rapporti economici e sociali. Questo comporterà sia grandi investimenti nell'hardware e nel software tecnologico sia cambiamenti nelle strutture delle imprese e delle amministrazioni pubbliche e nelle competenze delle persone, lavoratori e cittadini, che opereranno sempre più in un contesto digitale.

Affinché la transizione digitale sia "giusta" si è ritenuto essenziale che siano predisposti e messi in opera gli strumenti necessari a rendere accessibili a tutti, persone, gruppi e territori, gli strumenti e le conoscenze in materia così da evitare sacche di esclusione o di emarginazione e da prevenire un digital divide che accrescerebbe le già gravi diseguaglianze accumulate in questi anni, specialmente a carico di soggetti deboli e svantaggiati

La lotta al *digital divide* postula la promozione di un grande Piano nazionale di alfabetizzazione digitale rivolto a tutti i cittadini in linea con le indicazioni dell'Action plan europeo, attuativo del Social Pillar of Social Rights, che pongono l'obiettivo al 2030 di garantire a tutti gli adulti la acquisizione di competenze digitali di base.²²⁰

Si tratta di un obiettivo di straordinaria portata, pari a quello richiesto negli anni 50 del secolo scorso per promuovere la alfabetizzazione della popolazione italiana, e che quindi richiederà non solo ingenti investimenti, in parte previsti dal PNRR, e nello stesso tempo un rinnovamento delle istituzioni e dei contenuti formativi.

Il sistema della formazione e della ricerca e le persone in esso attive sono impegnate in un eccezionale sforzo di rinnovamento che ne tocca tutte le componenti e gli stessi fondamenti: dalle strutture fisiche degli edifici scolastici, alla organizzazione delle attività, ai contenuti e ai metodi della didattica e alla valorizzazione del personale docente, con la necessaria formazione, motivazione e adeguamento dei trattamenti economici.

Questo rinnovamento non potrà avvenire solo dall'interno delle istituzioni formative ma richiederà il sostegno e il coinvolgimento di cittadini e dei genitori, anche dando seguito alla proposta

²¹⁹ Accordo n. 1602 del 12/12/2017, tra ISTAT e Cnel per il monitoraggio su "Lo sviluppo degli indicatori di benessere equo e sostenibile e loro impatto sulla realtà nazionale".

²²⁰ L'importanza dell'Action Plan è di dare seguito operativo ai principi del Social Pillar, sottraendolo al rischio di rimanere privo di efficacia. Esso costituisce un segnale del nuovo attivismo dell'Unione Europea in materia sociale: v. ampiamente T. Treu, *Diritto e politiche del lavoro fra due crisi*, DRI, 2/2020; e ID, *La proposta di salario minimo e le nuove politiche della Commissione europea*, DRI, 1/2021, p. 1 ss.

di costituire e valorizzare comunità educative locali che accompagnino con una partecipazione corale lo sforzo di rinnovamento e di potenziamento delle attività educative. Per altro verso il dibattito del Tavolo ha richiamato le implicazioni che il progetto di digitalizzazione ha sulla economia del paese, con la necessità di adottare politiche industriali innovative ed ecocompatibili in grado di sostenerlo.

Lo sviluppo del digitale è un altro fronte, oltre a quello dell'energia, in cui la Italia e l'Europa devono rafforzare la loro capacità produttiva nei confronti dei competitor stranieri, *in primis* orientati, al fine di recuperare una propria sovranità su queste frontiere della tecnologia

Le parti presenti al Tavolo hanno rilevato che la capacità innovativa sostenuta dalle tecnologie digitali e dai programmi 4.0 non può limitarsi alla manifattura, ma dovrà estendersi anche in altri settori, dalle costruzioni, all'agricoltura e ai servizi.

In particolare, il variegato mondo dei servizi, non solo pubblici, ma anche privati, che è sempre più centrale nel sistema Paese, sconta ancora sacche di inefficienza e ritardi di innovazione, che riducono in modo significativo la sua capacità di contribuire all'efficienza del sistema Paese, con migliori servizi per imprese e cittadini, e alla buona occupazione.

Il successo delle transizioni ecologica e digitale oltre a richiedere investimenti e innovazioni tecnologiche all'altezza della sfida, ha bisogno di un cambiamento dei comportamenti di milioni di cittadini corrispondenti agli obiettivi e ai requisiti di una economia verde e digitale.

La tecnologia è senza valore se non è acquisita e utilizzata consapevolmente dalle persone in tutte le sue applicazioni.

La sovranità energetica necessita di investimenti finalizzati ad accelerare la produzione di fonti rinnovabili; ma richiede altresì che a questo obiettivo contribuiscano tutti cittadini praticando consapevolmente forme quotidiane di risparmio energetico e che allo stesso fine siano finalizzate le comunità energetiche previste dal Piano per la produzione di energie pulite in diversi ambiti di attività comune (dai distretti industriali e agricoli, ai grandi condomini, ai plessi scolastici).

6. Transizione giusta e ricadute occupazionali

Una componente essenziale della *just transition* riguarda le sue conseguenze sociali, a cominciare dalle ricadute quantitative e qualitative sull'occupazione.

Le possibilità di creare buona occupazione sono molteplici in diverse linee di intervento del PNRR²²¹: nei nuovi lavori richiesti dalle produzioni dell'economia green, nelle diverse attività rivolte alla cura delle persone e al welfare, che rispondono ai bisogni crescenti della popolazione, dai bambini agli anziani come emerso durante la pandemia, nei vari campi delle attività di rigenerazione urbana e di difesa del territorio, della agricoltura e del turismo sostenibile, della valorizzazione dei beni culturali e ambientali. In queste attività un ruolo particolare può essere giocato dalla

²²¹ Cfr. il contributo di S. Grandi, V. Mini, *Il lavoro verde nell'era del Green Deal europeo*, in *Rapporto sul mercato del lavoro*, Cnel 2021, p. 349 ss., e ivi altre citazioni; Fondazione Symbola Unioncamere, *Rapporto Green Italy, 2021, Un'economia a misura d'uomo per il futuro dell'Europa*, 2021. <https://www.symbola.net>.

economia sociale, il cui sviluppo è un obiettivo indicato anche da un apposito piano di azione europeo.²²²

Ma per sostenere tali richieste e renderle credibili le parti devono promuovere una ricerca condivisa e documentata che fornisca indicazioni puntuali sulla fattibilità e sulle ricadute dei vari interventi, così da evitare che la crescita economica attesa sia povera di lavoro, come è stata in passato, e serva invece a mobilitare le risorse umane del nostro paese, specie di giovani e di donne, ancora poco utilizzate.

L'impegno delle parti per il lavoro dovrà considerare che le nuove direzioni della economia verde e digitale comporteranno una grande trasformazione nella geografia del lavoro e delle produzioni, con la necessità di promuovere e governare massicce dislocazioni di risorse finanziarie, organizzative e di manodopera fra settori produttivi in declino verso settori innovativi. Questa trasformazione apre un ambito di impegno che va condiviso fra le parti: quello di gestire le transizioni produttive e occupazionali. Si tratta di dare finalmente attuazione a un sistema di politiche attive, organizzate e attrezzate con le professionalità necessarie che siano in grado di promuovere la riconversione professionale di migliaia di lavoratori verso nuove professioni e di accompagnarne il passaggio fra imprese e fra settori crescita.²²³

Il funzionamento e la gestione delle politiche attive e della formazione professionale in relazione alle transizioni occupazionali devono essere assunti come argomenti centrali non solo delle istituzioni pubbliche competenti ma della contrattazione collettiva e degli enti bilaterali da essa costituiti. Perché entrambe queste funzioni sono essenziali per il futuro della occupazione e della produttività del paese, ma non sono ancora all'altezza dei nuovi compiti.

La contrattazione e gli enti bilaterali sono chiamati a svolgere, più direttamente di quanto fatto finora, un ruolo integrativo e, ove necessario, anche di supplenza all'azione pubblica per rimuovere contenuti e struttura e della formazione professionale sollevandoli dalla marginalità in cui sono stati spesso relegati.

Anche qui l'azione di rinnovamento si dovrà avvalere del sostegno e della partecipazione delle comunità locali che sono i beneficiari diretti del miglioramento e delle professionalità del lavoro.

La partecipazione delle parti sociali alle attività formative e alle politiche attive del lavoro è diffusa in paesi vicini (cd. sistema di Ghent) e ha precedenti storici nella nostra esperienza. L'eccezionalità della attuale situazione occupazionale impone di riprendere in considerazione anche questa opzione perché essa rientra in pieno nelle funzioni di parti sociali che vogliono essere protagonisti delle attuali transizioni.

Al riguardo, data la delicatezza della materia, che rientra in parte nelle competenze regionali, si potrebbe avviare qualche sperimentazione in settori dove esperienze simili hanno già buone basi, come quella delle casse edili, una sperimentazione che potrebbe essere riconosciuta dalle

²²² Si veda il *Piano di azione sull'economia sociale*, pubblicato dalla Commissione Europea il 9 dicembre 2021, che propone una serie di iniziative comuni per il periodo 2021/2030; cfr. analisi e commenti critici in L. Martignetti, *Impresa Sociale*, I, 2022.

²²³ Vedi i reiterati appelli di chi ha seguito da tempo queste vicende: cfr. P. A. Varesi, *Una nuova stagione per le politiche attive del lavoro: le prospettive tra azioni dell'Unione Europea e riforme nazionali*, DRI, 2022; P. Ichino, *Appunti per un rilancio delle politiche attive in Italia*, ivi, p. 161 ss.; M. Della Seta, *Il contratto di espansione tra riforme e prassi applicativa: una rassegna ragionata*, ivi, p. 206 ss.; A. Sartori, *Transizioni occupazionali e fragilità del lavoratore: il difficile compito per il diritto del lavoro post pandemico*, Ivi, 2021, p. 967 ss.

istituzioni competenti e coordinata con l'azione dei servizi pubblici dell'impiego. L'intesa fra parti e governo potrebbe contribuire al raggiungimento di alcuni obiettivi necessari affinché le transizioni in atto non pregiudichino ma rafforzino le condizioni del nostro mercato del lavoro e le occasioni di una buona occupazione.

In particolare può contribuire ad aumentare la partecipazione dei lavoratori ad attività di formazione continua verso gli obiettivi stabiliti dall'action plan dell'Unione Europea (60% di partecipazione annua) e a rendere effettivo il diritto alla formazione già sancito da alcuni contratti collettivi, in primis quello dei metalmeccanici.

Può potenziare gli strumenti di politica attiva finora sperimentati (contratto di espansione, accordi di ricollocazione, contratti di solidarietà, staffetta generazionale); impegnarsi ad adottare criteri unici nazionali per la certificazione dei risultati formativi e delle competenze dei lavoratori; attuare un piano straordinario di orientamento per giovani concordato fra scuole e servizi all'impiego; a generalizzare forme di alternanza scuola-lavoro per tutti gli studenti degli ultimi anni di secondaria; ad aumentare la disponibilità dei vari tipi di apprendistato (duale, professionalizzante e di alta qualificazione).

Un governo giusto delle transizioni dovrebbe comprendere politiche di sostegno non solo ai lavoratori ma anche alle imprese. Il sostegno dovrà realizzarsi non tanto nelle forme spesso abusate dei bonus o degli incentivi generici, ma tramite politiche economiche finalizzate alla promozione della ricerca e delle innovazioni produttive, al trasferimento tecnologico, specie a favore delle piccole imprese e al generale upgrading del nostro sistema produttivo.

La realizzazione delle politiche attive e formative necessarie al governo delle transizioni richiedono non solo più risorse pubbliche specificamente destinate, ma infrastrutture sociali in grado di sostenere tali transizioni. Qui è essenziale il contributo delle parti attraverso le loro istituzioni bilaterali e delle imprese cui si richiede un coinvolgimento finanziario e organizzativo necessario allo svolgimento della formazione continua nelle aziende.

7. Le sfide delle eguaglianze

La parità di genere e generazionale permea tutta la impostazione del PNRR, secondo un approccio orizzontale corrispondente alla logica di mainstreaming promossa dalle organizzazioni internazionali ma solo in parte messa in pratica nel nostro paese, come dimostra la bassa posizione della italiana nel ranking internazionale degli indicatori di parità.

Questa impostazione, come si è rilevato al Tavolo di partenariato, presenta non poche difficoltà attuative e richiede una forte attività di coordinamento fra i vari interventi e fra le diverse autorità competenti, onde evitare che la orizzontalità rappresenti un fattore di indebolimento invece che di forza.

Inoltre promuovere questo approccio e contrastare alla radice le cause sociali e culturali dei divari di genere e generazionali richiede anche in questo caso che l'azione delle istituzioni sia sostenuta dal coinvolgimento di tutte le organizzazioni della società civile

Una partecipazione attiva è decisiva non solo per dare organicità e finalizzazione alle strategie in questa materia, ma anche per orientare i tanti interventi specifici necessari a promuovere la cultura e le pratiche di parità: dalla educazione contro gli stereotipi di genere, alla lotta alla dispersione scolastica che colpisce i giovani, al potenziamento degli strumenti di orientamento e di

transizione fra scuola e lavoro, alla promozione delle nuove competenze STEM fra le donne, al potenziamento delle strutture di cura necessarie per rimuovere gli ostacoli alla occupabilità femminile, al sostegno ai progetti di imprenditorialità femminile e giovanile.²²⁴

La applicazione dell'art. 47 del decreto 77/2021 fornisce al riguardo un test tanto esemplare quanto critico. La previsione della norma di riservare il 30% delle assunzioni per tutti gli appalti finanziati dal PNRR a donne e a giovani, ha tardato alquanto a diventare operativa sul piano giuridico, e anche dopo approntati gli strumenti attuativi manifesta molte difficoltà applicative.²²⁵

Le difficoltà sono obiettive, perché la norma ha caratteri di assoluta novità anche nel panorama internazionale e, nonostante le deroghe ammesse dalla stessa normativa, impone grandi cambiamenti nelle scelte tradizionali di esecuzione dei lavori e di assunzione della manodopera.

Ma proprio a ragione di tali difficoltà, per rendere possibile la osservanza della norma occorreranno sforzi supplementari non solo nel controllo pubblico su questi appalti, ma anche nella vigilanza e nel monitoraggio collettivo da parte dei lavoratori e dei beneficiari, individui e imprese, delle attività in questione.

Questa del resto è una esigenza pressante per tutte le attività di appalto e subappalto che stanno diventando una forma diffusa di organizzazione delle attività economiche, e che presentano accresciuti rischi per la qualità e la sicurezza del lavoro.

La riduzione dei divari territoriali e lo sviluppo del mezzogiorno costituiscono un'altra priorità trasversale del PNRR, sostenuta da una destinazione a queste aree di una quota non inferiore al 40% delle risorse complessive del Piano; una scelta motivata dalla consapevolezza che il recupero di questi divari di sviluppo rappresenta una condizione essenziale per la ripresa e per la coesione sociale dell'intero paese.

Dare seguito a questi obiettivi costituisce forse la sfida più difficile per l'attuazione del Piano, per i ritardi storici, non solo economici ma di capacità amministrativa e di capitale sociale accumulatisi nel Mezzogiorno.

Le fasi di avvio del Piano hanno confermato la criticità di questa sfida. Qui più che mai la posta in gioco per riuscire a vincerla va oltre il rafforzamento della capacità di azione tecnica e progettuale delle istituzioni centrale e del territorio.

Postula uno sforzo corale di tutte le forze del tessuto sociale del mezzogiorno, sostenuto da una piena e durevole solidarietà nazionale per attivare le migliori energie economiche culturali e imprenditoriali presenti nei vari territori e che hanno dato prova di poter reagire al declino.

8. Innovazioni del welfare: sanità e assistenza

Un'altra area di attenzione significativa per garantire la giusta applicazione del PNRR riguarda le diverse componenti delle politiche sociali, dalla sanità alla assistenza, fino alle varie politiche di welfare.

²²⁴ Vedi più ampiamente T. Treu, *Patto per il lavoro*, cit., p. 29 ss.

²²⁵ T. Treu, *Promuovere le pari opportunità generazionali e di genere*, Guida al lavoro, 31 gennaio 2022.

Le indicazioni del Piano, in coerenza con l'obiettivo di ridare centralità alla dimensione sociale delle politiche pubbliche, non solo dedicano a sanità e assistenza ingenti risorse e riforme di sistema, ma prevedono la implementazione di nuovi modelli organizzativi di prossimità legati al territorio.

Proprio su questi modelli il Piano si basa per promuovere l'attuazione di un sistema integrato fra sanità e assistenza e per rafforzare gli aspetti di servizio del nostro sistema: un aspetto questo trascurato dalle scelte finora prevalenti che hanno privilegiato le erogazioni monetarie rispetto al servizio.

Quello delle strutture di prossimità e dei servizi personalizzati per la salute e per la cura delle persone è un terreno sul quale le conoscenze e le esperienze delle parti sociali e delle comunità locali presenti sul territorio, insieme con i professionisti della sanità e della assistenza, sono risorse decisive per orientare le scelte pubbliche alla effettiva utilità per le persone.

La importanza di una partecipazione civile attiva in questa materia è stata unanimemente sottolineata nel dibattito al Tavolo, che ha declinato i temi su cui intervenire prioritariamente: dalle modalità di integrazione fra sanità e assistenza, agli standard generali e ai requisiti minimi del servizio (LEA), al rapporto con gli enti locali che sono titolari di competenze rilevanti in materia, al ruolo dei medici di base, fino alla costruzione di un sistema di assistenza domiciliare.

La importanza che il PNRR riconosce ai livelli decentrati e territoriali per l'attuazione di gran parte degli interventi in vari settori, dagli investimenti per le energie rinnovabili ai servizi di sanità e assistenza, alle strutture della scuola e della formazione professionale, può essere uno stimolo anche per riattivare esperienze di contrattazione e concertazione territoriale saltuariamente sperimentate negli anni passati.

Allora queste non si sono diffuse sia per le resistenze di alcune parti sociali e degli imprenditori, sia per la scarsità delle risorse finanziarie e istituzionali a disposizione degli enti locali.

Oggi il Piano attribuisce risorse finanziarie e ruoli considerevoli ai livelli decentrati di governo e quindi offre una concreta possibilità di riprendere esperienze di concertazione fra enti locali, parti sociali e organizzazioni civili, arricchendole di contenuti che tengano insieme diverse azioni economiche e sociali sul territorio secondo un'integrazione orizzontale che ne potenzi la efficacia.

A tal fine possono essere di esempio iniziative recenti come quella del patto emiliano fra regione, enti locali e organizzazioni economiche e sociale, che si è concentrato inizialmente sulla promozione dello sviluppo locale, di buona occupazione e di contrasto alle diseguaglianze, per poi estendersi fino a comprendere azioni di promozione di una economia verde, per la difesa e il miglioramento dell'ambiente.²²⁶

Questo accordo regionale sui temi critici posti dalle transizioni economiche e sociali in atto è un esempio suscettibile di essere ripreso in altri contesti attivando le risorse e i tavoli territoriali e settoriali di partecipazione previsti dal PNRR.

²²⁶ Cfr. P. Bianchi, F. Butera, G. De Michelis, F. Seghezzi, G. Scarano, *Coesione e innovazione*, Mulino, 2020. Patti simili si stanno sperimentando in altri contesti, specie metropolitani (Milano, Napoli, Torino) per accompagnare e gestire gli investimenti del PNRR e le loro ricadute sul territorio.

La diffusione di forme decentrate di concertazione rappresenta una via utile per la partecipazione alle politiche pubbliche, sia perché opera nelle sedi più vicine alle persone sia per compensare le tentazioni del centralismo sollecitate dalle varie emergenze succedutesi in questi anni.

Gli interventi di emergenza finora attuati dal governo,²²⁷ nonostante siano stati ispirati da intenti egualitari non sono riusciti a ripristinare situazioni di equilibrio fra diversi gruppi e soggetti né a contrastare la tendenza all'aggravarsi delle diseguaglianze.

Le ricerche²²⁸ hanno testimoniato che le diseguaglianze colpiscono più gravemente alcuni gruppi sociali, a cominciare da donne e giovani, nonché aree geografiche come quelle meridionali, ma che sono cresciute in generale. Inoltre si presentano sempre più come un fenomeno multidimensionale, per cui i diversi aspetti delle diseguaglianze si intrecciano fra di loro aggravando l'impatto sugli stessi gruppi e persone.

La esperienza recente, ancora più di quella passata, conferma l'urgenza di andare oltre le misure di emergenza e di reimpostare tutte le politiche pubbliche, a cominciare da quelle di welfare, in funzione del contrasto alle diseguaglianze e della promozione di pari opportunità e condizioni fra le persone di gruppo sociali.

Questa è una priorità trasversale per le politiche pubbliche che va oltre gli interventi specifici pur comprensivi del PNRR, perché investe direttamente i compiti delle istituzioni della Repubblica, esplicitati solennemente nell'art. 3 della Costituzione.

9. Partecipazione dei cittadini e processi decisionali pubblici

La conclusione della prima fase del PNRR, che ne ha visto un avvio difficile ma orientato nella giusta direzione, ha coinciso con lo scoppio della guerra in Ucraina, con l'aggravarsi delle tensioni geopolitiche e con il conseguente deterioramento delle condizioni economiche dell'Italia come di altri paesi.

Queste drammatiche novità pongono ulteriori sfide alle nostre istituzioni, alla nostra comunità e alla compagine politica uscita dalle elezioni che si appresta a governare.

Anche nella prosecuzione del PNRR si dovrà tenere conto delle nuove condizioni di contesto: inflazione, costi in crescita della energia e delle materie prime, rischio di recessione.

Gli orientamenti prevalenti in Europa e in Italia suggeriscono di aggiornare e rafforzare gli aspetti critici del Piano, eventualmente di riprogrammarne i tempi attuativi, senza però stravolgerne l'impianto e gli obiettivi, che offrono ancora una opportunità decisiva per promuovere uno sviluppo sostenibile del nostro paese.

²²⁷ Gli interventi di emergenza si sono susseguiti nel tempo, con una varietà e sequenza tale che ha finora ostacolato analisi sistematiche. V. comunque alcuni primi commenti; M. Faioli, *Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli (a cura), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Istant Book Consulta Giuridica CGIL, Ediesse, n.1, 2020, p. 167 ss.; A. Pileggi (a cura), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, supplemento Lavoro e Previdenza Oggi, Giuridica Ed., n. 3-4, 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*, ADAPT Studies, 2021, n. 89, sez. II, p. 168 ss.; Camera dei Deputati, *Gli interventi in materia di lavoro per fronteggiare l'emergenza Covid-19*, in www.cameradeideputati.it.

²²⁸ Vedi l'indagine affidata dalla Commissione Lavoro della Camera dei Deputati all'ISTAT e Cnel, su cui l'Audizione del Presidente Cnel T. Treu su *"Nuove diseguaglianze prodotte dalla pandemia da Covid-19 nel mondo del lavoro"*, dinanzi alla Commissione Lavoro della Camera dei Deputati, 8 febbraio 2022.

Le organizzazioni presenti al Tavolo di partenariato hanno espresso un patrimonio comune di riflessioni e di proposte che testimoniano della validità del metodo partecipativo e che servono ad alimentare il percorso futuro del Piano anche nel nuovo contesto.

I contributi raccolti offrono testimonianze significative di come il coinvolgimento di cittadini e di gruppi sociali abbia contribuito alla elaborazione e alla attuazione delle politiche necessarie al nuovo sviluppo del paese proposto dal NGEU.

Il valore di queste testimonianze va al di là degli episodi specifici. È significativo perché conferma la importanza della partecipazione diretta dei cittadini e delle forze sociali per rafforzare la capacità di innovazione delle istituzioni e per mobilitare le risorse necessarie a raggiungere obiettivi ambiziosi come quelli posti dal PNRR.

Ma indica altresì che questa partecipazione può migliorare i processi decisionali rivolti alla produzione di beni pubblici necessari ai cittadini e quindi integrare in punti importanti la efficacia delle procedure democratiche.

Questa è una possibilità offerta dal Piano, non una certezza.Cogliere tale possibilità è un test decisivo per il futuro del paese.

La condizionalità sociale nella nuova PAC (nel quadro dello sviluppo sostenibile dell'agricoltura)*

Irene Canfora- Vito Leccese

1. Sviluppo sostenibile e aspetti sociali nei nuovi regolamenti della PAC.	68
2. L'equa remunerazione dei produttori agricoli e gli strumenti finanziari per orientare lo sviluppo rurale.	70
3. I lavoratori agricoli nei documenti europei prodromici alla PAC 2023-27.	72
4. Tutela dei lavoratori e regole comuni europee in materia di condizionalità sociale nella costruzione del regolamento 2021/2115.	73
5. Gli strumenti riconducibili alla condizionalità in materia di lavoro nel nostro ordinamento: ampiezza delle tutele considerate e loro fonti.	76
6. La condizionalità sociale nel regolamento 2021/2115: un passo importante o un'occasione mancata?	79
7. Conclusioni.	82

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 460/2022

1. Sviluppo sostenibile e aspetti sociali nei nuovi regolamenti della PAC.

Negli ultimi anni, la disciplina giuridica della filiera agroalimentare è stata caratterizzata da un approccio olistico, finalizzato alla costruzione di un “sistema alimentare sostenibile”, come definito dalla Commissione nel documento guida del *Green Deal*²²⁹ per le politiche agricole europee, *Una strategia “Dal produttore al consumatore” per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente*” (c.d. *Farm to fork*)²³⁰, in cui il concetto di sostenibilità si declina nelle sue componenti economiche, ambientali e sociali, oggetto di una rilettura dinamica delle regole giuridiche, dalla produzione primaria fino alle fasi del consumo.

Si tratta di un quadro disciplinare tuttora in costruzione, alla luce degli eventi drammatici e delle emergenze che i governi hanno dovuto fronteggiare, pur conservando il suo fondamento basato sull'idea di una transizione verso lo sviluppo sostenibile.

Alla consapevolezza degli effetti della globalizzazione sull'agricoltura europea, già acquisita in sede di revisione di medio termine, nel 2017, della Politica agricola comune per il periodo 2014-20²³¹, si è sovrapposta la crisi pandemica²³² e ancora, più recentemente, la guerra ai confini dell'Unione Europea. Eventi che hanno spostato l'attenzione, tra l'altro, sull'esigenza di assicurare l'autosufficienza delle produzioni agricole degli Stati membri dell'Unione e la “resilienza” delle imprese agricole europee. Appare sempre più evidente che l'interesse alla conservazione delle attività primarie all'interno del territorio europeo prescinda dalla mera capacità di acquisire materie prime per l'industria alimentare e la distribuzione (merci eventualmente provenienti anche da mercati extraeuropei)²³³. Pertanto, i meccanismi di funzionamento della filiera agroalimentare riguardano la vitalità delle imprese agricole, sia nel tessuto rurale che nell'organizzazione delle attività e delle corrette relazioni di filiera, in una nuova visione delle regole che disciplinano l'equa distribuzione del valore tra le imprese nel settore agroalimentare²³⁴.

In questo contesto, la nuova Politica agricola comune per il 2023-27 - definita nei regolamenti 2021/2115, sulle norme di sostegno ai piani strategici nazionali; 2021/2116, sul finanziamento, gestione e monitoraggio della politica agricola comune e 2021/2118 che apporta alcune significative modifiche al regolamento sulla organizzazione comune dei mercati - si fa interprete

²²⁹ Si veda la Comunicazione della Commissione *Il Green Deal europeo*, COM (2019) 640 final, 11 dicembre 2019.

²³⁰ Commissione Europea, *Una strategia “Dal produttore al consumatore” per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente*, Bruxelles, 20.5.2020 COM(2020) 381 final.

²³¹ Ci si riferisce alla revisione attuata con il regolamento omnibus 2393/2017, nonché agli interventi sull'equilibrio della filiera agroalimentare introdotti con la direttiva 2019/633 sulle pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese della filiera agricola e alimentare.

²³² Su cui v. Y. PETIT, *L'UE face à la déstabilisation de l'agriculture pour la pandémie Covid 19*, in *Rev. Dr. Rural* 2020, Et. 20; P. CAVARZERAN, *Covid-19 e agricoltura. La gestione europea della crisi nel contesto di transizione della PAC*, in *Riv. Dir. Agrario* 2020, 925; F. ALBISINNI, *Rules, responsibilities and governance facing Covid-19 in the Agri- Food Sector: EU and Italian perspectives*, in *Riv. Dir. alimentare* 1/2021 p. 11; L. RUSSO, *Emergenza Covid-19 e Politica Agricola Comune*, in *Riv. Dir. alimentare* 1/2021 p. 45.

²³³ Sulla rilevanza delle risorse dell'agricoltura, in termini di produzione di alimenti e di conservazione dell'uso delle terre agricole, v. A. JANNARELLI, *Cibo e diritto. Per una agricoltura sostenibile*, Giappichelli, Torino 2015.

²³⁴ Sulle nuove funzioni del quadro regolativo del settore agricolo, nella direzione dello sviluppo sostenibile, cfr. S. MASINI, *Continuità e trasformazione della nozione di agricoltura nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Riv. dir. agr.* 2021, 371; sul punto v. anche I. CANFORA, *La tutela delle imprese agricole nella regolazione di una filiera agroalimentare sostenibile*, in *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura. Fattispecie e ipotesi ricostruttive con riferimento all'applicazione nella filiera agroalimentare*, a cura di S. Landini, N. Lucifero, Torino 2022 (in corso di stampa); L. RUSSO, *La sostenibilità economica delle imprese agricole tra dinamiche di mercato e rapporti contrattuali di filiera*, in *La sostenibilità in agricoltura e la riforma della PAC*, a cura di S. Masini e V. Rubino, Cacucci, Bari, 2021.

dell'attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile.

Tra questi, la “sostenibilità sociale” emerge quale parte integrante degli obiettivi enunciati nei documenti del Green deal: essa si traduce, nelle intenzioni della Commissione, in una rinnovata attenzione per le persone impegnate nel settore primario e nell’ambito dei territori rurali, produttori agricoli e lavoratori del settore agricolo, per le politiche di parità di genere e di inclusione sociale. In tal senso, il citato documento *Farm to Fork* del 2020 affermava: “sarà particolarmente importante attenuare gli impatti socioeconomici sulla filiera agroalimentare e garantire che i principi chiave sanciti dal Pilastro Europeo dei diritti sociali siano rispettati, specialmente per quanto riguarda i lavoratori precari, stagionali e non dichiarati” (p. 12).

Il quadro che emerge dai regolamenti della nuova PAC ha ripreso le linee fondamentali enunciate nel documento, sia pure riconducendole entro il quadro normativo proprio degli strumenti di governo del mercato agricolo, ora declinato attraverso lo schema dei piani strategici nazionali, fondati su un insieme di obiettivi e indicatori di risultato e su un nuovo impianto per l’accesso alle misure di sostegno. Va precisato, d’altro canto, che diverse riflessioni legate agli aspetti di rilevanza sociale della nuova PAC si devono agli emendamenti proposti dal Parlamento Europeo, dalla cui lettura complessiva emerge un’attenzione particolare ai profili dell’inclusione e della coesione sociale, della non discriminazione e della partecipazione, peraltro solo in parte confluiti nella versione definitiva dei regolamenti²³⁵.

Un primo elemento, rilevante sul piano della definizione dei principi, è dato dalla constatazione che gli obiettivi della PAC enunciati nell’art. 39 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea (TFUE) risultano ora indirizzati dai contenuti dell’Agenda 2030 delle Nazioni Unite e, più in generale, dagli impegni assunti a livello internazionale cui rinviano i documenti di accompagnamento alla riforma²³⁶.

Nel definire gli obiettivi da perseguire attraverso le misure di sostegno FEAGA e FEASR, l’art. 5 del reg. 2115 afferma che tali misure, conformemente all’art. 39 TFUE, sono dirette a “migliorare ulteriormente lo sviluppo sostenibile dell’agricoltura, degli alimenti e delle zone rurali” e contribuiscono al conseguimento di obiettivi generali “in ambito economico, ambientale e sociale, che a loro volta contribuiranno all’attuazione dell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile”²³⁷. Come si vedrà di seguito, l’attuazione degli obiettivi di matrice internazionale a presidio dello sviluppo sostenibile, confluita nei testi normativi europei sulla politica agricola²³⁸, è destinata a realizzarsi

²³⁵ Cfr. gli *Emendamenti del Parlamento Europeo alla proposta di regolamento recante norme di sostegno ai piani strategici*, approvati il 23 ottobre 2020: P9_TA (2020)0287.

²³⁶ Che il quadro regolativo internazionale sia ben presente al legislatore europeo ai fini dell’effettività delle misure interne è evidenziato dagli artt. 10 e 11 del reg 2021/2115, ma in particolare in riferimento all’impegno da parte degli Stati membri, nell’adozione dei piani strategici, al rispetto dei criteri definiti dagli accordi internazionali sull’agricoltura in sede di organizzazione mondiale del commercio. I richiami agli impegni internazionali per lo sviluppo sostenibile sono invece il riflesso dell’attuazione degli obiettivi strategici definiti dal regolamento europeo. Sugli obiettivi di sviluppo sostenibile di Agenda 2030, v., per tutti, W. HUCK, *Sustainable development goals. Article-by-article Commentary*, Bloomsbury Academic, 2022.

²³⁷ Sulla lettura degli obiettivi del 39 nella proposta di regolamento, v. A. JANNARELLI, *Agricoltura sostenibile e nuova PAC: problemi e prospettive*, in *Riv. Dir. Agrario* 2020, I, 41 e F. ALBISINNI, *La nuova PAC e le competenze degli Stati membri tra riforme annunciate e scelte praticate*, ivi, 57.

²³⁸ A tale riguardo, il documento della Commissione *2019 EU report on Policy Coherence for Development* del 28 gennaio 2019, SWD(2019) 20 final, al par. 3.1.1, dedicato alla Food security, afferma che la proposta di riforma della PAC accresce la coerenza con

nella pianificazione a livello nazionale. Le scelte compiute nell'ambito dei piani strategici nazionali, appropriati alle specifiche realtà territoriali, rappresentano quindi, in ultima analisi, la sede concreta per lo sviluppo degli obiettivi di sostenibilità, sicché appare cruciale la valutazione dell'efficacia (anche preventiva) e della congruità dei risultati da parte degli organi comunitari.

A tale proposito, il ruolo della Commissione nel monitorare le scelte degli Stati e indirizzarle verso gli obiettivi fondamentali della riforma è parsa evidente già dalla portata delle osservazioni alle proposte ricevute dagli Stati membri. In particolare, per l'Italia la Commissione ha sottolineato l'opportunità di adottare misure più stringenti rispetto a quanto inizialmente proposto, con riguardo allo sfruttamento di manodopera e all'applicazione della condizionalità sociale, nonché alla situazione delle aree rurali²³⁹.

Quanto ai contenuti, la nuova PAC interviene principalmente su tre aspetti: gli strumenti per garantire un'equa remunerazione dei produttori agricoli, le misure di sostegno per lo sviluppo socio-economico nelle aree rurali e le previsioni normative che incidono, sia pure indirettamente, sulla tutela dei lavoratori in agricoltura, la cui novità principale è costituita dall'inserimento della condizionalità sociale.

2. L'equa remunerazione dei produttori agricoli e gli strumenti finanziari per orientare lo sviluppo rurale.

Il primo aspetto intreccia profili di sostenibilità economica della filiera agroalimentare che presentano ricadute sociali, per l'impatto sulla conservazione delle attività di impresa e sull'occupazione nel settore agricolo.

A tale riguardo, si intende qui solo sinteticamente ricordare che l'obiettivo di garantire l'equilibrio nella distribuzione del valore lungo la filiera e una giusta remunerazione per i produttori agricoli ha rappresentato una bussola che ha orientato lo strumentario giuridico della regolazione dei

gli obblighi internazionali assunti dall'UE, inclusi quelli riferiti agli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, segnalando che oltre agli obiettivi della PAC legati al concetto di sostenibilità nelle diverse dimensioni economica, ambientale e socio-territoriale, "the proposals also aim to address new societal demands e.g to reduce waste and guarantee animal welfare".

²³⁹ Commissione Europea, *Osservazioni sul piano strategico della PAC presentato dall'Italia*, Ref. Ares(2022)2416762 - 31/03/2022, pubblicate alla pagina: <https://agriculture.ec.europa.eu/cap-my-country/cap-strategic-plans/observation-letters> it e ad oggi non ancora corredate dal documento contenente le risposte dell'Italia. Si veda, nella sezione dedicata alle "problematiche principali" il punto 10, con riguardo ai lavoratori del settore agricolo: "L'Italia dovrebbe rafforzare notevolmente la logica di intervento del piano per quanto riguarda lo sfruttamento della manodopera. Considerato il tasso molto elevato di irregolarità (oltre il 55 %) riscontrato nel settore agricolo italiano in questo campo, è essenziale affrontare la questione per garantire la stabilità economica, la competitività e la sostenibilità sociale delle aziende agricole italiane. Per gli stessi motivi la Commissione accoglierebbe con favore un'applicazione efficace della condizionalità sociale sin dall'inizio dell'attuazione del piano"; nonché il punto 21, relativo alle azioni per il rafforzamento del tessuto socio-economico delle zone rurali: "In linea con la visione a lungo termine per le zone rurali (COM/2021/345 final), la strategia proposta dovrebbe essere notevolmente migliorata per rispondere in modo adeguato alle persistenti esigenze di sviluppo delle zone rurali italiane (profondo divario tra zone rurali e urbane con riguardo a servizi di base, infrastrutture, disoccupazione, spopolamento, povertà, inclusione sociale, parità di genere e gruppi vulnerabili), assicurandosi che essa sia efficacemente mirata alle zone rurali più bisognose. Gli interventi, gli output e le dotazioni finanziarie proposti sono molto limitati rispetto alle sfide che dovrebbero affrontare".

mercati agroalimentari negli ultimi anni, a fronte della presa d'atto di relazioni tra imprese in posizione diseguale di forza economica e contrattuale²⁴⁰.

Infatti, come è già emerso nell'esperienza della politica agricola 2014-20, il mantenimento delle attività produttive agricole sul territorio dell'UE, minacciate da un mercato aperto alla concorrenza di prodotti extraUE con costi di produzione nettamente inferiori a quelli europei, ha comportato l'adattamento del quadro normativo, attraverso l'incentivazione del ruolo dei gruppi di produttori, al fine di garantire la persistenza di imprese, anche di più piccole dimensioni, spesso incapaci di incidere sulla formazione dei prezzi di cessione delle materie prime.

Le modifiche apportate al reg. 1308/13 (sulla organizzazione comune di mercato) dal reg. 2021/2117 muovono in questa direzione. Si pensi, in particolare, agli interventi sulla definizione dei prezzi nei contratti di cessione, suscettibili di essere correlati ai costi di produzione delle imprese agricole (art. 168).

Il regolamento interviene, sia pure con cautela, sulle modalità di formazione del prezzo e di determinazione di indicatori che ne rendano il valore corrispondente a quanto ci si possa attendere da un contratto di cessione che risponda a parametri di equa remunerazione dei produttori agricoli.

La norma prevede ora che il prezzo (che deve essere obbligatoriamente determinato nel contratto scritto di fornitura) sia "fisso e stabilito nel contratto e/o calcolato combinando vari fattori stabiliti nel contratto, che possono comprendere indicatori oggettivi, che possono basarsi sui prezzi e sui costi di produzione e di mercato pertinenti, nonché indici e metodi di calcolo del prezzo finale, che sono facilmente accessibili e comprensibili e che riflettono cambiamenti nelle condizioni di mercato quantità consegnate e la qualità o la composizione dei prodotti agricoli consegnati: tali indicatori possono basarsi sui prezzi e sui costi di produzione e di mercato pertinenti; a tal fine, gli Stati membri possono stabilire gli indicatori, secondo criteri oggettivi e basati su studi riguardanti la produzione e la filiera alimentare; le parti contraenti sono libere di fare riferimento a tali indicatori o a qualsiasi altro indicatore che ritengano pertinente". L'attuale formulazione della norma rappresenta un'opportunità per intervenire nelle correzioni di squilibri nella ripartizione del valore lungo la filiera - non solo nell'interesse della equa remunerazione dei produttori agricoli, ma anche nella prospettiva di intervenire sui fattori critici, ad esempio mediante la valorizzazione dei costi legati alle retribuzioni e al lavoro regolarmente dichiarato²⁴¹. D'altra parte, il nesso tra bassa remunerazione del prezzo dei prodotti agricoli e il rischio di

²⁴⁰ Si rinvia a quanto osservato in I. CANFORA, *Rapporti tra imprese e ripartizione del valore nella filiera agroalimentare*, Riv. dir. alimentare 2/2022. Sulla centralità del giusto reddito per gli agricoltori in un sistema alimentare sostenibile, si veda: A. JANNARELLI, *Il diritto agrario nel nuovo millennio tra food safety, food security e sustainable agriculture*, in Riv. Dir. Agrario 2018, I, 533; L. COSTANTINO, *La problematica dei prezzi dei prodotti agricoli: strumenti normativi tra antichi problemi e nuove crisi*, in Riv. Dir. Agrario, I, 783. Sulle misure adottate nella precedente riforma PAC, si rinvia altresì a I. CANFORA, *Raggiungere un equilibrio nella filiera agroalimentare. Strumenti di governo del mercato e regole contrattuali*, in *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, a cura di L. Scaffardi, V. Zeno Zencovich, vol. 1. RomaTrE-Press, Roma, p. 237 ss.

²⁴¹ Per considerazioni più approfondite su questi aspetti, v. I. CANFORA, V. LECCESE, *Pratiche sleali, equilibrio del valore e legalità dei rapporti di lavoro nella filiera agroalimentare*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.* 2022, p. 135.

incrementare l'illegalità nei rapporti di lavoro in agricoltura è stato messo in evidenza, da ultimo, nel piano di azione nazionale di contrasto al caporalato²⁴².

Quanto poi al secondo degli aspetti sopra indicati, il regolamento si occupa degli strumenti finanziari per orientare lo sviluppo rurale con riguardo a nuovi obiettivi legati alla sostenibilità sociale. Tra questi, in particolare, emerge l'obiettivo di "migliorare la posizione degli agricoltori nella catena del valore" (art. 6, lett. c), l'esigenza di attrarre i giovani occupati nel comparto agricolo e di facilitare lo sviluppo imprenditoriale sostenibile nelle zone rurali, (art. 6, lett. g e h); le misure dirette all'incremento occupazionale, all'obiettivo di promuovere la parità di genere, compresa la partecipazione delle donne all'agricoltura, nonché l'inclusione sociale e lo sviluppo locale nelle zone rurali (art. 6 lett. h)²⁴³.

Ne risulta un disegno complessivo che mette in connessione diversi aspetti dello sviluppo rurale sostenibile, in quella stessa logica di sistema delineata nel documento *Farm to fork*: gli strumenti per la competitività e la resilienza dell'agricoltura assicurano *comunque* parametri di sostenibilità, laddove la conservazione delle attività produttive europee garantisce "la sicurezza alimentare a lungo termine".

In sostanza, attraverso tali disposizioni, il regolamento definisce l'ambito entro cui si dovranno muovere le scelte degli Stati membri nell'individuazione dei contenuti dei piani strategici nazionali, mediante azioni specifiche, in considerazione delle ricadute territoriali: come si legge nel terzo considerando del reg. 2021/2115, "il rafforzamento della sussidiarietà consente di tenere meglio conto delle condizioni e delle esigenze locali e della natura particolare della attività agricola, che deriva dalla struttura sociale dell'agricoltura e dalle disparità strutturali e naturali tra le varie regioni agricole, nonché di adattare il sostegno per massimizzare il contributo al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione".

Nell'ambito degli schemi proposti a livello europeo, diviene dunque essenziale il ruolo degli Stati membri nel definire gli indirizzi da imprimere alle proprie scelte politiche per i singoli interventi, fondati sull'analisi dei propri territori, al fine di garantire il raggiungimento degli obiettivi indicati nei regolamenti europei e, in ultima istanza, il rispetto degli impegni di sviluppo sostenibile assunti a livello internazionale.

3. I lavoratori agricoli nei documenti europei prodromici alla PAC 2023-27.

Una novità significativa nella nuova impostazione della PAC è rappresentata dal terzo degli aspetti sopra menzionati, relativo alle tutele dei lavoratori agricoli; si tratta di una novità legata alla crescente domanda di lavoro nel settore primario, ampiamente soddisfatta da manodopera proveniente dall'esterno dell'Unione Europea.

²⁴² Su cui si veda: I. Canfora, V. Leccese, *Lavoro irregolare e agricoltura. Il Piano triennale per il contrasto allo sfruttamento lavorativo, tra diritto nazionale e regole di mercato nella nuova PAC*, in *Dir. agroalim.* 2021, 39.

²⁴³ Sull'attuazione degli obiettivi dello sviluppo sostenibile mediante le misure del reg. 1305/13, v. S. CARMIGNANI, *SDGS e agricoltura. Una breve riflessione*, in *Le regole del mercato agroalimentare tra sicurezza e concorrenza*, a cura di S. Carmignani, N. Lucifero, Napoli 2020, con particolare riferimento anche agli aspetti dei diritti sociali quale conseguenza della "trasversalità dell'agricoltura" (p. 215).

Già la relazione di accompagnamento alle proposte di regolamento²⁴⁴, partendo dal radicale mutamento del panorama sociale ed economico su cui si innesta la regolazione dei mercati europei, segnalava tra gli aspetti di cui tener conto nella riforma – accanto alla riduzione dei prezzi agricoli, all'apertura ai mercati mondiali attraverso i negoziati internazionali basati sugli accordi bilaterali e sui vincoli derivanti dalla sottoscrizione di accordi internazionali che impegnano l'UE sul piano delle azioni per la mitigazione dei cambiamenti climatici e l'attuazione degli obiettivi dello sviluppo sostenibile - il crescente impiego di lavoratori stagionali in agricoltura, fattore legato al contesto geopolitico di migranti provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione²⁴⁵. Tale aspetto è messo in evidenza anche nel citato documento della Commissione *Farm to fork* del 2020, in cui, oltre a ribadire la necessità di assicurare un reddito dignitoso agli agricoltori, si prende atto delle questioni legate alla disponibilità di manodopera nel settore agricolo, fattore che aveva rappresentato un forte elemento di criticità per la continuità delle attività produttive nel periodo pandemico, e si mettono in connessione gli aspetti legati al regolare funzionamento della filiera di produzione con l'esigenza di rafforzare le tutele dei lavoratori²⁴⁶.

Anche in Italia, del resto, nel medesimo lasso temporale, si affrontava la questione delle condizioni dei lavoratori del settore primario mediante una pluralità di strumenti, nella consapevolezza che si trattasse di una situazione emergenziale. Nel nostro Paese si è così giunti alla definizione di una strategia concertata tra i Ministeri del lavoro, dell'agricoltura e dell'interno, attraverso l'adozione del "Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo", il quale considera, nel loro complesso, gli strumenti diretti alla regolazione della filiera agroalimentare, alla gestione della domanda di lavoro agricolo e alla realizzazione di strutture per l'accoglienza e l'inclusione dei lavoratori immigrati²⁴⁷.

In verità, però, se si guarda ai regolamenti che disciplinano la nuova PAC, proprio la rilevanza degli aspetti relativi ai lavoratori immigrati appare ridimensionata. Nel reg. 2021/2115 l'unico riferimento si rinviene nel 34° considerando, ai sensi del quale si prende atto che "i cittadini di Paesi terzi con regolare permesso di soggiorno possono accedere a possibilità di impiego potenziali nelle zone rurali che permetterebbero di promuovere la loro integrazione sociale ed economica, specialmente nell'ambito delle strategie di sviluppo locale di tipo partecipativo": considerazione che non prelude ad un intervento nel merito per affrontare le criticità legate alle situazioni di sfruttamento dei lavoratori immigrati nelle campagne europee, ma rinvia agli strumenti di inclusione sociale previsti nell'ambito delle già menzionate misure di sostegno allo sviluppo rurale.

4. Tutela dei lavoratori e regole comuni europee in materia di condizionalità sociale nella costruzione del regolamento 2021/2115.

Nel quadro delle più ampie questioni concernenti la sostenibilità sociale nella nuova PAC, un particolare profilo regolativo, di carattere innovativo rispetto al quadro preesistente dei regolamenti

²⁴⁴ Commissione Europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sul sostegno ai piani strategici*, Bruxelles, 1.6.2018, COM(2018) 392 final, paragrafo 1.

²⁴⁵ Sul tema, v. W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI, *Migranti e lavoro*, Il Mulino, Bologna 2020.

²⁴⁶ "Le considerazioni sulla protezione sociale e sulle condizioni lavorative e abitative dei lavoratori, come pure sulla tutela della salute e della sicurezza, rivestiranno un ruolo fondamentale nella costruzione di sistemi alimentari equi, solidi e sostenibili": Commissione Europea, *Una strategia "Dal produttore al consumatore"* COM(2020) 381 final., par. 2.2.

²⁴⁷ I. CANFORA, V. LECCESE, *Lavoro irregolare e agricoltura. Il Piano triennale per il contrasto allo sfruttamento lavorativo, tra diritto nazionale e regole di mercato della nuova PAC*, in *Diritto agroalimentare* 2021, 39.

sulle politiche agricole, è invece previsto nell'art. 14 del regolamento 2115 del 2021, che introduce la cd. "condizionalità sociale", qui declinata sotto forma di decurtazione degli aiuti per il mancato rispetto di norme poste a tutela dei lavoratori.

Il punto di partenza, dal quale prende le mosse anche l'introduzione di questo strumento, è rappresentato dalla valorizzazione della dignità del lavoro e dall'accettazione della prospettiva secondo cui, una volta che le tutele dei lavoratori siano state definite in un ordinamento (anche alla luce di variabili di contesto), la garanzia della loro effettività deve costituire una variabile indipendente dalle condizioni di mercato.

Ebbene, nel quadro dei numerosi rimedi che sono stati utilizzati per rendere effettiva l'applicazione delle norme di tutela dei lavoratori, quelli basati su varie forme di condizionalità rappresentano – non da oggi – una frontiera molto interessante, perché incidono sui calcoli di convenienza degli operatori economici; mediante il ricorso ad essi, il decisore pubblico sceglie, infatti, di condizionare tali calcoli colpendo con svantaggi economici di varia natura le imprese che optano per il mancato rispetto delle norme.

Naturalmente, è bene sottolineare sin d'ora, sul piano pratico la reale capacità d'incidenza dello strumento sulle concrete dinamiche dei rapporti di lavoro dipende, per un verso, dal novero delle disposizioni di tutela la cui effettiva applicazione si intende favorire e, per altro verso, dalla incisività dell'azione di quanti si occupano di ispezione e di controllo sul loro rispetto, nonché dall'entità degli svantaggi che colpiscono le imprese che non le rispettano²⁴⁸.

Venendo, quindi, alla disciplina del reg. 2115, va anzitutto riconosciuto che, in linea di principio, è di estremo interesse che l'Unione si sia mossa nella direzione dell'ampliamento del contenuto della condizionalità fino a ricomprendervi la tutela dei lavoratori, utilizzando così la PAC (della cui rilevanza sul piano economico non può ovviamente dubitarsi) quale grimaldello attraverso cui scardinare le condotte che minano l'effettività delle norme poste a tutela del lavoro²⁴⁹. Tanto più che, in passato, le proposte di inserire aspetti relativi alla sicurezza dei lavoratori nel quadro dei regolamenti sui regimi di sostegno all'agricoltura non si erano mai tradotte in una previsione normativa²⁵⁰.

L'ampiezza delle finalità perseguite con questa scelta e, al contempo, gli attuali confini delle norme di tutela selezionate sono ben chiari sin dai considerando introduttivi, in particolare il n.

²⁴⁸ Su cui si veda quanto osservato in V. LECCESE, D. SCHIUMA, *Strumenti legislativi di contrasto al lavoro sommerso, allo sfruttamento e al caporalato in agricoltura*, in *Agriregionieuropa*, n°55, Dic 2018.

²⁴⁹ Sulla rilevanza che assume l'introduzione della condizionalità sociale per gli obiettivi dello sviluppo sostenibile nel settore agricolo, v. le considerazioni di C. FALERI, *Transizione ecologica e sostenibilità sociale per un'Agricoltura 4.0*, in *Lavoro e diritto* 2022, p. 452.

²⁵⁰ Cfr. la Relazione *Prospettive politiche a lungo termine per un'agricoltura sostenibile*, di accompagnamento alle proposte di regolamento sui regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune, COM (2003) 23 def. del 21 gennaio 2003. In essa si prevedeva, tra l'altro, il "Rafforzamento delle norme in materia di tutela ambientale, sicurezza alimentare, sanità e benessere degli animali e sicurezza sul lavoro" e si ipotizzava che la condizionalità si sarebbe applicata "alle norme obbligatorie europee in materia di ambiente, sicurezza degli alimenti, sanità e benessere animale e sicurezza sul lavoro a livello dell'azienda" (p. 9), ipotesi peraltro già prospettata nella Comunicazione della Commissione *Revisione intermedia della Politica agricola comune*, COM (2002) 394 del 10 luglio 2002. Sulla successiva scelta – consacrata nel regolamento poi adottato (reg. 1782/2003) – di escludere la sicurezza sul lavoro dal quadro della condizionalità, v. le considerazioni critiche di J. HUNT, *Making the CAP Fit: responding to the Exploitation of Migrant Agricultural Workers in the EU*, in *Int. Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 30, no. 2 (2014) p. 146 ss.

45 e il n. 46, ove si afferma che “(45) Al fine di contribuire allo sviluppo di un’agricoltura socialmente sostenibile attraverso una migliore consapevolezza delle norme occupazionali e sociali da parte dei beneficiari del sostegno della PAC, occorre introdurre un nuovo meccanismo che integri le preoccupazioni sociali”; e che “(46) Tale meccanismo dovrebbe collegare la piena percezione dei pagamenti diretti della PAC [e altri pagamenti ...] al rispetto, da parte degli agricoltori e degli altri beneficiari, delle norme di base in materia di condizioni di lavoro e di impiego dei lavoratori agricoli e di salute e sicurezza sul lavoro, in particolare di determinate norme di cui alla direttiva 89/391/CEE del Consiglio [vale a dire la direttiva madre in materia di salute e sicurezza dei lavoratori] e alle direttive 2009/104/CE [sui Requisiti minimi di sicurezza e di salute per l’uso delle attrezzature di lavoro da parte dei lavoratori] e (UE) 2019/1152 [sulle Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili] del Parlamento europeo e del Consiglio. Entro il 2025 la Commissione dovrebbe valutare la possibilità di includere l’articolo 7, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio e, se del caso, dovrebbe proporre una normativa a tal fine”²⁵¹.

A sua volta, l’art. 14, collocato in una Sezione del regolamento specificamente dedicata alla Condizionalità sociale (sez. III del capo I del titolo III del regolamento), statuisce, al par. 1, che “Gli Stati membri indicano nei propri piani strategici della PAC che, al più tardi dal 10 gennaio 2025, una sanzione amministrativa è applicata agli agricoltori e agli altri beneficiari che ricevono pagamenti diretti a norma del capo II o i pagamenti annuali di cui agli articoli 70, 71 e 72 se non rispettano i requisiti relativi alle condizioni di lavoro e di impiego applicabili o agli obblighi del datore di lavoro derivanti dagli atti giuridici di cui all’allegato IV” (nel quale sono poi riportate le direttive menzionate nei considerando introduttivi).

Sul piano procedurale, poi, il par. 2 prevede, tra l’altro, che “Quando includono un sistema di sanzioni amministrative nei propri piani strategici della PAC come previsto al paragrafo 1, gli Stati membri consultano, sulla base delle rispettive disposizioni istituzionali, le pertinenti parti sociali nazionali, che rappresentano gli interlocutori sociali del settore agricolo, e rispettano pienamente la loro autonomia, nonché il loro diritto di negoziare e concludere contratti collettivi. Tale sistema di sanzioni amministrative non pregiudica i diritti e gli obblighi delle parti sociali ove queste, in conformità dei quadri giuridici e della contrattazione collettiva nazionali, siano responsabili dell’attuazione o dell’applicazione degli atti giuridici di cui all’allegato IV”. Quest’ultimo riferimento è alla facoltà che lo Stato membro affidi al sistema di contrattazione collettiva l’attuazione delle direttive in materia di politica sociale, a condizione che i contratti collettivi posseggano certi requisiti, in particolare l’efficacia generalizzata; requisito che, al momento, non è soddisfatto in Italia, a causa della mancata attuazione della seconda parte dell’art. 39 Cost (co. 2 ss.)²⁵².

²⁵¹ La previsione di una possibile futura integrazione della condizionalità sociale, indicata nel considerando, si riferisce al Regolamento relativo alla libera circolazione dei lavoratori all’interno dell’Unione, il cui art. 7 (Esercizio dell’impiego e parità di trattamento), al par. 1, prevede che “Il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio degli altri Stati membri, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro, in particolare in materia di retribuzione, licenziamento, reintegrazione professionale o ricollocamento se disoccupato”.

²⁵² Per ulteriori approfondimenti e richiami a posizioni dottrinali diverse, V. LECCESE, *L’orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Bari, Cacucci, 2001, p. 421 ss.

Con una previsione evidentemente volta a garantire che lo strumento non si traduca in un mero simulacro dei meccanismi di condizionalità, il par. 3 stabilisce, infine, che “I piani strategici della PAC comprendono norme su un sistema *efficace* [corsivo nostro] e proporzionato di sanzioni amministrative”²⁵³.

Nel nostro Paese, la consultazione delle parti sociali prevista nell’art. 14, par. 2, è stata avviata con grande celerità da parte del Ministro competente, con la dichiarata ambizione, probabilmente destinata a essere ridimensionata a causa della fine anticipata della legislatura, di garantire l’attuazione della previsione ben prima dei termini in essa stabiliti (si era parlato, ottimisticamente, del gennaio 2023)²⁵⁴. Anche se, va detto, nel corso degli incontri era emersa una diversità di posizioni (evidentemente anche tra i rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori) sull’entità delle sanzioni; questione, questa, che risulta nevralgica ai fini della tenuta dello strumento, come del resto dimostrato non solo dal contenuto del par. 3, appena riportato, ma anche dall’attenzione che le organizzazioni sindacali dei lavoratori a livello europeo (e, segnatamente, l’EFFAT - European Federation of Food, Agriculture, and Tourism Trade Unions) stanno ponendo sulla questione, con il non agevole obiettivo di coordinare il processo d’attuazione della condizionalità sociale nei Paesi membri.

Ed invero, un giudizio più articolato sulla effettiva utilità della condizionalità sociale nel quadro della nuova PAC va riservato all’esito del processo di adeguamento che interesserà l’Italia, come gli altri Stati dell’Unione, e alla luce anche dell’entità degli svantaggi economici che graveranno, nei diversi contesti, sui datori di lavoro agricoli che violano le tutele in materia di lavoro, oltre, che, naturalmente sulla reale incisività dei controlli posti in essere dai soggetti che, a vario titolo, si occupano di vigilare sul loro rispetto.

È invece certamente possibile proporre sin d’ora alcune chiavi di lettura utili a cogliere la portata della scelta dell’Unione in merito all’altro elemento che, come sopra accennato, va considerato al fine di valutare, in concreto, la capacità d’incidenza dello strumento sulle dinamiche dei rapporti di lavoro: il novero delle disposizioni di tutela dei lavoratori la cui effettiva applicazione si intende favorire.

5. Gli strumenti riconducibili alla condizionalità in materia di lavoro nel nostro ordinamento: ampiezza delle tutele considerate e loro fonti.

Un aspetto importante dell’analisi, avendo riguardo all’evoluzione del *draft* legislativo, concerne appunto la latitudine delle norme lavoristiche di tutela la cui reale applicazione è presidiata dai meccanismi di condizionalità.

Prima di procedere con l’esame delle scelte operate in proposito dall’Unione nell’ambito della PAC, può essere dunque utile - al fine di comprenderne meglio la portata e di collocarle con chiarezza nel quadro del più ampio contesto delle tutele del lavoro - dedicare un rapido cenno agli strumenti già presenti nel nostro ordinamento, diretti a perseguire il rispetto di quelle tutele,

²⁵³ Sul sistema di controllo e sulle sanzioni amministrative relative alla condizionalità sociale, v. anche gli artt. 87-89 del già citato reg. 2021/2116, ove, tra l’altro, si attribuisce alla Commissione il potere di adottare atti delegati integrativi del regolamento, recanti norme dettagliate sull’applicazione e il calcolo delle sanzioni, al fine di “garantire parità di condizioni per gli Stati membri nonché l’efficacia, la proporzionalità e l’effetto dissuasivo delle sanzioni amministrative” (art. 89, par. 2).

²⁵⁴ V. <https://www.flai.it/primo-piano/pac-sindacati-agricoli-al-ministro-patuanelli-sulla-condizionalita-sociale-bisogna-passare-dalle-parole-ai-fatti/>

mediante meccanismi che, almeno in senso lato, possono essere ricondotti al modello della condizionalità.

Simili meccanismi, da tempo presenti, hanno in prevalenza perseguito l'obiettivo di garantire l'applicazione delle discipline dei contratti collettivi di lavoro. Si tratta di un profilo, questo, di enorme rilievo nella nostra materia, se si considera l'imprescindibile nesso funzionale tra disciplina legislativa e contrattual-collettiva nella determinazione concreta dello standard di tutela per i lavoratori dei diversi settori.

Non è questo il luogo per entrare nel dettaglio della integrazione funzionale tra legge e contrattazione collettiva e della inadeguatezza rispetto allo scopo di strumenti di condizionalità sociale che non considerino anche della seconda.

Sembra invece utile rammentare che, a causa della mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. (co. 2 ss.), nel nostro Paese i contratti collettivi non sono efficaci *erga omnes* e quindi, in teoria, un rapporto di lavoro potrebbe essere sprovvisto di disciplina contrattual-collettiva.

Questa precisazione è utile a comprendere l'evoluzione degli strumenti legislativi riconducibili a una prospettiva di condizionalità.

In effetti, il nostro legislatore è da tempo intervenuto con questi strumenti innanzitutto al fine di favorire l'estensione dell'applicazione dei contratti collettivi da parte di datori di lavoro che non vi sarebbero tenuti, senza però disporre direttamente l'estensione *erga omnes* con strumenti diversi da quelli previsti dall'art. 39, co. 2 ss.

In tal modo, si è tentato di evitare di incorrere nelle censure di costituzionalità che, altrimenti, si sarebbero poste in considerazione della chiara posizione assunta nella nota sentenza della Corte cost. n. 106/1962, tuttora imprescindibile punto di riferimento in questa materia: "una legge, la quale cercasse di conseguire [il ...] risultato della dilatazione ed estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria alla quale il contratto si riferisce, in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale, sarebbe palesemente illegittima".

Tra le numerose (ed eterogenee) previsioni coerenti con questo modello, il cui elenco è qui impossibile riproporre, un ruolo preminente ha certamente l'art. 36 della l. 300/1970 (c.d. Statuto dei lavoratori)²⁵⁵, che merita di essere citato sia perché indicativo di quanto sia risalente il modello stesso, sia perché ha costituito la base sulla quale si sono poi sviluppati successivi e più incisivi interventi.

La previsione, rubricata agli "Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche", razionalizzò e sistematizzò il contenuto di precedenti disposizioni già esistenti, stabilendo, in sintesi, che nei provvedimenti di concessione di benefici accordati (anche da enti pubblici) ai sensi delle vigenti leggi dallo Stato, nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche e nelle concessioni di pubblico servizio²⁵⁶ deve essere inserita una

²⁵⁵ Sulla previsione, tra i più recenti e per ulteriori richiami, I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2020, n. 2; E. GRAGNOLI, *Il contratto nazionale nel lavoro privato italiano*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 238 ss.

²⁵⁶ L'allargamento della previsione a quest'ultima fattispecie si deve a Corte cost. 19 giugno 1998, n. 226.

clausola determinante l'obbligo per il beneficiario, appaltatore o concessionario di applicare o far applicare "nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona". Il meccanismo sanzionatorio, poi, contempla la possibilità che si giunga fino alla revoca del beneficio e, nei casi più gravi o nel caso di recidiva, all'esclusione, per un tempo fino a cinque anni, da ulteriori agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero da qualsiasi appalto o concessione di pubblico servizio.

Su questo tronco originario si è poi sviluppata, come si anticipava, una ricca e varia legislazione: si pensi alle norme che - senza più prevedere la necessità dell'inserimento di un'apposita clausola nei provvedimenti di concessione - hanno direttamente subordinato il godimento di benefici e di agevolazione finanziarie e creditizie concesse dallo Stato all'applicazione dei contratti collettivi (peraltro stipulati non da qualsiasi soggetto collettivo ma da sindacati comparativamente più rappresentativi) o di condizioni di lavoro non inferiori a quelle in essi fissate, ma anche al rispetto della disciplina in materia di versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e degli altri obblighi di legge²⁵⁷. Oppure a quelle che hanno previsto l'obbligo di applicare il trattamento economico e normativo stabilito dal contratto collettivo, ancora una volta sottoscritto da soggetti qualificati per la loro maggiore rappresentatività comparata, per coloro che si aggiudichino appalti pubblici (forniture di servizi, prodotti, lavori, opere) o concessioni²⁵⁸.

In tutti questi casi, appunto, i contratti collettivi *non* sono estesi *erga omnes* e *non* si fissa un *obbligo generalizzato* in capo a tutti i datori di lavoro (il che, nelle interpretazioni prevalenti, scongiurerebbe le censure di incostituzionalità cui si è fatto cenno), ma si pone una *condizione* in capo a coloro che intendano fruire di vantaggi a carico della finanza pubblica o aggiudicarsi appalti pubblici o concessioni, ecc.

Ma il modello sin qui descritto è poi riproposto, specificamente nel settore agricolo, in previsioni relative ai contratti di filiera e di distretto. Per questi ultimi, infatti, si stabilisce la revoca *totale* delle agevolazioni concesse allorché "non vengano rispettati nei confronti dei lavoratori

²⁵⁷ V., per tutte, l'art. 1, co. 1175, L. n. 296 del 2006: "A decorrere dal 1° luglio 2007, i *benefici normativi e contributivi* previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale sono subordinati al possesso, da parte dei datori di lavoro, del documento unico di regolarità contributiva, fermi restando gli altri obblighi di legge ed il rispetto degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale". Può essere utile evidenziare che, nelle (riduttive) interpretazioni ministeriali, per benefici *contributivi* si intendono sgravi o fiscalizzazioni connessi alla costituzione e gestione del rapporto di lavoro che rappresentano una deroga all'ordinario regime contributivo (si tratta dei casi in cui determinati rapporti di lavoro, soggetti ordinariamente al regime generale di contribuzione, vengono invece ammessi alla contribuzione agevolata in presenza di determinati requisiti soggettivi), mentre per *benefici normativi* si intendono agevolazioni che operano su un piano diverso dalla contribuzione previdenziale, ma aventi pur sempre natura patrimoniale (crediti d'imposta, cuneo fiscale): v. circ. Min. lav. n. 5/2008.

²⁵⁸ Cfr. la disciplina degli appalti pubblici, contenuta ora nel D. Lgs. n. 50 del 2016, spec. art. 30, co. 3 e 4:

"3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X.

4. Al personale impiegato nei lavori oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente".

dipendenti gli obblighi previsti dalla legislazione in materia di lavoro, previdenza ed assistenza ovvero dai contratti collettivi nazionali di lavoro”²⁵⁹.

6. La condizionalità sociale nel regolamento 2021/2115: un passo importante o un'occasione mancata?

Rispetto al nostro quadro nazionale, il contenuto della disciplina europea appare significativamente diversa e meno ampia, comunque non rispondente alle letture che ne sono state date in qualche comunicazione giornalistica e sindacale coeva e immediatamente successiva all'approvazione del regolamento; comunicazioni nella quali si legge che nella riforma della PAC sarebbe contenuta una clausola sulla condizionalità sociale in base alla quale le aziende agricole che non rispettano i contratti collettivi e la legislazione in materia di condizioni di lavoro non potranno più ricevere gli aiuti dell'Unione.

A parte l'eccesso di 'foga' sul piano delle conseguenze degli inadempimenti datoriali - poiché in realtà, come s'è visto, i meccanismi sanzionatori, purché efficaci e proporzionati, potranno essere graduati (*supra*, par. 3) -, l'affermazione è errata, per quel che qui più interessa, proprio in merito all'ampiezza degli obblighi datoriali considerati nella riforma.

Essa, per il vero, era di per sé corretta, sotto questo aspetto, sino a fine 2020, in considerazione degli Emendamenti del Parlamento europeo approvati il 23 ottobre 2020 (ma su questi si tornerà tra breve).

E, forse, l'enfasi con cui viene presentata può essere tuttora accettata se con essa si intende segnalare l'importanza, innanzitutto simbolica, della novità introdotta nella legislazione europea in tema di condizionalità nell'ambito qui considerato, cioè l'apertura di essa anche ai temi sociali legati alla tutela dei lavoratori. Non può essere negato, infatti, che l'approdo è, di per sé, tutt'altro che irrilevante, per il fatto stesso che alla condizionalità sociale è stato riconosciuto un ruolo all'interno della PAC; ben si giustifica, quindi, sotto questo aspetto la soddisfazione di quanti, ivi comprese le organizzazioni sindacali a livello nazionale ed europeo, si erano impegnate per l'introduzione dello strumento all'interno del nuovo regolamento.

Quell'affermazione risulta però sovradimensionata se riferita alla reale portata della previsione che qui ci interessa.

²⁵⁹ V., da ultimo, art. 15, co. 3, lett. a), D.M. 22.12.2021, prot. 673777 (in G.U. serie gen. n. 61 del 14.3.2022), recante la definizione dei criteri, le modalità e le procedure per l'attuazione dei contratti di filiera e di distretto previsti dal fondo complementare al PNRR. Si consideri, poi, che questi meccanismi non operano solo sul piano della penalizzazione dei datori di lavoro non rispettosi delle tutele, ma si estendono anche ad altre dimensioni. V., ad esempio, tra i provvedimenti più recenti, la disciplina in materia di bonus per interventi edilizi previsti dal dl sostegni ter (D.L. n. 4/2022, conv. in L. n. 25/2022), il quale condiziona il godimento dei bonus, per lavori superiori ai 70.000 euro, al fatto che nell'atto di affidamento dei lavori sia indicato che i lavori edili sono eseguiti da datori di lavoro che applicano i contratti collettivi del settore edile, nazionale e territoriali, stipulati dalle associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Per altro verso, merita di essere evidenziato che nel nostro Paese non sono mancate esperienze riconducibili alla condizionalità, nelle quali, però, l'attribuzione di aiuti finanziari pubblici alle imprese non è condizionata al rispetto di norme di legge e/o di contratto collettivo, ma alla verifica del rispetto di indici di congruità (che misurano, in sintesi, la "congruità" tra lavoratori occupati nella impresa beneficiaria degli aiuti e il fabbisogno *standard* di manodopera di quelle di analoghe dimensioni, operanti nel settore). Su queste esperienze, anche con riferimento alla Legge regionale pugliese n. 28/2006, V. PINTO, *Rapporti lavorativi e legalità in agricoltura. Analisi e proposte*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.* 2019, p. 7 (spec. par. 4 e 5) e già, più ampiamente, V. PINTO, *Indici di congruità e contrasto al lavoro irregolare in agricoltura*, in *Riv. Dir. Agrario*, I, p. 356.

A tale riguardo, è opportuno rammentare che gli obblighi del datore di lavoro considerati dal regolamento sono quelli derivanti dagli atti giuridici di cui all'Allegato IV, cui rinvia il par. 2 dell'art. 14.

L'allegato menziona, tra le disposizioni in materia di tutela del lavoro, talune previsioni contenute solo in tre direttive europee, già richiamate, come s'è visto, nei considerando introduttivi: due in materia di salute e sicurezza dei lavoratori (la direttiva madre 89/391 e la dir. 2009/104, riguardante le attrezzature di lavoro utilizzate da parte dei lavoratori); la terza in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (dir. 2019/1152, cui recentemente è stata data attuazione in Italia con il d. lgs 104 del 27 giugno 2022) e che, come si dirà più avanti, può avere una importante ricaduta in termini di controllo sul rispetto delle regole a tutela del lavoro.

Nel testo finale del regolamento è stata, quindi, operata una significativa selezione tra le numerose direttive in materia di politica sociale e, soprattutto, è stato omesso qualsiasi riferimento alle tutele derivanti dalla contrattazione collettiva nazionale, tanto da legittimare l'interrogativo che, in realtà, si sia trattata di un'occasione mancata per la valorizzazione della condizionalità sociale nelle politiche agricole dell'Unione.

Per comprendere il senso dell'interrogativo, e della critica ad esso sottesa, va chiarito che l'effettiva latitudine delle previsioni la cui violazione determina l'intervento sanzionatorio risulta sotto-dimensionato rispetto alle aspettative, che erano risultate invece rafforzate dalla posizione espressa dal Parlamento europeo con i già menzionati emendamenti del 23 ottobre 2020.

Basterà qui citare, senza pretesa di esaustività, gli emendamenti (728 e 785) che proponevano di modificare un Considerando (il n. 21 del testo della Commissione; ma v. ora i considerando nn. 41 ss.):

- da un lato, chiarendo che il nuovo sistema di condizionalità avrebbe dovuto subordinare "l'ottenimento completo del sostegno della PAC al rispetto, da parte dei beneficiari, delle norme di base in materia di ambiente, cambiamenti climatici, salute pubblica, *condizioni di lavoro e di occupazione applicabili* [corsivo nostro], salute animale e delle piante e benessere degli animali [...]";
- dall'altro, e specificamente, che "È inoltre di particolare importanza che gli Stati membri adottino misure pertinenti per garantire che l'accesso dei datori di lavoro ai pagamenti diretti sia subordinato al rispetto *delle condizioni di lavoro e di occupazione applicabili e/o agli obblighi dei datori di lavoro derivanti dai relativi contratti collettivi e dal diritto sociale e del lavoro a livello nazionale e dell'Unione* [corsivo nostro], tra l'altro per quanto riguarda la conoscenza delle condizioni di impiego, la retribuzione, l'orario di lavoro, la salute e la sicurezza, gli alloggi, la parità di genere, la libera circolazione dei lavoratori, la parità di trattamento, il distacco dei lavoratori, le condizioni di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, il lavoro interinale, la protezione sociale e il coordinamento della sicurezza sociale tra gli Stati membri".

E questo considerando si sarebbe poi dovuto tradurre, nell'articolato normativo, in una previsione ad hoc (all'epoca, l'art. 11-bis), rubricata, appunto "Principio e campo di applicazione della condizionalità sociale".

Ai sensi di questa proposta, quindi, "Gli Stati membri [...] avrebbero dovuto includere] nel proprio piano strategico della PAC un sistema di condizionalità, in virtù del quale è applicata una sanzione amministrativa ai beneficiari che ricevono pagamenti diretti a norma del capo II e del capo III del presente titolo o premi annuali di cui agli articoli 65, 66 e 67, se non rispettano le condizioni di

lavoro e di occupazione applicabili e/o gli obblighi del datore di lavoro derivanti *da tutti i pertinenti contratti collettivi e dalla legislazione sociale e del diritto del lavoro a livello nazionale, unionale e internazionale [corsivo nostro]*".

Si sarebbe trattato, in definitiva, di un modello di condizionalità ad amplissimo raggio, sia sul piano dell'oggetto delle tutele la cui effettiva applicazione si intendeva favorire, sia su quello delle loro fonti di disciplina; un modello che avrebbe tra l'altro valorizzato l'integrazione funzionale tra legge e contratto collettivo nella tutela del lavoro²⁶⁰.

È ben evidente, dunque, lo iato che intercorre tra questa prospettiva, onnicomprensiva, e la scelta selettiva operata nel testo del regolamento 2021/2115. Nel testo definitivo dell'art. 14 non solo è stato del tutto omesso il riferimento ai contratti collettivi e alle legislazioni nazionali, ma si è anche optato per un forte ridimensionamento del novero dei presidi posti dall'Unione a tutela del lavoro, poiché il principio di condizionalità, come si è visto, è stato infatti al momento riferito alle sole direttive n. 89/391, 2009/104 e 2019/1152²⁶¹.

La prima omissione può spiegarsi anche in virtù dei differenziali di tutela tuttora presenti nei diversi Paesi membri e nel timore di quelli più virtuosi (nei quali, cioè, operano standard legislativi e contrattual-collettivi più elevati) che il meccanismo sanzionatorio ipotizzato dal Parlamento, ove accolto, avrebbe finito per penalizzare maggiormente le imprese in essi operanti. Sennonché questa spiegazione non si attaglia, evidentemente, all'esclusione anche di numerose direttive dell'Unione in materia di politica sociale, le quali si applicano in tutti gli Stati membri.

Il giudizio critico sulla mediazione raggiunta non può però farne dimenticare l'importanza, non solo simbolica.

In primo luogo, e con specifico riferimento al nostro Paese, l'attuazione dell'art. 14 nelle materie coperte dall'allegato IV, ove realizzata con l'adozione di un sistema efficace e proporzionato di sanzioni amministrative (art. 14, par. 3, cit.) e completata da un'adeguata integrazione e interazione tra i vari soggetti che si occupano di ispezione e di controllo, potrà certamente fornire un ulteriore supporto all'obiettivo di garantire il rispetto delle tutele lavoristiche in agricoltura.

Ed invero, è anzitutto di fondamentale importanza che il meccanismo di condizionalità sia destinato a penalizzare coloro che violino rilevanti previsioni in materia di sicurezza sul lavoro, le quali

²⁶⁰ Un modello non dissimile, sotto questo aspetto, da quello prescelto con l'art. 1, co. 1175, L. n. 296/2006, sopra riportato in nota.

²⁶¹ Le medesime direttive sono poi menzionate nell'art. 46, allorché si indicano gli *Obiettivi nei settori dei prodotti ortofrutticoli, del luppolo, dell'olio di oliva e delle olive da tavola e negli altri settori di cui all'articolo 42, lettera f)*: v. lett. k dell'art. 46, che si riferisce al "miglioramento delle condizioni di impiego e applicazione degli obblighi dei datori di lavoro nonché alle prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro in conformità delle direttive 89/391/CEE, 2009/104/CE e (UE) 2019/1152". Analogamente, l'art. 47 (relativo ai *Tipi di intervento nei settori dei prodotti ortofrutticoli, del luppolo, dell'olio di oliva e delle olive da tavola e negli altri settori di cui all'articolo 42, lettera f)*) elenca gli interventi che possono essere attivati dagli Stati membri, tra cui "a) gli investimenti in immobilizzazioni materiali e immateriali, metodi di ricerca e produzione sperimentale e innovativa e altre azioni, in settori quali: [...] xiii) miglioramento delle condizioni di impiego e applicazione degli obblighi dei datori di lavoro nonché alle prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro in conformità delle direttive 89/391/CEE, 2009/104/CE e (UE) 2019/1152". V. inoltre l'art. 57. Per quanto riguarda il nostro Paese, tali aspetti hanno trovato spazio nel testo del Piano strategico nazionale presentato alla Commissione: v. *Relazione 2021 sul piano strategico della PAC*, versione notificata alla Commissione il 31 dicembre 2021, in cui, tra l'altro, si prevede espressamente il rafforzamento dei servizi di consulenza aziendale con l'inclusione dell'assistenza sulle condizioni di impiego e gli obblighi dei datori di lavoro (p. 41); cfr. inoltre p. 140, per quanto concerne l'attuazione dell'art. 47.

rappresentano un ambito di tutela essenziale per le lavoratrici e i lavoratori anche operanti nel nostro settore primario.

Ma altrettanto utile può risultare l'inclusione, tra le direttive valorizzate, di quella sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili, se si considerano le caratteristiche di quel settore, nel cui ambito una fetta importante delle violazioni si realizza nel lavoro non dichiarato, non formalizzato, "nero", spesso reclutato e reso sotto caporali. Ebbene, la sanzione per la violazione delle pertinenti previsioni della direttiva 2019/1152, che impone di fornire per iscritto le condizioni di impiego e di consegnare il contratto di lavoro entro sette giornate di lavoro²⁶², rappresenta certamente un interessante strumento per contribuire all'obiettivo di ridimensionare il ricorso a tali forme di lavoro, incidendo, ancora una volta, sul calcolo di convenienza degli operatori.

In linea più generale, va poi sottolineato che, con l'inserimento dell'art. 14, pur nella veste sin qui descritta, all'interno del regolamento, si è comunque scongiurato il rischio che, a causa della complessità del negoziato e degli interessi economici in gioco, fosse del tutto esclusa l'estensione della condizionalità alle tutele lavoristiche.

La strada è invece ormai aperta e, naturalmente, non è affatto pregiudicato il futuro ampliamento delle norme coperte dal meccanismo, come del resto ipotizzato nel già citato considerando n. 46 del regolamento, ai cui sensi la Commissione, entro il 2025, dovrebbe valutare la possibilità di includere nella sfera di operatività della condizionalità sociale anche l'art. 7, par. 1, del regolamento 492/2011 (relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione), proponendo, se del caso, una normativa a tal fine.

7. Conclusioni.

Gli aspetti più strettamente legati alla "sostenibilità sociale", nel quadro degli obiettivi dello sviluppo sostenibile introdotti nel regolamento dedicato ai piani strategici della PAC, rappresentano una significativa novità nel panorama della politica agricola europea, frutto di una riflessione sul sistema agroalimentare che trova la sua pietra miliare nel Green Deal europeo.

In questa direzione, la nuova PAC ha rivisto gli strumenti e gli obiettivi, nel cui ambito emerge una diversa attenzione ai profili sociali dell'agricoltura, riferiti sia all'esigenza di intervenire per limitare le violazioni delle tutele lavoristiche e le situazioni di lavoro non dichiarato nel settore agricolo, sia all'esigenza di ridurre disuguaglianze proprie dei territori rurali, alla luce delle caratteristiche sociali e delle prospettive di innovazione dell'agricoltura e delle aree rurali.

La disciplina della condizionalità sociale, destinata ad accrescere gli strumenti a tutele dei lavoratori del settore agricolo, così come le disposizioni dedicate allo sviluppo rurale, mirate a favorire gli aspetti delle politiche sociali di inclusione, parità di genere, e più in generale della crescita

²⁶² Per l'attuazione in Italia, v. il recente d.lgs. n. 104/2022, il quale contempla peraltro anche obblighi non previsti dalla direttiva. Va considerato che, ai sensi del par. 4 dell'art. 14 reg. 2021/2115, "Gli atti giuridici di cui all'allegato IV riguardanti le disposizioni da assoggettare al sistema di sanzioni amministrative di cui al paragrafo 1 si applicano nella versione vigente e quali recepiti dagli Stati membri".

Per alcuni primi commenti, taluni critici, al decreto di recepimento, v. M. FAIOLI, *Trasparenza e monitoraggio digitale. Perché abbiamo smesso di capire la norma sociale europea*, in *Federalismi.it*, 5 ottobre 2022; M. MARRUCCI, *Sulla moltitudine degli obblighi d'informazione ai lavoratori introdotti con l'attuazione della normativa comunitaria relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, in *Labor*, 1° settembre 2022; F. SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoratore (privato) a svolgere un'altra prestazione lavorativa*, in *Giustizia civile.com*, 23 agosto 2022.

socioeconomica dei territori rurali, entrambi aspetti chiaramente definiti nei loro contorni dal regolamento 2021/2115, attendono tuttavia la messa in opera a livello nazionale.

Ampi sono gli spazi e le responsabilità lasciati agli Stati membri nell'attuazione delle misure; spazi che, se gestiti nell'interesse della crescita dei propri territori rurali e del settore agricolo, rappresentano la vera sfida, nei prossimi anni, per il raggiungimento degli obiettivi sociali, segmento essenziale nella creazione di un sistema alimentare sostenibile.

**Il rimedio della reintegra come regola o come eccezione?
La Cassazione sui licenziamenti disciplinari nel cono d'ombra delle
decisioni della Corte Costituzionale***

Bruno Caruso

1. Prologo.	85
2. La regolazione vigente. Il risarcimento come regola, la reintegra come eccezione. La ratio.	86
3. I percorsi giurisprudenziali, in particolare della Corte di Cassazione. La posizione restrittiva Boghetich/Di Cerbo.	88
4. Il cambio di rotta e la posizione estensiva: l'ordinanza filtro Ponterio/Raimondi, la sentenza Garri/Raimondi e oltre.	89
5. Lo stato dell'arte e il dibattito in corso. La reintegra come "valore" (relativo).	93
6. Il lavoro ortopedico della Corte costituzionale sull'assetto regolativo esistente.	96
6.1. e l'apporto ermeneutico della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (l'orientamento elastico).	97
7. Riconduzione a sistema dell'orientamento estensivo: per una regolazione sociale "matura" della proporzionalità sociale.	99

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 461/2022

1. Prologo.

Nell'articolo che segue si tratterà dello stato dell'arte della disciplina rimediabile prevista per il licenziamento di natura disciplinare illegittimo dopo le riforme del cd. "ciclo liberista"²⁶³. In particolare, si analizzerà l'assestamento modificativo, non di poco momento, seguito agli interventi dei diversi attori implicati nella vicenda politico-istituzionale e nella conseguente dinamica regolatoria: lo stesso legislatore²⁶⁴, ma anche, e soprattutto, le Alte Corti, la Corte costituzionale²⁶⁵ e la Corte di cassazione; meno invasivo il ruolo, nella vicenda, della Corte di giustizia europea²⁶⁶. A conferma, una volta di più, che il diritto vigente (la norma), negli ordinamenti democratici pluralisti, può andare oltre quello voluto dalle contingenti maggioranze politiche legislative (la disposizione, l'enunciato, il diritto *posito*)²⁶⁷, per planare su quello realmente applicato (il diritto *vivente*)²⁶⁸ perché plasmato da operazioni ermeneutiche adattive, se non manipolative, della giurisprudenza pratica²⁶⁹; interpretazioni orientate anche da diverse valutazioni degli interessi in

²⁶³ Il giudizio sul ciclo di riforme attuate in Italia nel secondo decennio del secolo come "neoliberiste" è di A. PERULLI - V. SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, 2022. Per una diversa valutazione, si rinvia a B. CARUSO - R. DEL PUNTA - T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 2020, *csdle.lex.unict.it*. Giudizi articolati sul ciclo di riforme da parte di alcuni protagonisti, in qualità di esperti, di quelle riforme, si v. S. SACCHI, *Caro Letta, il Jobs Act non c'entra nulla con Blair*, *Il Foglio* del 8/9/2022. Si v. pure P. ICHINO, *Letta confuso sul Jobs Act, Italia oggi* del 7.09.2022; D. PINELLI - R. TORRE - L. PACE - L. CASSIO - A. ARPAIA, *The recent reform of the labour market in Italy: A review*, *European Economy Discussion Paper*, December, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017. T. NANNICINI - S. SACCHI - F. TADDEI, *The trajectory of the Jobs Act and the politics of structural reforms between counter-reforms and ambiguity*, *Contemporary Italian Politics*, 2019, XXX, ove un'analisi ragionata dei motivi per cui, malgrado l'avvicinarsi al governo di coalizioni ostili alla riforma, la stessa non sia stata messa sostanzialmente in discussione. Gli autori parlano a questo proposito di una capacità di resilienza del Jobs Act (318 ss.).

²⁶⁴ Si fa riferimento all'art. 3 del d.l. 87/2018 (cd. decreto dignità), convertito con modificazioni in l. 96/2018, che è intervenuto rimodulando, verso l'alto, i limiti minimi e massimi delle indennità risarcitorie previste dal Jobs Act.

²⁶⁵ Com'è noto la Corte costituzionale è intervenuta cinque volte sulle riforme dei rimedi contro i licenziamenti illegittimi attuate con la legge Fornero e con il Job Acts: quattro volte accogliendo la questione di costituzionalità sollevata dal giudice remittente (rispettivamente, sulla legge Fornero, con C. cost. 59/2021 e C. cost. 125/2022; sul Jobs Act, con C. cost. 194/2018 e C. cost. 150/2020), e una volta dichiarando inammissibili le questioni di incostituzionalità proposte dal giudice rimettente ma formulando, al contempo, un incisivo e autorevole monito al legislatore nel senso di una necessaria, e non più rinviabile, rimodulazione delle poste risarcitorie per i licenziamenti illegittimi rientranti nel campo di applicazione della c.d. tutela obbligatoria (con C. cost. 183/2022).

²⁶⁶ La Corte di giustizia dell'Unione europea ha sinora evitato di farsi coinvolgere nella *querelle* sulla compatibilità delle riforme italiane con i principi di derivazione euro unitaria, in particolare con riferimento alla disciplina dei licenziamenti collettivi illegittimi, rinviando sempre al mittente (ai giudici di merito italiani) le questioni di pregiudizialità sollevate. Cfr. C. giust. 4 giugno 2020, C-32/2020, *TJ c. Balga Srl*, ord. — con la quale i giudici del Lussemburgo si sono dichiarati manifestamente incompetenti sulla pregiudiziale comunitaria sollevata dal Tribunale di Napoli — e C. giust. 17 marzo 2021, C-652/19, *KO c. Consulmarketing SpA* — con cui la Corte Ue ha ritenuto esorbitanti dal raggio di azione del diritto dell'UE le questioni sollevate dai giudici rimettenti milanesi, in relazione all'applicazione concorrente in una stessa procedura di licenziamento collettivo di due diversi regimi di tutela (quelli della legge Fornero e quelli del Jobs act) in ragione del mero criterio temporale, legato alle diverse date di assunzione. Su questi temi: B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità*, *DLM*, 2019, 2, 381 ss. Sul rapporto cooperativo tra alte corti nazionali ed europee anche per il profilo dell'uso del linguaggio e dei concetti giuridici, si v. S. SCIARRA, *First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Words?*, *CSDLE, Int.*, n.159/2022.

²⁶⁷ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, *Enc dir*, 1964, XIII, 196.

²⁶⁸ V. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986, Giuffrè, 1988, 114.

²⁶⁹ Quando si affrontano problemi di interpretazione è sempre fruttuoso ritornare alla impostazione di E. BETTI: lo fa bene F. POLITI, *Considerazioni preliminari per uno studio sul problema della interpretazione giuridica in Emilio Betti nel quadro delle dottrine giuridiche del XX secolo*, *Critical Hermeneutics*, 2021, 5, 1, 39 ss.

Sul pensiero di E. BETTI, nella prospettiva della evoluzione della teoria dell'interpretazione il saggio di F. CERRONE, *In margine ad un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle fonti in tema di interpretazione*, in *Rivista AIC*, 2019, 2, 590 ss. Nel saggio di POLITI, ampie citazioni di pietre miliari del pensiero di Paolo GROSSI (da *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2005; *Id. Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, 2006), certamente utili per inquadrare culturalmente il tema trattato.

gioco rispetto a quelle ponderate e volute dalle maggioranze parlamentari²⁷⁰. In ciò misurandosi la differenza tra le democrazie, i sistemi di post democrazia, e le democrazie liberali ove si confrontano dialetticamente, fuori da ogni dittatura della maggioranza, poteri diversi nella dinamica — e negli equilibri che ne sortiscono — tra pesi e contrappesi²⁷¹.

Ci si occuperà, ancor più in particolare, del regime della legge Fornero e non del Jobs Act, proprio perché si analizzerà la seconda fattispecie di rimedio reintegratorio debole; quel che può definirsi — in sintesi — della violazione della *proporzionalità sociale*, per come fissata da e nei contratti collettivi e nei codici disciplinari unilaterali; fattispecie giustapposta alla proporzionalità *legale*, che è il principio generale codificato nell'art. 2106 c.c.

2. La regolazione vigente. Il risarcimento come regola, la reintegra come eccezione. La ratio.

Come è noto, il legislatore del 2012 ha distinto: nel caso in cui la valutazione di proporzionalità sia direttamente operata dalla contrattazione collettiva, al licenziamento dichiarato illegittimo in ragione dell'applicabilità della sanzione conservativa, conseguirà il rimedio della reintegra debole ex art. 18 comma 4. Nel caso in cui sia il giudice ad applicare direttamente la regola della proporzionalità legale (art. 2106 c.c.), ritenendo, in ipotesi, il licenziamento sanzione eccessiva rispetto all'infrazione imputata, il rimedio sarà quello risarcitorio, forte, previsto dall'art. 18 comma 5. In tale ipotesi il licenziamento, pur valutato come illegittimo, sarà comunque valido.

Talché il rimedio della reintegra, secondo l'orientamento della dottrina che ha accompagnato il processo di riforma dell'art. 18 St. lav.²⁷², si giustificherebbe pur sempre come *deroga* o *eccezione* al rimedio riparatorio, secondo la chiara *voluntas legis* impressa nelle parole del legislatore. Si

²⁷⁰ È noto che questa posizione è criticata dai giuristi neopositivisti (il cognitivismo giuridico) che considerano presente nella teoria ermeneutica non controllata i rischi della sostituzione a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico: diffusamente, M. LUCIANI (voce *Interpretazione conforme*, *Enc dir*, Annali, 2016, 392 ss. *passim*) che si autodefinisce un cognitivista moderato (p. 432). Si v. pure ID. *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma*, QG, 2019, 2, www.questionegiustizia.it. L'insigne giuscostituzionalista si dichiara però perfettamente consapevole della polisemia dei termini del linguaggio naturale; dell'impossibilità che il testo, fuori da un concreto contesto materiale, manifesti tutte le sue potenzialità significanti; della complessità del fenomeno giuridico, nel quale tra il precetto legislativo e la sua applicazione intercorre un giuoco continuo di rimandi.

²⁷¹ Della post democrazia come fenomeno di crisi delle strutture democratiche formali per l'invadenza, più o meno occulta, dei grandi gruppi finanziari, ne ha parlato a suo tempo C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, 2005; si v. ora W. STREECK, *Come finirà il capitalismo*, Meltemi, 2021. Sul tema attuale, riferibile all'ossimoro della democrazia illiberale, il dibattito tra i politologi è amplissimo; se si volesse scegliere una utile lettura, si v. Y. MOUNK, *Popolo vs. Democrazia*, Feltrinelli, ed. digitale, 2018 anche se ormai non recentissimo e superato dagli eventi (la mancata rielezione di D. TRUMP). Sulla crisi della democrazia, nel narcisismo dei social, L. DE GREGORIO, *Demopatia*, Rubbettino, 2019. Classici da riprendere sempre in mano, sul rapporto inestricabile tra democrazia e liberalismo, N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Simonelli, 2006; G. GALASSO, *Liberalismo e democrazia*, Salerno editore, 2015.

²⁷² È la posizione di R. DEL PUNTA (*Ancora sul regime di licenziamento disciplinare ingiustificato: le nuove messe a punto della Cassazione*, *q. Riv.*, 2019, II, 507 ss.) a commento della sentenza n. 12365/2019 della Cassazione. Si v. pure A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare: contrattazione collettiva e sistema dei rimedi nell'art. 18 comma 4: i chiarimenti della Cassazione*, *ADL*, 2019, 6, 1287 ss. Entrambi gli autori sostengono la tesi giusta la quale nell'applicazione dell'art. 18, c. 4, il giudice deve limitarsi ad interpretare il significato della disposizione legale e che il riferimento al contratto collettivo ivi contenuto (la reintegra nel caso di previsione di sanzione conservativa) deve limitarsi ad un'operazione di mera sussunzione del fatto contestato nella fattispecie contrattuale e non trasmodare nell'interpretazione della norma del contratto collettivo mediante l'uso delle tecniche legali di interpretazione del contratto; che è quel che invece fa la sentenza Boghetich (su cui cfr. §3). Tale lettura dell'art. 18 c. 4, secondo gli autori, più diffusamente MARESCA, avrebbe dovuto costituire un argine contro operazioni di iper valorizzazione delle disposizioni dei codici disciplinari (*rectius*: delle loro lacune e/o dei significati inespressi) per operazioni di eccessiva dilatazione del ruolo del giudice nell'applicazione del rimedio della reintegra, che è quel che invece, si legittima, per come si dirà, con l'orientamento estensivo: *infra* §4.

darebbe luogo alla reintegra, oltre che nella fattispecie di acclarata insussistenza del fatto²⁷³, nell'ipotesi, considerata anch'essa eccezionale, e dunque residuale, in cui il datore di lavoro "esageri" nell'uso del licenziamento e usi tale potere "senza riflettere", di impulso: non solo quando ne abusi inconsapevolmente, ma allorché decida di infrangere consapevolmente e apertamente la legalità aziendale, violando la norma contrattuale o il codice disciplinare che gli imporrebbe, per quel tipo di infrazione, di comminare una sanzione conservativa (una multa, una sospensione anche di lunga durata, ecc.); una norma (quella dell'art. 18 comma 4), per questo profilo, mirata a limitare la *hybris* datoriale, a contenerne la prepotenza e, in tal senso, dunque, eccezionale e derogatoria della regola del risarcimento senza reintegra²⁷⁴. Tutto ciò anche con una giustificazione "alta" in termini di principi generali, perché si tratterebbe di estendere, in virtù della legge, il principio di legalità dall'ordinamento statale all'ordinamento intersindacale²⁷⁵; in tal modo la norma contrattuale diviene, infatti, fonte primaria produttiva di effetti anche nell'ordinamento statale in virtù del richiamo-rinvio della legge, al punto di vincolare il giudice non tanto al contenuto da dare all'espressione giusta causa o giustificato motivo di licenziamento, ma a dichiarare, una volta accertata la ricorrenza della fattispecie conservativa, direttamente illegittimo il licenziamento scegliendo, come rimedio obbligato, la reintegra²⁷⁶.

Sul piano generale una simile lettura fondata sul binomio regola/eccezione, considerata da attenti commentatori rispettosa della *voluntas legis*, sia secondo i canoni dell'interpretazione oggettiva, sia considerando l'intenzione del legislatore, è stata coerentemente ricondotta, in termini di *policy*, alla scelta di limitare, anche in via interpretativa, il perimetro applicativo dell'ordine di reintegra: si sarebbe trattato di un *device* tecnico per non negare del tutto il rimedio reintegratorio, oltre i casi acclarati di patente nullità dell'atto (art. 18, c. 1); e riconoscerlo anche nei casi più gravi di invalidità che produce illegittimità/annullamento dello stesso, considerandolo tuttavia una *deroga*, o una *eccezione*, rispetto alla *regola* del rimedio meramente monetario²⁷⁷.

²⁷³ Sulla interpretazione del fatto contestato insussistente la letteratura giuslavoristica è imponente, le citazioni sono superflue.

²⁷⁴ Ciò trova conferma in Cass. 9 maggio 2019, n. 12365, al pt. 8 dove si chiarisce che, in ragione della *ratio* del nuovo regime, «la tutela reintegratoria presuppone l'abuso consapevole del potere disciplinare, che implica una sicura e chiaramente intellegibile conoscenza preventiva, da parte del datore di lavoro, della illegittimità del provvedimento espulsivo derivante o dalla insussistenza del fatto contestato oppure dalla chiara riconducibilità del comportamento contestato nell'ambito della previsione della norma collettiva fra le fattispecie ritenute dalle parti sociali inidonee a giustificare l'espulsione del lavoratore».

²⁷⁵ Si è inteso valorizzare la previsione del rimedio della reintegra in tale ipotesi di licenziamento disciplinare in ragione del fatto che mediante essa il legislatore ha certamente aperto spazi alla regolamentazione negoziale in un'area di competenza tipica del potere datoriale unilaterale, si rinvia a B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità*, cit.; per una lettura sensibilmente diversa A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare: contrattazione collettiva e sistema dei rimedi nell'art. 18 comma 4: i chiarimenti della Cassazione*, ADL, 2019, 6, 1287 ss.

²⁷⁶ Tale fattispecie, in qualche modo, attenua lo schema bifasico (ora trifasico con la determinazione in concreto del *quantum* di indennità) individuato da dottrina e giurisprudenza a partire dalla riforma Fornero, per cui il giudice prima decide sulla illegittimità/legittimità del licenziamento e poi, nel caso in cui si convinca per il primo corno dell'alternativa, sceglie il rimedio in ragione del tipo di illegittimità accertata. Nella ipotesi in cui, infatti, il giudice dovesse accertare che il fatto contestato, effettivamente avvenuto, dovesse integrare in astratto o nella sua soggettiva percezione una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento e tuttavia il caso fosse sussumibile in una disposizione del contratto collettivo, o del codice disciplinare, che per il tipo di infrazione commessa si limita a prevedere soltanto una sanzione conservativa, egli dovrebbe dichiarare, senza la ordinaria scomposizione logica bifasica, illegittimo il licenziamento e ordinare la reintegra. Tale effetto è giustificato dalla recente giurisprudenza c.d. estensiva, di cui si dirà, anche con riguardo al principio del *favor* impresso nell'art. 12 della l. 604/1966, *infra* § 4.

²⁷⁷ Non è un caso che il legislatore del Jobs Act, più draconianamente, abbia pensato di sciogliere il nodo interpretativo con il classico colpo di sciabola della modifica abrogativa.

3. I percorsi giurisprudenziali, in particolare della Corte di Cassazione. La posizione restrittiva Boghetich/Di Cerbo.

La menzionata opzione ermeneutica — ma anche l'orientamento di *policy* che vi sta a monte — è stata condivisa, per una fase abbastanza lunga, dalla Corte di Cassazione che non solo l'ha fatta propria, ma l'ha affinata e razionalizzata con un uso sapiente della logica retorico-argomentativa e della tecnica ermeneutica. La Corte, in una importante sentenza del 2019²⁷⁸, ha stabilizzato l'orientamento mediante una sorta di sentenza/manifesto, il cui nucleo argomentativo basilare è il seguente: esclusa l'analogia per ragioni di osservanza delle regole sull'interpretazione²⁷⁹, è più corretto, e rispettoso della *voluntas legis*²⁸⁰, interpretare restrittivamente la norma legale di rinvio (l'art. 18 c. 4) alla norma contrattuale che descrive la fattispecie a cui applicare la sanzione conservativa e di conseguenza, per proprietà traslativa, la stessa norma del codice disciplinare sulla infrazione; ne consegue che il giudice, nell'applicare il rimedio della reintegra, è vincolato, per le ragioni di *policy* sopra indicate, alla fattispecie di infrazione "nuda e cruda", per come descritta dalla norma contrattuale; anche per una questione di certezza e prevedibilità dei comportamenti: più la norma è strutturalmente aperta più si allarga lo spazio della valutazione giudiziale e più viene meno la certezza dei comportamenti perseguibili e delle sanzioni comminabili. Dunque, soltanto nel caso in cui la circostanza che dà luogo alla sanzione conservativa sia analiticamente descritta e dettagliata nella norma pattizia, diventa corretta l'operazione di sussunzione del fatto nel disposto contrattuale e il giudice può infliggere la sanzione della reintegra al datore (sprovveduto o tracotante), posto che gli erano ben note le conseguenze a cui sarebbe andato incontro licenziando in quel caso; ciò anche in ossequio ad altri dati dell'ordinamento giuridico che impongono nella materia, in generale, *self-restraint* giudiziale e il rispetto dei prodotti dell'autonomia collettiva²⁸¹. Allorquando invece (e sono i casi più frequenti) il contratto collettivo indugi in aperture regolative, non descrivendo precisamente le fattispecie, richiamando la proporzionalità senza specificare, con formule vaghe («nei casi più gravi...»), o limitandosi a elencare il decalogo delle sanzioni secondo un ordine che implica e rinvia ad accertamenti di altri, ma non descriva la diversa gravità dei comportamenti, "delegando" al giudice, in tal modo, la valutazione mirata alla concretizzazione della proporzionalità sociale, a quest'ultimo non rimane che applicare la sanzione risarcitoria forte ex art. 18 comma 5.

Il giudice deve seguire tale strategia decisionale non solo per una ragione di rispetto formale della norma legale, della sua lettera (argomento rivelatosi debole in sé perché ribaltato con argomenti uguali e contrari dall'orientamento opposto²⁸², *infra* § 4), ma soprattutto per rispettare

²⁷⁸ La già citata sentenza Cass. 12365/2019.

²⁷⁹ Cfr. Cass. n. 7519 del 1983; Cass. n. 5726 del 1985; Cass. n. 6524 del 1988 e, più di recente, Cass. n. 30420 del 2017.

²⁸⁰ Che configura la tutela reintegratoria come sussidiaria rispetto a quella indennitaria, motivo per cui la Corte afferma che la verifica di sussumibilità della condotta nella fattispecie che contempla una sanzione conservativa «deve essere eseguita (...) con particolare severità in un contesto, come quello in esame, nel quale trova applicazione il principio generale secondo cui una norma che preveda una eccezione rispetto alla regola generale deve essere interpretata restrittivamente».

²⁸¹ Si v. quanto disposto dall'art. 30, c. 3, del d.lgs n. 183/2010.

²⁸² Vedasi l'ultima, in ordine di tempo, sentenza della Corte di cassazione che aderisce all'orientamento cd. "elastico" (Cass. 28 giugno 2022, n. 20780, *il Giuslavorista*, 2022, nt. DI PAOLA); orientamento avviatosi con l'ordinanza Cass. 27 maggio 2021, n. 14777, e poi sviluppatosi con la sentenza Cass. 11 aprile 2022, n. 11665, *q. Riv.*, 2022, II, 212 ss., nt. FERNICOLA.

(argomento certamente più solido) la sequenza regola/eccezione voluta dal legislatore con riguardo alla diversa tipologia di rimedi.

Tale posizione viene supportata con ulteriori argomenti di tecnica ermeneutica (la disciplina legale sull'interpretazione dei contratti): quando si tratta di contratti, soprattutto se l'interprete si trova di fronte a una disposizione aperta, se non addirittura volutamente generica e pilatesca, egli non può attingere, in virtù di regole generali e sistematiche dell'interpretazione dei contratti, ai canoni dell'interpretazione analogica ma neppure dell'interpretazione estensiva delle fattispecie contrattuali, posto che tale tecnica è richiamabile solo quando risulti una «inadeguatezza per difetto dell'espressione letterale adottata dalle parti...tradottasi in un contenuto carente rispetto all'intenzione». Sin qui la sentenza BOGHETICH/DI CERBO e, conformemente, altre sentenze del S.C.²⁸³

4. Il cambio di rotta e la posizione estensiva: l'ordinanza filtro Ponterio/Raimondi, la sentenza Garri/Raimondi e oltre.

Tutto ciò sino alla primavera del 2022. È avvenuto, infatti, che, in ossequio al principio di libertà di opinione e di apertura ermeneutica, di pluralismo giuridico e, potrebbe quasi dirsi, in virtù dell'approccio popperiano che evidentemente alligna profondamente nei componenti della Suprema Corte, la sapienza delle argomentazioni dell'orientamento dominante non ha resistito alle confutazioni e alle controdeduzioni di un orientamento uguale e contrario, annunciato con altrettanta dovizia di argomentazioni in una ordinanza di remissione della sezione filtro (PONTERIO/RAIMONDI)²⁸⁴, poi accolto dal collegio giudicante²⁸⁵ (GARRI/RAIMONDI), divenendo, quasi subito, una sorta di fiume in piena (sentenze AMENDOLA/RAIMONDI, MAROTTA/MANNA e altre probabilmente che seguiranno)²⁸⁶. I giudici ovviamente non sono dei “liberi pensatori” e il cambio di opinione, anche della S.C., deve essere incanalato entro il canone, e supportato nei limiti, del principio di divisione dei poteri e dell'osservanza della legge (art. 101, c. 2, Cost.); il rispetto di tali limiti e di tale canone, in un ordinamento democratico pluralista, è affidato anche all'ermeneutica giudiziaria e all'argomentazione giuridica (la logica retorica), tecniche che devono in ogni caso estrinsecarsi sotto l'ombrello del principio di legalità²⁸⁷.

²⁸³ *Supra* nt. 17, l'argomento della BOGHETICH presentato a p. 4; in senso conforme Cass. 13 aprile 2017, n. 9560; Cass. 11 luglio 2017, n. 30420.

²⁸⁴ Si è scelto di indicare le sentenze di cui si discute non solo, come nella tradizione italiana, con il riferimento asettico al numero e alla data, ma anche al cognome del/la relatore/trice e del Presidente della sezione decidente, per rimarcare il fatto che anche i giudici della Suprema Corte, nell'esercizio della nomofilachia, si lasciano attraversare da personali valori e convinzioni, filtrati e oggettivati, ovviamente, attraverso l'argomentazione tecnico-giuridica (nel caso, di alta qualità), giusto quanto teorizzato dalla migliore teoria ermeneutica e dall'approccio del metodo realista al diritto. Onde, nell'occasione, è sembrato più in sintonia con la vivacità del confronto tra le diverse sezioni della Corte di Cassazione superare la tralatizia convenzione della spersonalizzazione delle sentenze e delle motivazioni, per dare ingresso al confronto tra i diversi giudici “in carne e ossa”.

²⁸⁵ Cass. 27 maggio 2021, n. 14777, cui è seguita la Cass. 11 aprile 2022, n. 11665.

²⁸⁶ Cass. nn. 13063, 13064, 13065 del 26 aprile 2022; Cass. 2 maggio 2022, n. 13774; Cass. 28 giugno 2022, 20780. Il nuovo orientamento è ovviamente salutato con grande favore dalla dottrina che aveva già abbracciato questa interpretazione e che considera le riforme dell'art. 18 dello statuto del ciclo 2012/2015 ispirate dall'ideologia neoliberalista; per tutti il commento di V. SPECIALE alla sentenza GARRI/RAIMONDI, *La tutela reale nel caso di licenziamento ingiustificato per comportamenti per i quali il contratto collettivo sanziona conservative*, di prossima pubblicazione in RGL.

²⁸⁷ È la nota posizione di un ermeneuta moderato come Emilio BETTI, espressa in luminose pagine che si danno per conosciute. Per una recente ricostruzione del suo pensiero si rinvia al saggio di POLITI, *Considerazioni preliminari*, cit.

Il radicale cambiamento di orientamento della Cassazione, è avvenuto, in effetti, nella formula, intrisa di un velo di accettabile ipocrisia (comune al *modus* di argomentare di tutte le Alte Corti), della “chiarificazione”²⁸⁸, trattandosi in tutta evidenza, invece, di un consapevole ribaltamento di indirizzo.

Il ribaltamento, oltre tutto, più che sotto l’ombrello di legittimazione della legge positiva, legittimamente reinterpreta (il fondamento giuridico), è avvenuto all’ombra della giurisprudenza della Corte costituzionale²⁸⁹. Il giudice delle leggi, come ormai noto, a partire dalla sentenza *leader* (la n. 194/2018) ha assunto chiare e nette posizioni di segno sostanzialmente critico nei confronti delle riforme della disciplina del licenziamento del cd. ciclo neo liberista. Non a caso, sia da parte dei commentatori favorevoli alla svolta²⁹⁰, sia da parte dei redattori delle sentenze di ribaltamento, le citazioni e l’omaggio ai passaggi “di principio” delle sentenze del Giudice delle leggi critici della riforma, sono ripetuti, variegati, numerosi; soprattutto nella sequenza motivazionale, tali citazioni non appaiono mai di rito o inserite a mo’ di *obiter dictum*; esse costituiscono, invece, quasi sempre elementi strutturali, a volta di chiusura, dell’intero costruito motivazionale e argomentativo²⁹¹.

Il nuovo orientamento della S.C., più sensibile alle ragioni di *policy* che stanno dietro alla reintegra come rimedio effettivamente restitutorio e dunque da privilegiare, non potendo superare il blocco — per altro ribadito dalla stessa Corte costituzionale²⁹² — della mancata rilevanza costituzionale del rimedio della reintegra, ha inteso, più pragmaticamente, ma legittimamente, allargare il perimetro applicativo dell’art. 18 comma 4, seconda ipotesi di reintegrazione. È una operazione che si può collocare in parallelo con quella già effettuata dalla stessa Corte — ma in quel caso con consensi quasi unanimi in dottrina²⁹³ — con riguardo alla prima ipotesi di reintegra, connessa alla insussistenza del fatto contestato, da non intendere restrittivamente (e irragionevolmente) come mero fatto materiale; bensì come fatto comunque dotato di una oggettiva rilevanza disciplinare

²⁸⁸ Cfr. il punto 18 della sentenza in parola.

²⁸⁹ In tal caso, anche per la sequenza temporale delle diverse posizioni della Cassazione, sviluppatasi in parallelo al quasi coevo percorso della C. cost., si è assistito alla realizzazione, *in vitro*, di uno dei postulati del metodo ermeneutico, vale a dire l’adeguarsi della interpretazione al variare del tempo storico: si rinvia a F. CERRONE, *In margine a un frammento di storia*, cit. 619.

²⁹⁰ V. SPEZIALE, *La tutela reale nel caso di licenziamento ingiustificato*, cit.

²⁹¹ Sia in Cass. 11 aprile 2022, n. 11665, sia, da ultimo, in Cass. n. 20780, 28 giugno 2022, si cita letteralmente il passaggio contenuto in C. cost. n. 150/2020, in cui si afferma che «in un prudente bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente rilevanti, l’esigenza di uniformità di trattamento e di prevedibilità dei costi di un atto [...] non può sacrificare in maniera sproporzionata l’apprezzamento delle particolarità del caso concreto».

²⁹² Il punto 9.2. della sent. n. 194/2018 della Consulta viene ripreso e citato al punto 10.9 di Cass. 28 giugno 2022, n. 20780 e al punto 18.11 di Cass. 11 aprile 2022, n. 11665. La dottrina che esprime giudizi meno critici nei confronti del Jobs Act sottolinea, condivisibilmente, il fatto che la stagione delle “riforme della riforma”, che ha certamente riequilibrato il quadro, non ha intaccato il nucleo fondamentale del cambiamento, vale a dire l’opzione per la pluralità e l’articolazione dei rimedi contro il licenziamento illegittimo. R. DEL PUNTA, *Genesi e destini della riforma*, *LDE*, 2, 2022, p. 5 ss. P. ICHINO, *La sentenza della consulta non scalfisce l’impianto del Jobs Act*, www.pietroichino.it

²⁹³ R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare clausole elastiche “fatto” contestato*, *ADL*, 2, 2015, 269 ss.; in senso più restrittivo nella ricostruzione della nozione di fatto contestato A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e rimedi: spazi e limiti alla discrezionalità dell’interprete*, *DLRI*, 1, 103 ss. Si v. ora C. COLOSIMO, *L’insussistenza del fatto contestato, quando la forma diviene sostanza*, *q. Riv.* In corso di pubblicazione.

minima e imputabile soggettivamente all'autore dell'illecito (lettura in tal senso estendibile, ed estesa infatti, anche al Jobs Act)²⁹⁴.

La norma “aperta” del contratto collettivo, ancorché volutamente generica, o colpevolmente asfittica nel non tipizzare gli illeciti disciplinari — è questa la sintesi dell'argomentazione uguale e contraria dell'ordinanza filtro, poi accolta dalla IV sezione e ribadita nelle pronunce successive — può essere elasticizzata dal giudice di merito, utilizzando accortamente le risorse dell'ermeneutica contrattuale e di conseguenza della logica retorica (l'argomentazione a supporto). Non insistono, infatti, i limiti sistematici all'interpretazione estensiva o analogica segnalati dall'orientamento contrario²⁹⁵. Né l'interpretazione della legge deve necessariamente essere quella che costringe l'interprete, per applicare l'art. 18 comma 4, a selezionare soltanto le rade e casuali disposizioni contrattuali in cui la fattispecie di fatto è, per così dire, “esplosa”, vale a dire, descritta analiticamente e in dettaglio. A parte l'assunto che la norma non impone una simile selezione all'interprete, almeno apertamente, l'enunciato iper selettivo (e restrittivo della reintegra) che se ne trarrebbe, teorizzato nella sentenza BOGHETICH/DI CERBO, non farebbe i conti con i dati della realtà sociale, fatta di negozianti non sempre tecnicamente preparati per simili affinamenti dei cataloghi delle fattispecie; e non si confronterebbe, comunque, con una realtà — il mondo complesso, magmatico, disarmonico, minuzioso, psicologicamente instabile della patologia dei comportamenti di infrazione — che difficilmente si presta a razionalizzazioni accorpate, coerenti e omogenee da riversare in formule adeguate e discrete, che sarebbero invece necessarie per evitare difformità settoriali che metterebbero in fibrillazione il principio di uguaglianza. Onde, la reintegrazione o il risarcimento, rimedi a peso specifico e a contenuto valoriale diversi, finirebbero per essere affidati alla scelta *random* di una contrattazione collettiva non sempre di qualità²⁹⁶.

Alle insufficienze della contrattazione collettiva deve porre rimedio il giudice, evidentemente ispirato dai valori di tutela del lavoro che promanano dall'ordinamento costituzionale e che devono indurlo a privilegiare la reintegrazione sul risarcimento nei casi aperti, se non dubbi.

Quanto più il contratto collettivo o il codice disciplinare si attestino su un livello descrittivo basso, sotto un minimo accettabile di chiarezza e pregnanza morfologica; quanto più la norma si presenta generica e non definita nel delineare i contorni della fattispecie di infrazione; ovvero allorché essa si limiti a prevedere un principio di proporzionalità aperto, o, addirittura, quando non prende partito alcuno sulla fattispecie materiale limitandosi a una mera elencazione delle sanzioni²⁹⁷, tanto più essa deve essere attraversata, surrogatoriamente, dalla interpretazione

²⁹⁴ Si danno per conosciuti i passaggi più significativi dell'evoluzione del percorso giurisprudenziale di legittimità sul “fatto contestato”.

²⁹⁵ La tipizzazione degli illeciti, e la conseguente scelta tra fattispecie meritevoli di sanzione conservativa ovvero espulsiva, da parte della contrattazione collettiva «non può escludere la possibilità di interpretazione ed applicazione giudiziale delle clausole generali o elastiche finendo per comprimere lo spazio di una interpretazione estensiva al di là della volontà dello stesso legislatore del 2012 che [...] non ha privato il giudice di tutti gli strumenti che la legge gli accorda per procedere alla sussunzione del fatto in concreto accertato nella fattispecie astratta prevista dalla norma collettiva» (Cass. n. 11665, 11 aprile 2022, pt. 18. 14, nonché Cass. 28 giugno 2022, n. 20780, pt. 10. 12).

²⁹⁶ Come affermato, con toni piuttosto netti, nell'ord. interlocutoria n. 14777, 27 maggio 2021 (pt. 63 ss.). La posizione viene confermata, seppur con registro linguistico più mite, dalla successiva sentenza Cass. 11 aprile 2022, n. 11665 (v. pt. 18.7.); nonché, da ultimo, dalla sent. Cass. 28 giugno 2022, n. 20780.

²⁹⁷ È il caso trattato in Cass. 28 giugno 2022, n. 20780, cit.

costituzionalmente orientata o conforme del giudice. La formula tralatizia utilizzata, in effetti, non è quella dell'interpretazione costituzionalmente orientata²⁹⁸, che si poteva attendere soprattutto nella ordinanza stralcio: ma è sostanzialmente e funzionalmente equivalente. Si presenta più articolata e più debitrice, brettianamente o alla Paolo GROSSI, delle «concezioni dominanti nella coscienza sociale» e dei valori che si intendono presupposti dalla Costituzione: «rientra nel compito del giudice riempire il contenuto della clausola utilizzando standard conformi ai valori dell'ordinamento ed esistenti nella realtà sociale»²⁹⁹.

Si aggiunge che il giudice deve compiere tale operazione di «estrazione di significati da significanti»³⁰⁰ — assumendo il ruolo di interprete autentico del “voluto non espresso” delle parti, eppur impresso nella struttura invisibile ma deducibile della norma contrattuale — come direttiva derivante dall'art. 30, c. 3, della l.183/2010; con una lettura pertanto antitetica, ma non per questo sorprendente, della medesima disposizione a quella che invece si dava nella sentenza Boghetchi; a conferma della effimera e volatile pregnanza prescrittiva di tale disposto.

La razionalizzazione argomentativa del nuovo indirizzo si completa rispolverando, come si accennava, il principio del *favor (arg. ex art. 12 l. n. 604/1966)*: se il combinato disposto tra norma contrattuale generica ed estrapolazione di significati da parte del giudice è più favorevole per il lavoratore ingiustamente licenziato, il riferimento al disposto legislativo costituisce un ulteriore elemento di legittimazione del circolo ermeneutico apprestato nell'occasione.

L'operazione ermeneutica, ovviamente, viene sostenuta, e non poteva essere altrimenti, con un richiamo forte ai valori. Il giudice deve, infatti, compiere l'operazione di estrapolazione di significati oltre la superficie arida della disposizione contrattuale generica (o aperta), traendone la ricchezza profonda dei significati della norma protettiva; glielo impongono, assiologicamente, ragioni di giustizia sostanziale e il principio di uguaglianza: «si realizzerebbe altrimenti una irrazionale disparità di trattamento tra i comportamenti non gravi tipizzati e comportamenti di pari o minore rilievo disciplinare non espressamente previsti dal contratto collettivo»³⁰¹.

Ma con attenzione a porre l'operazione valoriale sotto l'usbergo dell'argomentazione tecnica, quasi a prevenire accuse di eccesso di protagonismo giudiziario e tracimazione nell'ambito riservato al legislatore e a dare comunque continuità alla chiara posizione della stessa Corte di Cassazione, che ritiene il licenziamento illegittimo perché sproporzionato meritevole solo di rimedio risarcitorio. La conclusione/refrain, e riprodotta in tutte le sentenze del nuovo indirizzo, è infatti che l'operazione compiuta «non trasmoda nel giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato, ma si arresta alla interpretazione ed applicazione della norma contrattuale, rimanendo nei limiti di attuazione del principio di proporzionalità come già eseguito dalle parti sociali attraverso la previsione del contratto collettivo»³⁰². Ove appare evidente l'approccio

²⁹⁸ Formula certamente di non lieve complessità e non utilizzabile corrivamente: si rinvia a M. LUCIANI, voce, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., sez. II, 440 ss.; si veda pure C. CARUSO, *Il “posto” dell'interpretazione conforme alla Cedu*, GC, 2018, specie p. 1985 e ss. e ivi ulteriori rinvii.

²⁹⁹ Cass. 28 giugno 2022, n. 20780, pt. 10.2, nonché Cass. 11 aprile 2022, n. 11665, pt. 18.4.

³⁰⁰ M. LUCIANI voce, *Interpretazione* cit. 443.

³⁰¹ Cass. 27 maggio 2021, n. 14777, pt. 77; Cass. 11 aprile 2022, n. 11665, pt. 18.16; Cass. 28 luglio, 2022, n. 20780, pt. 10.14.

³⁰² V., tra le varie pronunce che contengono tale affermazione, Cass. 27 maggio 2021, n. 14777; Cass. 11 aprile 2022, n. 11665; Cass. 28 aprile 2022, nn. 13063 e 13064; Cass. 28 luglio 2022, n. 20780.

vagamente paternalista di un indirizzo giurisprudenziale che mentre, da un lato, stigmatizza la fonte contrattuale perché non sa (o non può: non è chiaro) fare bene il suo mestiere di descrittore di fattispecie discrete, dall'altro ne esalta le scelte autonome soltanto se e come supportate dal tutoraggio giudiziale (attribuendosi tale indirizzo la funzione di «*caregiver* dell'autonomia sociale» sprovveduta)³⁰³.

Questa la posizione dichiarata nell'ordinanza PONTARIO/RAIMONDI che ha dato l'abbrivio all'indirizzo "chiarificatore" e che veicola una "metaposizione" non esplicitata ma che si colloca sullo sfondo, scritta quasi con l'inchiostro simpatico: la considerazione che il vero rimedio, inibitorio e anche effettivamente riparatorio, di comportamenti datoriali arbitrari, è la sanzione della reintegra³⁰⁴, intesa quale *restitutio in integrum*: se si deve accettarne una riduzione del complessivo perimetro applicativo³⁰⁵, il giudice deve darsi da fare per rimpolpare, quanto più possibile, le scheletriche disposizioni residuali sulla reintegra e lo deve fare, sul piano dei valori, per ri-bilanciare il pendolo neoliberalista riportando — pur nell'accettazione del nuovo ordine costituito della pluralità dei rimedi — l'eccezione a dignità di regola, e viceversa. Talché la giurisprudenza si sarebbe fatta carico di rimettere a posto le lancette della storia.

Ovviamente, questo è un argomentare per assiomi e valori dati, che si erge come una scogliera verso cui si infrangono contro argomentazioni di stampo pragmatico che pur la dottrina riformista ha avanzato: quella per esempio giusta la quale, certamente dopo la riforma del decreto dignità — che riguarda, invero, solo il Jobs Act — il rimedio risarcitorio sino a 36 mensilità è potenzialmente più ampio di quello che si potrebbe ottenere in caso di reintegra rifiutata³⁰⁶, onde al giudice sarebbe data la possibilità, certamente molto più esposta alla "fatica del decidere", ma più attenta alle ragioni della "giustizia di prossimità", di adeguare la sanzione alla effettiva gravità dell'inadempimento datoriale (avendo a disposizione un arco molto ampio con riguardo al *quantum* di risarcimento).

5. Lo stato dell'arte e il dibattito in corso. La reintegra come "valore" (relativo).

Già all'indomani dell'ordinanza filtro e a maggior ragione dopo l'assestamento del nuovo indirizzo, non sono mancate, in dottrina, posizioni critiche nei suoi confronti, così come invero non erano mancate critiche alla "dottrina Boghetich"³⁰⁷: il luogo comune più frequentato è che il

³⁰³ Sul punto appare, ancora una volta, particolarmente critica l'ordinanza interlocutoria n. 14777 del 27 maggio 2021, in cui si afferma che la collocazione «del discrimine tra tutela reintegratoria e indennitaria nella tipizzazione degli illeciti ad opera dei contratti collettivi o dei codici disciplinari» finirebbe per affidare la possibilità di applicare la tutela reintegratoria «a criteri casuali, non idonei a costituire valido filtro della proporzionalità della sanzione rispetto all'addebito contestato e quindi a realizzare un adeguato contemperamento degli interessi delle parti contrapposte».

³⁰⁴ Posizione ancora ampiamente condivisa dalla dottrina giuslavorista "ortodossa". Anche in alcuni passaggi della Corte costituzionale trapela in effetti la convinzione che la reintegra sia, in assoluto, un rimedio più efficace (cfr., in particolare, C. cost. 59/2021, punto 10.1).

³⁰⁵ Perché in ogni caso il giudice è sottoposto alla legge e la Corte costituzionale non ha inteso cogliere l'assist, che pure molti giudici di merito le hanno fatto, per sovvertire radicalmente la *ratio* (la pluralità dei rimedi in ragione di diverse fattispecie) delle riforme del ciclo 2012-2015, *supra* nt. 33.

³⁰⁶ E che, nel "regime Fornero" ammonta a quindici mensilità (indennità surrogatoria della reintegra) più dodici (massimo di risarcimento comminabile) = ventisette; il tutto ai parametri più alti e a lordo della valutazione giudiziale caso per caso.

³⁰⁷ Si v. il commento di A. PICCININI, *Licenziamenti collettivi e contrattazione collettiva tra realtà e immaginazione*, www.questionegiustizia.it

nuovo indirizzo di fatto abroga tacitamente la riforma Fornero per questa parte³⁰⁸, amputando vistosamente l'art. 18 del suo comma 5; in tal modo si squilibrerebbe l'assetto voluto dal legislatore così riportando le lancette della regolazione se non al rimedio unico (reintegratorio), a un suo surrogato funzionale (per via giudiziale): la reintegra come regola e il risarcimento come eccezione. Tale valutazione critica va contestualizzata e considerata diacronicamente.

Malgrado sull'art. 18 si giochi ancora una partita aperta, di cui il contrasto giurisprudenziale in oggetto è un segno evidente, occorre, innanzitutto, ricordare che l'art. 18 è una norma, attualmente, a termine, *melius*, a "consunzione progressiva". Non si può parlare tecnicamente di abrogazione a termine, e tuttavia essa è destinata a sparire dall'ordinamento positivo in ragione di un dato di fatto preventivato dalla norma stessa che ha internalizzato il meccanismo sostitutorio (una sorta di ghigliottina lenta, o di *software* di autocancellazione): l'apparato rimediabile previsto dal Jobs Act la sostituirà progressivamente in toto. Il che implica che alle generazioni di occupati, dopo il 7 marzo 2015, che prenderanno progressivamente il posto dei lavoratori occupati a tempo indeterminato prima di quella data, non si applicherà più l'art. 18, neppure nella versione Fornero.

Data per assodata la volatilità del quadro politico istituzionale italiano, e malgrado qualche ritorno di fiamma, più o meno polemico, non sembra oltretutto che, politicamente e quindi legislativamente, sussistano realistici spazi per un ritorno al passato del sistema a rimedio unico dello Statuto dei lavoratori. In larga misura il dibattito sulla reintegra si è de-ideologizzato anche nel nostro paese; certamente molto più rispetto al secolo scorso, ai tempi in cui imperversava l'ideologia dell'"ultimo tabù"³⁰⁹, anche se, come mostra l'indirizzo in commento, tra larghi settori della giurisprudenza pratica, probabilmente presso la Corte costituzionale, a leggere con attenzione le sue motivazioni pur sempre rispettose della volontà del legislatore, e in alcuni settori delle istituzioni europee³¹⁰, è ancora radicata la convinzione che la reintegra sia un rimedio qualitativamente ineguagliabile da qualunque compensazione monetaria, pur nell'incontrovertibile dato di fatto che percentualmente i casi di reintegrazione effettiva, ovunque, si limitano a pochissimi punti percentuali (e ciò avveniva anche nel pieno vigore dell'art. 18 statutario)³¹¹. Il tutto senza nulla voler togliere al valore simbolico della reintegra, intesa quale affermazione massima della riparazione (ad alta efficacia dissuasiva) della lesione del lavoratore arbitrariamente licenziato³¹², e quale, simbolico e pratico, assoggettamento del potere di impresa al contropotere di giustizia, neutrale e terzo, del giudice: la reintegra, ci dicono i sostenitori — un campo ancora largo in Italia — è una

³⁰⁸ È la tesi di P. TOSI e E. PUCCETTI, *L'interpretazione analogica della tipizzazione collettiva, l'abrogazione tacita di una riforma*, ADL, 2021, 5, 1238 ss. e ivi ulteriori riferimenti alla dottrina schierata sulle due posizioni.

³⁰⁹ Si riveda il celeberrimo, al tempo, pamphlet di A. ACCORNERO, *L'ultimo Tabù*, Laterza, 1999.

³¹⁰ Basti pensare alla decisione del Comitato europeo dei diritti sociali — pubblicata in data 11 febbraio 2020 e pronunciata il 11 settembre 2019, sul ricorso della Confederazione Generale Italiana del Lavoro (Cgil) contro Italia (n. 158/2017) — con la quale il CEDS ha ritenuto che il Jobs Act violasse il diritto dei lavoratori a una congrua riparazione per il caso di licenziamento illegittimo. Già in precedenza, peraltro, il Comitato (in *Finnish Society of Social Rights v. Finland* — Complaints n. 106/2014) si era pronunciato sulla congruità degli indennizzi per i licenziamenti illegittimi, con alcune importanti affermazioni sulla necessaria dissuasività dei meccanismi risarcitori, autorevolmente richiamate dalla stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 194/2018 (al punto 14).

³¹¹ M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, 2014.

³¹² È questa notoriamente l'impostazione classica sull'ordine di reintegra assunta, ma di certo non fideisticamente, da Massimo D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, 1979, ora in B. CARUSO - S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, Vol. III, tomo I, Giuffrè, 2000. Si rinvia a B. CARUSO, *Rileggendo gli scritti di Massimo D'Antona sull'art. 18*, NewsletterCGS, 2002,1.

dimensione che attiene ai valori e il valore notoriamente non si pesa né si discute, ma lo si afferma³¹³.

D'altra parte occorre considerare, senza particolare bisogno di citare i dati³¹⁴, che dopo circa 10 anni dall'entrata in vigore della legge Fornero (e a più di 7 anni dal Jobs Act), non sembra che la riforma "neo liberista" abbia prodotto alcun ammainabandiera garantista: nessuna ondata di licenziamenti arbitrari si è abbattuta in Italia, neppure dopo la fine del blocco pandemico; nessun imprenditore si sogna di utilizzare il licenziamento corrvamente o come fisiologico strumento di gestione delle risorse umane. Oggi, ci dice l'INPS³¹⁵, anche in Italia sono i lavoratori che, dopo la pandemia, si dimettono a migliaia da occupazioni stabili e decidono di mettersi in pausa per riflettere e scegliersi possibilmente il lavoro e il datore più *in tune*³¹⁶ con le proprie aspettative di vita e di lavoro soddisfacente: un modo per affermare proattivamente le proprie *capability* e quindi la propria libertà anche nel mercato, oltre che nel rapporto di lavoro. I problemi che affrontano quotidianamente le imprese e le p.a., leggendo i quotidiani economici, ma seguendo pure le *survey* degli istituti specializzati, sono ben altri: non di licenziare ma di assumere e di reclutare adeguatamente; posto che le politiche attive sono ancora allo stadio aurorale, *malgrado non a causa* del Jobs Act gli *shortage skill* e il *mismatch* rimangono i fenomeni che costituiscono il vero problema per le imprese.

Oltretutto, come già illustrato nei paragrafi precedenti, la riforma "neo liberista" (intesa come la sommatoria di Fornero più Jobs Act) con riguardo al licenziamento, è stata ampiamente ritoccata da vari decisori (il legislatore, la Corte costituzionale, la Corte di Cassazione) e ha, pure, trovato un suo assestamento dinamico; ciò a conferma, come si accennava, del pluralismo giuridico come dato culturale certamente dominante nell'ordinamento italiano caratterizzato da una articolazione diffusa di poteri e contropoteri. Anche in ragione di ciò, essa incomincia a essere metabolizzata dagli operatori, al punto che se qualche ritocco tecnico probabilmente occorrerebbe³¹⁷, assale il dubbio se valga la pena mettere mano all'edificio proprio nel momento in cui un qualche, seppur instabile, equilibrio l'ha comunque raggiunto³¹⁸. Malgrado le sue persistenti incongruenze e irrazionalità indicate dagli osservatori più avvertiti, è, comunque, improbabile che nella prossima legislatura se ne opererà un radicale stravolgimento normativo (la riforma della riforma).

³¹³ La prospettiva teorica di A. PERULLI, V. SPEZIALE, *Dieci tesi*, cit.

³¹⁴ Secondo P. ICHINO l'effetto statistico più evidente della riforma dei licenziamenti e in genere del Jobs act è la riduzione delle cause di lavoro, *Cosa significa la riduzione delle cause di lavoro*, *Lavoce.info*, 5 luglio 2022, la tesi era stata già avanzata sul Corriere della Sera del 18 febbraio 2017, *Licenziamenti: il crollo del contenzioso giudiziale*.

³¹⁵ Si vedano i dati pubblicati dall'INPS, *Osservatorio sul precariato*, gennaio-giugno 2022, secondo cui dall'inizio del 2022 le dimissioni sarebbero cresciute in Italia del 22%. Notizia ripresa e rilanciata da tutti i grandi quotidiani nazionali. Sulle cause di tale ondata, verificatasi soprattutto negli USA dopo la pandemia, il dibattito in Italia è aperto. Alcuni osservatori escludono che la causa sia strutturale (la decisione di cambiar vita per accedere a una nuova dimensione di conciliazione vita lavoro), ma sia più congiunturale: l'effetto post blocco dei licenziamenti durante la pandemia; si v. *Questa non è la Great Resignation*, Linkiesta, Forzalavoro, 19 settembre 2022. Altri ritengono il fenomeno più strutturale, A. ROSINA, *Oggi i giovani non si accontentano più se non sono soddisfatti lasciano il lavoro*, *la Stampa* del 16.09.2022. Si v. pure R. PRODI, *Se la vita privata viene prima della carriera*, *Il Messaggero* del 11.09.2022

³¹⁶ È la tesi di ICHINO sulla tendenza dei lavoratori a scegliersi il datore di lavoro espressa compiutamente in P. ICHINO, *L'intelligenza del lavoro*, Rizzoli, 2020; *Id.*, *The great resignation: quando sono i lavoratori a scegliersi l'imprenditore*, www.pietroichino.it, febbraio 2022.

³¹⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare*, cit., 283.

³¹⁸ R. DEL PUNTA, *Genesi e destini* cit., 5 ss. Il giudizio espresso pure in B. CARUSO - R. DEL PUNTA - T. TREU, *Manifesto* cit.

Non è del tutto errato allora prevedere che il nocciolo duro del ciclo di riforme realizzato, la pluralità dei rimedi a fronte delle diverse fattispecie di licenziamento, vedrà un progressivo consolidamento negli anni a venire. Il ritorno alla pratica e all'ideologia dell'unità del rimedio reintegratorio non sembra ragionevolmente percorribile come prospettiva *de iure condendo*.

6. Il lavoro ortopedico della Corte costituzionale sull'assetto regolativo esistente.

Tale ripristino è improbabile anche in ragione del fatto che, laddove non è arrivato il legislatore, anche il più incline al ripristino della reintegra³¹⁹, ma psicologicamente orientato al “vorrei ma non posso”, molta strada si è fatta nella direzione dell'assestamento normativo. Il contributo maggiore in tal senso, come si diceva, lo ha dato la Corte costituzionale che notoriamente ha operato ampiamente sulla riforma, se non con l'ascia, certamente con il cacciavite, anche perché vincolata ai suoi stessi precedenti sulla non rilevanza costituzionale del diritto alla reintegra.

Con i suoi cinque interventi ortopedici e sequenziali (quattro di accoglimento, uno di rigetto ma con un importante invito al legislatore ad intervenire)³²⁰, tra loro in larga misura coerenti³²¹, la Corte ha in qualche modo riscritto le regole della riforma non incrinandone, tuttavia, il nocciolo duro (la pluralità dei rimedi con riguardo alla diversità delle fattispecie di licenziamento). E tuttavia ha finito per rimodellare regolativamente il quadro, ribilanciando gli interessi a favore delle ragioni dei lavoratori licenziati, in ciò contribuendo a normalizzare la riforma e renderla più accettabile anche dai suoi critici.

Ha operato, almeno con la prima sentenza — la n. 194/2018, che ha disciolto l'embrione di approccio *firing cost* del Jobs Act³²² — un taglio delle ali estreme dei due opposti schieramenti (i contrari e i sostenitori), contribuendo a un più adeguato macro-bilanciamento degli interessi convogliati dalla riforma. Ciò nella misura in cui, mentre ha riconosciuto la legittimità dell'intervento del legislatore che ha eliminato il sistema del rimedio reintegratorio unico, anche per l'obiettivo di *policy* di incrementare l'occupazione stabile, ne ha stigmatizzato gli eccessi di riduzione monetaria della riparazione, soprattutto nelle piccole imprese³²³, ma pure l'automatismo decisionale al quale veniva costretto il giudice nel predisporre il rimedio risarcitorio; e lo ha fatto ripristinando

³¹⁹ Si richiamano le modifiche alle (sole) indennità risarcitorie apportate dal governo a maggioranza giallo-verde con il Decreto dignità (d.l. 87/2018, convertito con modificazioni in l. 96/2018), già citate *supra*, nt. 2.

³²⁰ Con la sentenza n. 183 del 22 luglio 2022, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le censure sulle poste indennitarie previste dal Jobs Act per i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese, pur rilevando che «un'indennità costretta entro l'esiguo divario tra un minimo di tre e un massimo di sei mensilità» non è idonea a garantire «un congruo ristoro» e «un'efficace deterrenza», ritenendo, per questo motivo, non più tollerabile un ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa in materia.

³²¹ Qualche dubbio sui margini di discrezionalità giudiziale reputati legittimi — e anzi, in certa misura, auspicabili — residua, invero, confrontando alcuni passaggi delle argomentazioni rese, rispettivamente, in C. cost. 194/2018 e C. cost. 59/2021.

³²² Approccio ribadito dalla sentenza n. 150 del 2020, che ha applicato lo stesso principio all'art. 4 della l. n. 23/2015 — con riguardo al licenziamento viziato sotto il profilo formale o procedurale.

³²³ V. C. cost. 183/2022, in cui la Corte revoca in dubbio anche la persistente idoneità del criterio di identificazione delle piccole imprese sulla base del solo numero dei dipendenti.

la “buona discrezionalità giudiziale”, anche nell’ipotesi di licenziamento illegittimo per vizi di forma o procedurali³²⁴.

Ha poi inciso sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, non mettendo in discussione l’impianto del Jobs act a favore dell’esclusività del rimedio meramente economico — non essendo invero ancora stata chiamata a decidere sul punto — ma imponendo la reintegra (eliminando così la “cattiva discrezionalità del giudice”, chiamato irragionevolmente a scegliere tra rimedio per equivalente e in forma specifica) nella regolamentazione Fornero relativa all’ipotesi di manifesta insussistenza della causa economica e/o organizzativa³²⁵; contestando e poi abrogando, perché indeterminata e irragionevole (priva di “criterio direttivo e di alcun fondamento empirico”), la qualificazione come “manifesta” della insussistenza della stessa³²⁶.

Nel complesso l’attività ortopedica della Corte sulle cd. “riforme liberiste” del licenziamento lascia tuttavia la chiara impressione che il giudice delle leggi abbia finito per assumere, in piena sintonia con alcuni giudici remittenti, un ruolo regolativo e riformando, sebbene a pezzi e bocconi, la riforma e annunciando futuri interventi in caso di inerzia perdurante del legislatore³²⁷.

In tutto ciò non ha certamente favorito (non è ovviamente suo compito) una piena razionalizzazione tecnica del quadro normativo che rimane per molti aspetti farraginoso e complesso, anzi vi ha inserito un *quid pluris* di complessificazione; in ciò forse palesando, sul versante politico istituzionale generale, almeno secondo una critica proveniente da autorevole dottrina gius-costituzionalista³²⁸, una qualche tendenza al protagonismo politico, che tuttavia appare probabilmente ineluttabile nella materia. Vista nel complesso, in ogni caso, l’operazione di “cacciavite” o di “taglia e cuci” della Corte costituzionale, appare ragionevole ed equilibrata³²⁹.

6.1. e l’apporto ermeneutico della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (l’orientamento elastico).

Come già rilevato, all’asestamento del quadro interpretativo e, indirettamente, regolativo sul regime rimediabile del licenziamento illegittimo, ha contribuito forse ancor più la giurisprudenza di Cassazione. Si sono registrati interventi a ondate successive e in un arco temporale relativamente breve in ragione della rapidità del rito Fornero; il che ha consentito alla Corte di pronunciarsi in anticipo rispetto ai tempi ordinari, e in più riprese, su questioni interpretative e nomofilattiche cruciali. Con riguardo al tema oggetto del presente saggio, l’orientamento volto ad elasticizzare la fattispecie legale della reintegra attraverso letture ampie e inclusive degli enunciati dei contratti collettivi e dei codici potrebbe considerarsi, in fin dei conti, di maggiore efficacia o attitudine nomopoietica rispetto agli interventi della Corte costituzionale, certamente più in grado di

³²⁴ A *contrario*, per C. cost. 59/2021, non è “buona discrezionalità” giudiziale quella attribuita nell’ipotesi della scelta — originariamente rimessa dall’art. 18, comma 7, post-Fornero, alla discrezionalità “in bianco” del giudice — tra reintegra e risarcimento del danno nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

³²⁵ C. cost. 59/2021.

³²⁶ C. cost. 125/2022 (punti 9 ss.).

³²⁷ Così nella già citata C. cost. 183/2022.

³²⁸ Si v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte Costituzionale*, QC, 2019, 2, 251 ss.

³²⁹ Si veda, invece, il giudizio estremamente critico, per molti versi discutibile nei toni utilizzati, di C. PISANI, a tratti oltre i limiti del dovuto rispetto istituzionale, nel richiamo all’«apprendista stregone» e alla «follia del metodo» della Corte, *Le tecniche di tutela nell’età della giurisdizione*, dattiloscritto, 2022, 78 ss.

modificare (se non proprio capovolgere) il rapporto, e l'equilibrio, regola eccezione (tra risarcimento e reintegra) voluto dal legislatore delle riforme.

In questa lettura del cambio di orientamento del Supremo collegio, c'è del vero ma non oltre un certo limite. Innanzitutto per le ragioni di diritto temporale prima rilevate: il passaggio del tempo, a quadro normativo invariato, è destinato a ripristinare il rapporto regola eccezione per come "voluto" dal legislatore delle riforme.

Osservato con dovuto distacco dalla *querelle* in corso, il nuovo orientamento (*supra* § 4) rileva per due elementi di fondo: innanzitutto con riguardo alla *policy* giudiziaria e poi per la tecnica ermeneutica utilizzata. Non c'è dubbio che, per il primo profilo, il nuovo orientamento, sul piano sistematico, produca almeno tre risultati di grande interesse che si possono sintetizzare nel seguente modo:

a) Si rivaluta, in primo luogo, formalmente e dichiaratamente, ruolo e funzione della contrattazione collettiva nel licenziamento disciplinare³³⁰; l'orientamento estensivo (ci sono precisi passaggi al riguardo) di fatto costituisce una forte iniezione di fiducia su questa fonte, ancorché dal vago sentore paternalistico (*supra* § 4): la norma collettiva, che diventa magnetica dell'operazione ermeneutica, viene anteposta alla norma legale: ne condiziona l'operazione sussuntiva. E infatti la norma pattizia è proficuamente utilizzabile a scopi protettivi solo se congruamente sostenuta e completata dall'interpretazione adeguatrice e integrativa del giudice, soprattutto quando non è auto esplicativa: solo a tale condizione diventa, a pieno titolo, parametro sociale di riferimento della valutazione giudiziale di proporzionalità; onde il giudice non pone in essere direttamente la valutazione di proporzionalità ma la "estrae" dal significante costituito dalla disposizione pattizia. *Mutatis mutandi*, è la medesima operazione che la giurisprudenza ha compiuto allorquando ha considerato la norma del contratto collettivo sul minimo retributivo quale parametro sociale esterno di riferimento della norma/principio sulla retribuzione sufficiente. In questo caso la norma contrattuale sulle fattispecie disciplinari, ancorché ampia, non specificata, e riempita di significati dal giudice (e non è differenza da poco), diventa parametro di riferimento per la misurazione del grado di rispetto della proporzionalità sociale da parte del datore di lavoro. La verifica, di pertinenza del giudice, diventa allora in grado di veicolare l'ordine di reintegra nel caso in cui egli si convinca della violazione della norma pattizia che, per come interpretata, avrebbe dovuto suggerire al datore di lavoro, per quel comportamento, la sanzione conservativa, con conseguente applicazione della fattispecie legale dell'art. 18 comma 4, anziché del comma 5.

b) In secondo luogo, l'operazione ha come consapevole risultato di rivalutare la (buona) discrezionalità del giudice. E ciò non solo e non tanto nella operazione di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie, che è quel che, invece, anche non a torto, si afferma nelle motivazioni del nuovo indirizzo. Lo si afferma proprio per accantonare il sospetto di aver voluto reintrodurre, *contra legem*, e contro i propri stessi precedenti, un'autonoma valutazione di proporzionalità allo scopo della scelta del rimedio. Grazie infatti, all'allargamento, e all'inevitabile elasticizzazione del perimetro dell'operazione sussuntiva, la discrezionalità consente, di fatto, una più ampia possibilità di scegliere tra i due rimedi pur nel rispetto formale della norma di legge. In tal senso l'orientamento, come si diceva, trova ampia copertura teoretica e di principio nelle sentenze e nelle

³³⁰ Così si legge sia nella sent. n. 11665/2022, sia, da ultimo, nella sent. n. 20780/2022.

motivazioni del Giudice delle leggi che valorizzano l'accertamento di prossimità da parte del giudice, motivazioni pur formulate ad altro scopo nella sentenza leader: la n. 194/2018.

c) In terzo luogo, la stigmatizzazione, da parte del nuovo orientamento, dell'irrazionale rischio di disparità di trattamento, come effetto del precedente orientamento restrittivo (la dottrina Boghetich), che non avrebbe consentito operazioni di attrazione nella norma conservativa delle fattispecie non espressamente contemplate e articolatamente descritte, ma con identico o minore disvalore disciplinare di quelle espressamente richiamate, appare argomento di chiusura del ragionamento sul piano della ragionevolezza.

7. Riconduzione a sistema dell'orientamento estensivo: per una regolazione sociale "matura" della proporzionalità sociale.

Questo richiamo/invito forte alla discrezionalità del giudice di merito nel trovare i significati anche riposti, indiretti, similari nella norma collettiva conservativa per applicare il rimedio della reintegra, non significa, tuttavia, che il giudice debba necessariamente operare in tal senso o debba forzare, oltre certi limiti, l'interpretazione delle norme contrattuali; soprattutto se esse possiedono un certo grado di salienza descrittiva della infrazione, con riferimento alla ipotesi espulsiva. Se è vero che il filone restrittivo probabilmente eccede nel richiedere ciò che la contrattazione non avrebbe mai potuto fornire, vale a dire un catalogo chiuso e puntale con descrizione netta dei contorni delle fattispecie a cui collegare le diverse tipologie di sanzioni, è pur vero che la realtà dei codici disciplinari e dei contratti collettivi non è generalmente di così cattiva fattura come si tende a credere per luogo comune, o come argomenta anche l'orientamento elastico per portare fino alla cascina dei propri argomenti mirati a espandere il ruolo del giudice.

Se si analizzano con attenzione i contratti collettivi³³¹, ci si avvede come accanto ad alcuni settori in cui la tradizione, non modificata dopo la legge Fornero (industria, credito)³³², è di utilizzare formule di proporzionalità molto elastiche («nei casi più gravi...») o di limitarsi alla mera elencazione sinottica delle sanzioni, ce ne sono altri (per esempio tutto il settore delle aziende privatizzate, FFSS, Poste)³³³ in cui si ricorre a fattispecie molto più discrete, sino ad arrivare a veri e propri «campioni di analiticità» (per es. le aziende del TPL)³³⁴.

³³¹ Sarebbero opportune adeguate analisi empiriche in tal senso anche per ricostruire la diversa genesi storica dei codici disciplinari inseriti nei contratti collettivi, spesso tralaticciamente riportati immutati da tempo immemorabile. Ciò a dimostrazione di una certa reticenza delle Organizzazioni sindacali a intervenire regolativamente su temi tecnicamente complessi ma incidenti sui diritti individuali, privilegiando invece temi politicamente subito spendibili.

³³² Si pensi all'art. 69 del CCNL per i Lavoratori dipendenti dalle aziende esercenti l'industria alimentare (stesura del 25 gennaio 2021) ove, disponendosi che «normalmente l'ammonizione verbale o quella scritta saranno adottate nei casi di prima mancanza», si aggiunge che laddove «le mancanze rivestano carattere di maggiore gravità, anche in relazione alle mansioni esplicate, potranno adottarsi la multa o la sospensione anche in caso di prima mancanza».

³³³ V. art. 54 del CCNL per il personale non dirigente di Poste Italiane (23 giugno 2021).

³³⁴ Ad esempio, nel CCNL per il personale del settore della Mobilità/Area contrattuale Attività Ferroviarie (valido fino al 31 dicembre 2017), l'art. 57 è dedicato alle sanzioni disciplinari in generale, chiarendosi che nella irrogazione della sanzione si tiene conto delle «circostanze oggettive del fatto nonché del comportamento complessivo tenuto dal lavoratore medesimo»; l'art. 58 alle mancanze punibili con il rimprovero verbale o scritto (seppur tali mancanze siano genericamente definite come «lievi irregolarità nell'adempimento della prestazione lavorativa» ovvero violazioni «di minor rilievo del dovere di corretto comportamento»); l'art. 59 elenca dettagliatamente le infrazioni punibili con la multa; i successivi artt. dal 60 al 64 individuano analiticamente le condotte punibili con la sospensione dal servizio e dalla retribuzione (la cui durata varia a seconda dell'addebito) e con licenziamento (con preavviso, all'art. 63, e senza preavviso, all'art. 64). Estremamente analitico è il codice disciplinare previsto dal R.D. del 1931 n. 148 sugli autoferrottravvieri, ove all'art. 37 si elencano le diverse fattispecie di infrazione a cui vengono collegate con precisione le relative sanzioni: art. 41, 42, 43, 44, 45.

Se questo è vero, si giustifica allora che il nuovo campo largo della discrezionalità del giudice possa esercitarsi soltanto nei casi, e fin quando, la contrattazione collettiva, per la genericità dei disposti, lasci spazio all'operazione sussuntiva giudiziale attraverso l'integrazione dei disposti elastici, giusto il nuovo orientamento. Ma se più è ampia la disposizione tanto più si allarga lo spazio dell'integrazione giudiziale, con argomento *a contrario* è vero l'opposto: più la descrizione diventa puntuale, più si riduce lo spazio del giudice, più l'eventuale giudizio di non proporzionalità al di fuori della sussunzione nella norma pattizia conservativa dovrebbe avere come eventuale esito l'applicazione dell'art. 18 comma 5. Almeno questo ci dice il canone della interpretazione logico-deduttiva.

Il che implica che l'orientamento elastico non impedisce, anzi giustifica, che il giudice di merito debba dimostrarsi rispettoso della volontà degli attori sociali cristallizzata nelle norme negoziali allorché la fattispecie sia adeguatamente descritta e l'operazione sussuntiva sia obbligata (per esempio il fatto in tutta evidenza non rientra nella fattispecie conservativa ancorché interpretata generosamente) e al giudice non rimane altro che, eventualmente, ricorrere al parametro della proporzionalità legale, con quel che ne segue in termini di applicazione del comma 5 dell'art. 18, qualora si convincesse, comunque, dell'illegittimità del licenziamento.

Che tale equilibrata scelta ermeneutica possa non avvenire nella pratica casistica e che il nuovo orientamento possa dar luogo, invece, a forme estreme di soggettivismo e a fenomeni di nomo-poesi giudiziale, non è certamente da escludere: è un possibile effetto di risulta del nuovo orientamento, ma un simile *modus decidendi* non sarebbe certamente da questo legittimato, posto, per altro, che tracimazioni del genere si sono verificate pur sotto l'egida dell'orientamento restrittivo. È avvenuto infatti che alcuni giudici di merito si siano comunque "lanciati" in veri e propri esercizi di creazionismo giudiziario nell'applicazione della seconda fattispecie di reintegra che avrebbe certamente suscitato sgomento nei grandi maestri, cultori del metodo ermeneutico controllato e vigilato dal principio di legalità³³⁵. Ma ovviamente tutto questo rientra nella fisiologia del gioco ermeneutico affidato al giudice di prossimità, soprattutto nella misura in cui è lo stesso legislatore che, per tecnica legislativa, e quindi per sua volontà, si affida a precetti normativi compositi (nella cui tessitura morfologica è inserita, a pieno titolo, la *fabric* della ponderazione giudiziale).

E tuttavia occorre rimarcare che l'investimento fiduciario che il nuovo indirizzo nomofilattico ha inteso porre sulla fonte pattizia non deve lasciare indifferente la giurisprudenza teorica. La palla va colta e rilanciata proprio perché il nuovo indirizzo va certamente nel senso di valorizzare la scelta sistemica del legislatore di aprire spazi, nella norma imperativa sui licenziamenti illegittimi, alla prassi viva e in divenire della regolamentazione sociale.

Ma a questo punto non può sottacersi che il rinvio implica un'assunzione di responsabilità da parte degli attori sociali, proprio per evitare non tanto l'effetto *dono dei Danai*, quanto perché la

³³⁵ Soggettivismo giudiziario comunque sempre in agguato: un esempio recente viene dal Tribunale di Marsala ord. n. 1384/2021; sent. n. 3523/2021, inedite a quanto consta, in una doppia pronuncia, merito e giudizio di opposizione secondo il rito Fornero, che, a fronte di una norma del CCNL dei metalmeccanici che punisce con il licenziamento il comportamento di un lavoratore scoperto a fumare in un locale dove si svolge una lavorazione oggettivamente pericolosa di saldatura e fresatura — divieto di fumo "qualificato", perché classificato a rischio specifico nel Documento di valutazione dei rischi — ha operato la sussunzione del comportamento nella fattispecie conservativa del divieto di fumo "semplice" (non in locali a rischio) perché ha ritenuto comunque non soggettivamente pericolosa la modalità di uso della sigaretta (non sarebbe stata data la prova da parte dell'azienda del pericolo concreto e reale per persone e impianti, ancorché in un'area qualificata a rischio dal DVR).

vicenda mette in gioco anche altri valori ordinamentali, oltre a quelli della tutela del lavoratore contro il licenziamento disciplinare illegittimo. Vale a dire il valore della certezza delle regole giuridiche con riguardo ai rimedi (la possibilità di programmare razionalmente gli effetti degli atti di gestione nell'applicazione dei codici di disciplina aziendale) e della conseguente calcolabilità anche dei costi di tali scelte. In ballo c'è la possibilità di evitare decisioni imprevedibili giustificate dalla scarsa chiarezza dei codici disciplinari e di introdurre dosi di maggiore certezza a favore delle imprese.

Il che implicherebbe certamente una maggiore cura e dedizione tecnica nella riscrittura dei codici e dei contratti collettivi da parte delle imprese e dei negozianti istituzionali, rispetto a quella che c'è stata sinora e che ci si poteva ragionevolmente attendere dopo la riforma del 2012. Se, infatti, è vero che sia con riguardo ai licenziamenti disciplinari, ma anche al diverso tema della individuazione del criterio di equivalenza delle mansioni per via negoziale, i critici delle riforme liberiste tendono a glissare sul fatto che certamente, su questi snodi fondamentali, esse si ispirano alle migliori e più affinate esperienze di devoluzione regolativa alla contrattazione collettiva (il che è l'opposto di un approccio neoliberale), è pur vero che la contrattazione collettiva non sembra, a oggi, aver colto tale opportunità co-regolativa ma che una tale scelta non può essere addebitata a una machiavellica intenzione de-regolativa del legislatore³³⁶.

E tuttavia che qualcosa sia in movimento si incomincia a intravedere, anche se ricerche empiriche più analitiche sarebbero necessarie. Da un campione non particolarmente selettivo risulta che, dopo la legge Fornero, qualche contratto³³⁷ ha subito un *re-styling* in linea con una descrizione più analitica delle fattispecie disciplinari, con il superamento dell'approccio per clausola di proporzionalità elastica o generica, tipo: «nei casi più gravi della fattispecie x si procede al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo». Tale operazione di maggiore puntualizzazione dovrebbe essere certamente più diffusa e costituire la sintesi di un approccio induttivo, attento a raccogliere i dati esperienziali diffusi da trasfondere in disposti negoziali discreti, certamente non seriali ma adattati alle peculiarità dei settori e dei luoghi di lavoro (un conto è la violazione del divieto di fumo di un operatore di una pompa di benzina, un'altra di una guardia giurata; il cui allontanamento non autorizzato dal luogo di lavoro è certamente più grave di quello dell'operatore della pompa di benzina).

In conclusione, se si mettessero in co-evoluzione virtuosa i due orientamenti eguali e contrari, tentandone una sistematica mediazione dottrinale, sarebbe probabilmente possibile approdare a un punto mediano che faccia salva l'intenzione del legislatore di ridurre il perimetro del rimedio

³³⁶ Diversa la impostazione di A. MARESCA il quale, anche in ragione della sua lettura della disposizione legale, l'art. 18 comma 4 (*supra*, nt. 10), riconduce la tecnica del richiamo del contratto collettivo al principio di sussidiarietà: A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare*, *op. cit.*, 1288. Tale concezione riduttiva del rinvio alla contrattazione collettiva è funzionale, nel pensiero dell'autore, a una interpretazione circoscritta del ruolo della regolazione sociale e conseguentemente degli spazi di interpretazione del giudice (proprio per il fatto che l'autore intende evitare che nella materia il contratto collettivo diventi leva di ARCHIMEDE del soggettivismo giudiziario); posizione che la Cassazione non ha inteso seguire già con il filone restrittivo (BOGHETICH - DI CERBO) come lo stesso autore criticamente riconosce (p. 1295), ma, *a fortiori*, non prospettabile con la tesi estensiva dell'ordinanza PONTARIO/RAIMONDI, che ha dato il via alla svolta interpretativa. La tesi sostenuta in questo contributo è, invece, che la valorizzazione della contrattazione collettiva nella *subiecta materia*, con piena e consapevole assunzione da parte degli attori negoziali del ruolo regolativo assegnato loro dalla legge, costituisce invece il possibile argine contro il rischio, certamente sussistente nel DNA della disposizione legale, di derive soggettivistiche da parte della giurisprudenza.

³³⁷ Da una ricerca su un campione limitato risulta che soltanto pochi contratti (giornali quotidiani, telecomunicazioni), hanno operato un vero e proprio *restyling* in termini di maggiore analiticità delle fattispecie disciplinari.

reintegratorio nelle ipotesi di licenziamento disciplinare, non ribaltando il rapporto regola eccezione, ma che, allo stesso tempo, eviti le fibrillazioni sul principio di eguaglianza e le irragionevolezza evidenziate nel precedente orientamento restrittivo, secondo i dettami del nuovo. Se è vero, infatti, che un malaccorto utilizzo giurisprudenziale del nuovo orientamento rischierebbe di rendere non operativo il rimedio risarcitorio dell'art. 18 comma 5, è pur vero che il rigore della dottrina BOGHETICH (piena coincidenza tra i lembi del caso e della fattispecie di infrazione per come descritta dalla norma pattizia per azionare il rimedio della reintegra) rischiava di centellinare i casi di applicazione della seconda ipotesi dell'art. 18 comma 4. Precisione analitica infatti non significa necessariamente sommatoria irrazionale e non ordinata di dettagli casistici: sostenere il contrario significherebbe, per fare un accostamento forse eccessivo, negare logicamente la possibilità di descrivere le fattispecie di reati penali speciali, negare cioè la possibilità stessa di un diritto penale descrittivo di fattispecie criminose minute, oltre il diritto penale generale.

Tra i due orientamenti allora *tertium datur*: si può arrivare a una mediazione corretta sol che l'autonomia collettiva faccia bene il suo mestiere e intraprenda un serio percorso di razionale regolazione dei comportamenti nei luoghi di lavoro. Vale a dire, si assuma il compito di precisare, con un lavoro tecnico adeguato, le diverse fattispecie espulsive e conservative. Affidarsi a un adeguato lavoro di dettaglio e di adeguamento di prossimità dei codici disciplinari, probabilmente sdrammatizzerebbe anche l'approccio binario e aprioristico di regola ed eccezione del rimedio nel licenziamento disciplinare. Un serio adeguamento dei codici curverebbe il sistema verso una maggiore razionalità, prevedibilità: un sistema in cui effettivamente ogni fattispecie possa avere la sua giusta sanzione e con un grado, pur sempre relativo, mai assoluto, di certezza.

In tale prospettiva il grado di certezza complessiva del sistema disciplinare con riguardo al licenziamento, e la fonte di legittimazione della sanzione effettivamente irrogabile, non dipenderebbero in prima battuta dalla discrezionalità del giudice e dalle sue personali convinzioni, ma da una operazione a monte di decantazione e regolazione dinamica, flessibile e di prossimità che solo la contrattazione collettiva è in grado di dare. In tal caso si sarebbe di fronte a un bilanciamento socialmente proporzionato tra uso corretto del potere disciplinare e rimedio adeguato perché tale ritenuto dalle parti sociali.

Allora anche in prospettiva *de iure condendo* si potrebbero formulare una serie di ipotetiche del seguente tenore: se la contrattazione collettiva mostrasse reali capacità innovative nella riscrittura dei codici disciplinari; se la giurisprudenza pratica tenesse effettivamente e razionalmente conto delle tipizzazioni contrattuali sul licenziamento disciplinare e dei criteri e dei parametri ivi previsti; se la giurisprudenza teorica, anche a partire da adeguate ricerche sul campo, si facesse *medium* tra i dati esperienziali, la casistica giurisprudenziale e il controllo della fattura tecnica delle norme sociali, allo scopo di contribuire a migliorare la sistematicità e la prevedibilità complessiva del sistema; se tutto questo avvenisse, e non è certamente detto che avvenga, il parametro della proporzionalità sociale, inteso quale regolatore equilibrato del sistema rimediale nel licenziamento disciplinare, potrebbe essere un orizzonte verso cui tendere, in prospettiva *de iure condendo*, anche con riguardo alla regolamentazione del Jobs Act.

Appunti su linguaggio, complessità e comprensibilità del lavoro 4.0: verso una nuova procedimentalizzazione dei poteri datoriali*

Loredana Zappalà

1. Lavoro digitale e linguaggio della complessità nel diritto del lavoro 4.0.	104
2. Centralità linguistica degli ambienti di lavoro digitali e performatività della formazione/informazione/partecipazione.	108
3. Trasparenza e spiegabilità delle condizioni contrattuali e dimensione abilitativa dell'informazione.	111
4. La direttiva 2019/1152 e la trasparenza delle condizioni contrattuali tra presunzioni confutabili e prospettiva sanzionatoria.	114
5. Trasparenza e comprensibilità delle condizioni contrattuali dei lavoratori delle piattaforme nella proposta di direttiva europea.	117
6. Il diritto alla supervisione umana e alla umanizzazione del linguaggio dell'algoritmo. La necessità di una comunicazione antropocentrica.	119
7. Il decreto trasparenza 2022 e la corsa in avanti del legislatore italiano.	122
8. Trasparenza e supervisione umana: prospettive e potenzialità delle nuove forme di proceduralizzazione dei poteri datoriali.	124

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 462/2022

1. Lavoro digitale e linguaggio della complessità nel diritto del lavoro 4.0.

Se nella fabbrica fordista l'attività lavorativa era muta, la produzione era una catena silenziosa, in cui era tagliata ogni correlazione interattiva tra processi simultanei, «nella metropoli postfordista, il processo lavorativo materiale è descrivibile empiricamente come complesso di atti linguistici, sequenza di asserzioni, interazione simbolica. In parte, perché l'attività del lavoro vivo si esplica, ora, a fianco del sistema di macchine, con compiti di regolazione, sorveglianza e coordinamento. Ma soprattutto perché il processo produttivo ha per 'materia prima' il sapere, l'informazione, la cultura, le relazioni sociali»³³⁸. L'informatizzazione della società, e con essa l'essere divenuta la conoscenza la principale forza produttiva, ha prodotto un profondo mutamento dei processi comunicativi che caratterizzano e connotano i legami sociali³³⁹. È tema ampiamente studiato dalle scienze sociali come il passaggio dalla modernità alla postmodernità della società postindustriale, prima, e della società digitale, dopo, abbia dato vita all'età della complessità³⁴⁰, dell'incertezza³⁴¹, dell'insicurezza, del rischio³⁴², cui è corrisposta una dilagante situazione di disagio³⁴³ della persona, un'elevazione della velocità³⁴⁴ a categoria concettuale unificante dell'esperienza umana, un'accelerazione sociale³⁴⁵ e un sovraccarico della dimensione comunicativa, delle informazioni e della conoscenza, dagli effetti ambigui e ambivalenti, una crisi della capacità regolativa del diritto. La società dell'informazione e della digitalizzazione, veloce, massificata, globale, è tuttavia connotata da una "fatica linguistica"³⁴⁶, che risulta preponderante in tutti i settori produttivi, materiali e immateriali, e che piuttosto che annullare le differenze le amplifica, dando vita a un potenziale processo di annullamento dello stesso valore informativo; ciò, in quanto, come bene è stato colto, «l'eccesso di velocità equivale ad una perdita progressiva del contenuto informativo, del suo valore. Se in passato il valore del messaggio trasmesso risultava dalla rapidità della sua consegna, oggi l'istantaneità cumulativa tende a svuotare il messaggio del suo valore o per lo meno ad accelerare l'obsolescenza»³⁴⁷.

A fronte di un tale sovraccarico della funzione comunicativa e della sua centralità quale meccanismo in grado di rinsaldare o distruggere i legami sociali, la questione del linguaggio, della sua complessità e della sua comprensibilità, è divenuta centrale nell'analisi giuridica, sempre più costretta a deciptare l'apparente neutralità di cui è avvolto il linguaggio della programmazione e

³³⁸ VIRNO, *Lavoro e linguaggio*, in ZANINI, FADINI (a cura di), *Lessico postfordista*, Milano, 2001, 181 ss.

³³⁹ LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, 2019, 33.

³⁴⁰ MORIN, *La sfida della complessità*, Firenze, 2017.

³⁴¹ BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999; GALBRAITH, *L'età dell'incertezza*, Milano, 1977.

³⁴² BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2001; più in generale, per una riflessione più prettamente scientifica del tema, PRIGOGINE, *La fine delle certezze. Il tempo, il caos e le leggi della natura*, Torino, 2014.

³⁴³ BAUMAN, *Il disagio della postmodernità*, Milano, 2002.

³⁴⁴ VIRILIO, *Velocità e politica: saggio di dromologia*, Milano, 1981. Sulla velocità della modernizzazione HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità. Dodici lezioni*, Bari, 2003.

³⁴⁵ BELL, *Notes on the Post-Industrial Society*, in *The Public Interest*, 1967, n. 6, 24 ss., e n. 7, 102 ss.; AUGÉ, *Nonluoghi. Introduzione a una Antropologia della surmodernità*, Milano, 2005; ROSA, *Social Acceleration: Ethical and Political Consequences of a Desynchronized High-Speed Society*, in *Constellations*, 2003.

³⁴⁶ ZANINI, FADINI (a cura di), *Lessico postfordista*, Milano, 2001, 19 ss.

³⁴⁷ VIRILIO, *L'orizzonte negativo*, Genova, 1986.

della tecnologia³⁴⁸, con la chiara consapevolezza della profonda ambiguità di tutti i grandi processi di innovazione tecnologica, capaci di imprimere una netta discontinuità alle dinamiche evolutive della società³⁴⁹. In maniera del tutto condivisibile, è stato infatti scritto come oggi si assista a un nuovo modo di essere del diritto e, conseguentemente, a un processo in cui compito del giurista è quello di farsi interprete delle trasformazioni che si stanno verificando nella società sulla base dello sviluppo della tecnologia, e dell'impatto che questa sta avendo sul diritto; emergono, infatti, dalla coscienza sociale, e a seguito dello sviluppo tecnologico, dei "nuovi diritti", i quali, sebbene non godano di un loro esplicito riconoscimento normativo, «hanno un forte e chiaro "tono costituzionale", che li collocano, implicitamente, all'interno della costituzione, riservando all'interprete il compito di estrapolarli da essa»³⁵⁰.

Per i giuslavoristi, il lavoro digitale³⁵¹, le questioni a esso connesse, e anche il suo linguaggio di riferimento, rappresentano una «sineddoche divisiva»³⁵²: il frutto di un processo ricostruttivo, interpretativo e linguistico che associa realtà differenti, ma dipendenti o contigue tra loro. Il lavoro digitale dove il digitale, nella prospettiva parte-tutto, fagocita in senso negativo il lavoro; il lavoro digitale che provoca una frattura culturale tra «noi e loro»³⁵³, vale a dire tra noi giuristi del lavoro e gli esperti/tecnici del settore; il lavoro digitale che, in una logica singolare-plurale, attrae tutte le forme di innovazione tecnologica che caratterizzano le nuove realtà lavorative; il lavoro digitale che, nell'accezione genere-specie, si eleva a meta concetto di forme diversificate di lavoro morfologicamente trasformate dalla tecnologia. Una sineddoche divisiva, in quanto, su ognuna delle relazioni oppostive citate, la dottrina lavoristica si divide tra tecno-ottimisti (pochi) e tecno-pessimisti (i più). Non è certamente revocabile in dubbio l'esistenza del lato oscuro del digitale³⁵⁴, di un modello di società panottica³⁵⁵, caratterizzato da sistemi inintelligibili di *big data* capaci di accogliere le informazioni e le stesse esistenze di un numero indefinito (e potenzialmente infinito) di soggetti, profilate attraverso le analisi dei loro comportamenti tracciati dalla rete. Così come non è revocabile in dubbio che in molti casi il lavoro, o comunque buona parte di esso, soprattutto in alcuni settori come la logistica o le piattaforme sia stato oggetto di un processo di

³⁴⁸ ZANICHELLI, *Ecosistemi, opacità, autonomia: Le sfide dell'intelligenza artificiale in alcune proposte recenti della Commissione Europea*, in D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 77.

³⁴⁹ RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 199 ss.

³⁵⁰ FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. Inf.*, 2020, n. 4, 465 ss.

³⁵¹ Sulle trasformazioni del lavoro a seguito del processo di digitalizzazione dell'economia la letteratura è sterminata, per alcuni riferimenti essenziali cfr. MINGIONE (a cura di), *Lavoro: la Grande trasformazione*, Milano, 2020; MINGIONE, PUGLIESE, *Il lavoro*, Roma, 2020; DE MASI, *Lavoro 2025*, Venezia, 2017; GRAMOLATI, MARI, *Il lavoro dopo il novecento. Da produttori ad attori sociali*, Firenze, 2016; BRYNJOLFSSON, McAfee, *La nuova rivoluzione delle macchine*, Milano, 2015; BALDWIN, *Rivoluzione Globotica*, Bologna, 2019; CIPRIANI, GREMOLATI, MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze, 2018; RULLANI, RULLANI, *Dentro la rivoluzione digitale*, Torino, 2018; DNEGRYSE, *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, Brussels, 2016; VALENDUC, VENDRAMIN, *Work in the digital economy: sorting the old from the new*, Brussels, 2016; SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano, 2016.

³⁵² CARUSO, *Il lavoro digitale: una sineddoche divisiva*,

<https://www.labourlawcommunity.org/ricerca/il-lavoro-digitale-una-sineddoche-divisiva/>.

³⁵³ Romagnoli, «Noi e loro»: diritto del lavoro e nuove tecnologie, in *RTDPC*, 1986, n. 2, 377 ss.

³⁵⁴ GRANELLI, *Il lato (ancora più oscuro) del digitale. Nuovo breviario per (soprav)vivere nell'era della Rete*, Milano, 2017.

³⁵⁵ ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

parcellizzazione, di datizzazione delle attività umane e di esternalizzazione delle stesse³⁵⁶; si tratta di contesti nei quali la tecnologia non rappresenta una opportunità di crescita e di sviluppo per tutti gli attori coinvolti, bensì un determinante fattore di debolezza del lavoratore che, di fatto, sembra tramutarsi in un nuovo aspetto di “subordinazione tecnologica/informativa”³⁵⁷ – oltre che informatica –, utilizzando indici, non solo di supervisione, controllo ed etero-direzione ma anche di soggezione all’uso di algoritmi³⁵⁸; indici che tratteggiano nuovi aspetti della subordinazione, legati allo strumento tecnologico e a contesti organizzativi sempre più digitalizzati e dematerializzati³⁵⁹. Se, dunque, il lato oscuro del digitale si palesa incombente e pericolosamente dilagante, è anche vero che la digitalizzazione del lavoro 4.0³⁶⁰ è il motore di un cambiamento cui corrispondano effetti plurimi e differenziati, riconducibili a diversi macro scenari caratterizzanti i luoghi di lavoro del nuovo secolo³⁶¹: il modello “virtuoso” di Industria 4.0, nella sua declinazione di modello sociale e organizzativo dell’ “impresa integrale”, ampiamente analizzata negli studi di Federico Butera³⁶²; i nuovi servizi di E-Commerce e di logistica globalizzati, organizzati e gestiti dall’algoritmo³⁶³; il lavoro delle piattaforme³⁶⁴ nelle diverse declinazioni, spesso caratterizzato da «una combinazione specifica di tecnologie *online* altamente sofisticate con manifatture ad alta intensità di lavoro che operano a bassi livelli tecnologici»³⁶⁵.

A fronte di una tale complessità sistemica e dei luoghi di lavoro, da oltre un decennio, i giuristi del lavoro si sono assunti il difficile compito di confrontarsi con il nuovo mondo digitale e con le

³⁵⁶ CASILLI, *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo*, Milano, 2020.

³⁵⁷ ZAPPALÀ, *Le condizioni di lavoro nelle piattaforme: quale strategia europea di tutela del lavoro digitale?* in *Professionalità studi*, 2021, vol. IV, n. 1, 4 ss.

³⁵⁸ Si rinvia a ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell’era dell’intelligenza artificiale*, WP CSDLLE “Massimo D’Antona”.IT – 446/2021.

³⁵⁹ 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 *LLI*, 2022, n. 1, 15.

³⁶⁰ DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in CIPRIANI, GREMOLATI, MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0*, cit., 225 ss.

³⁶¹ CARUSO, ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze, 2022, 23 ss.

³⁶² BUTERA, *Organizzazione e società*, Venezia, 2020; ma v. anche CERRUTI, *Lavorare al tempo del cliente nel post fordismo*, Milano, 2010; BENTIVOGLI, PIRRONI, *Fabbrica futuro*, Milano, 2019; D’ALOISO, *Partecipare all’impresa globale*, Milano, 2021; MARINI, *Fuori classe*, Bologna, 2018.

³⁶³ ALESSI, *Formazione e competenze nel settore della logistica*, in *RGL*, 2020, n. 3, 408 ss.; BOLOGNA, CURI, *Relazioni industriali e servizi di logistica: uno studio preliminare*, in *DLRI*, 2019, 125 ss.; BONARDI, *Tra governance delle global value chains e frammentazione del tessuto produttivo nazionale: quale regolazione per il lavoro nel settore della logistica?*, in ALLAMPRESE, BONARDI (a cura di), *Logistica e Lavoro*, in *QRGL*, 2019, n. 3, 17 ss.; FAIOLI et al., *Lavoro e organizzazione nella logistica 4.0*, W.P. Fondazione G. Brodolini, 2018, n. 14, Roma.

³⁶⁴ PRASSL, *Human as a service*, Oxford, 2018; PRASSL, RISAK, *Uber, Taskrabbit, and co.: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork*, in *CLLPJ*, 2018, vol. 37, n. 3, 619 ss.; PRASSL, RISAK, *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori di lavoro*, in *RGL*, 2017, n.1, 219 ss. DAUGAREILH, DEGRYSE, POCHE, *The platform economy and social law: Key issues in comparative perspective*, Brussels, Working Paper, 2019; DE GROEN, KILHOFFER, WESTHOFF, POSTICA, SHAMSAKHAR, *Digital Labour Platforms in the EU: Mapping and Business Models*, <https://www.ceps.eu/ceps-publications/digital-labour-platforms-in-the-eu/>, 2021; GUARASCIO, SACCHI, *Le piattaforme digitali in Italia, un’analisi della dinamica economica e occupazionale*, in *INAPP Policy Brief*, 2018, n. 8,4 ss.; ILO REPORT, *The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, <https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/lang-en/index.htm>, 2021; PERULLI, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro: verso un nuovo sistema di tutele?*, in PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Padova, 2018, 115 ss.; DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bologna, 2019.

³⁶⁵ LÜTHJE, *Platform Capitalism «Made in China»? Intelligent Manufacturing, Taobao Villages and the Restructuring of Work*, in *Science, Technology & Society*, vol. 24, n. 2, 199 ss.; GRAPPI, *La governance delle catene del valore e le sfide per l’organizzazione dei lavoratori: una prospettiva globale*, in *RGL*, 2020, n. 3, 368 ss.

nuove scienze sociali computazionali, frutto di una intersezione tra tecnologie, scienze sociali, scienze dell'informazione e scienze della complessità, provando innanzitutto a mettere ordine nel caos della terminologia utilizzata in rete, nel mondo del lavoro e, oggi, sempre di più anche nella legislazione e in giurisprudenza³⁶⁶. Concetti e parole come algoritmi, *big data*, piattaforme, criptoaluta, creano nel giurista una forma di “subalternazione” e di sudditanza conoscitiva forse paragonabile, in termini storico-sociali, al rapporto tra l'uomo comune e il soprannaturale, che da sempre ha creato condizioni di subalternazione multiple, complesse, articolate³⁶⁷. Se, in generale, dunque, nel secolo scorso è stato rilevato come «i giuristi, i tecnici del diritto, affrontano in genere le questioni semantiche, che si aprono nel loro lavoro, in prospettive piuttosto ristrette, senza allargare l'orizzonte oltre l'universo della cultura giuridica. Evitare le questioni semantiche il giurista non può: le operazioni da lui compiute riguardano il linguaggio ed hanno come strumento il linguaggio, e ad ogni passo egli deve determinare e foggare significati, riconoscere, costruire o ricostruire relazioni semantiche, e sintattiche e pragmatiche»³⁶⁸, il nuovo secolo ha posto il giurista, soprattutto quello del lavoro, di fronte all'esigenza di compiere uno sforzo definitorio finalizzato a far emergere l'esistenza di quelle parti di “diritto muto”³⁶⁹, non verbalizzate, ma presenti nel sistema. Si tratta di fenomeni, prassi, modelli organizzativi e strumentazioni, di cui oggi il diritto del lavoro è chiamato a interessarsi, a cercare di comprenderne le ricadute e la possibilità di riconduzione alle disposizioni “tradizionali” poste a tutela della persona che lavora (ne è dimostrazione il continuo interrogativo sulla applicabilità alle nuove tecniche digitalizzate di controllo del lavoro³⁷⁰ – tecnologie indossabili, prassi di *gamification*, esercizio del potere direttivo informatizzato o, più in generale, modelli di gestione algoritmica del lavoro – ai limiti previsti dallo Statuto dei lavoratori). Nel solco dell'insegnamento di Massimo D'Antona³⁷¹, a fronte delle nuove e potenziali *anomalie*, vale a dire delle «difficoltà crescenti di comprensione dei fenomeni giuridici attraverso gli schemi generalmente accolti», è stato necessario e opportuno che i giuristi – soprattutto quelli del lavoro – siano stati attratti verso un «pluralismo metodologico eclettico e in larga misura non consapevole». Nella consapevolezza di come l'approccio giuridico alle “anomalie” per essere discusso e proposto all'accettazione debba prima di tutto essere “detto”, ossia reso comprensibile nel mondo interno del diritto, e nel suo linguaggio, che inevitabilmente si

³⁶⁶ In questa prospettiva si rinvia al lavoro di BORELLI, BRINO, FALERI, LAZZERONI, TEBANO, ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, 2022. La letteratura giuslavoristica sul tema delle tecnologie è ormai amplissima, per alcuni riferimenti essenziali ulteriori si rinvia a NOVELLA, TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Torino, 2022; TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017; ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019; DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in CIPRIANI, GREMOLATI, MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, cit., 223 ss.; ALOISI, DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari, 2020; DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Modena, 2019; FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Torino, 2018; DEL PUNTA, *Innovazioni tecnologiche e diritto del lavoro*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2019, n. 2-3, 261 ss.

³⁶⁷ SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.

³⁶⁸ SCARPELLI, *Semantica giuridica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1969.

³⁶⁹ SACCO, *Il diritto muto*, Bologna, 2015.

³⁷⁰ TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, 2017; TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Napoli, 2020; INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy. Una lettura integrata*, Bari, 2018; NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Napoli, 2018; PISANI, PROIA, TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, 2022.

³⁷¹ D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo* (in *RCDP*, 1990, 207 ss.), ora in *Opere*, CARUSO, SCIARRA (a cura di), Milano, 2000, vol. I, 53 ss.

pone come il frutto di una osmosi continua fra discorso giuridico e fatti materiali, i giuristi del lavoro si sono confrontati, dunque, con parole “nuove” evocative e produttive di cambiamenti nel paradigma del diritto del lavoro, con ciò dimostrando una estrema sensibilità ermeneutica verso la “porosità” dei sistemi giuridici moderni di comprendere prima di tutto l’ambiente esterno. Di fronte al dilemma del se la tecnologia sia suscettibile di essere regolata o se, invece, «per le caratteristiche proprie e per la rapidità di evoluzione che la caratterizza, essa sfugga quasi naturalmente ad ogni tentativo di regolazione, esaurendosi gli sforzi di disciplinarla in una inutile, illusoria, rincorsa»³⁷², parte della dottrina lavoristica ha preferito invertire lo schema usuale dell’analisi giuridica diretta a vagliare, interpretare e applicare le categorie e gli istituti ai fenomeni nuovi, ed ha scelto di confrontarsi a monte con i fenomeni nuovi, con le tecnologie, con la loro comprensione fattuale e linguistica³⁷³, prima ancora che giuridica.

Preso atto di come le modalità di gestione della conoscenza siano diventate il principale problema politico, tecnico e valoriale, in termini non solo di accesso e disseminazione della conoscenza, ma anche di «lotta all’entropia informativa e all’uso della conoscenza per la creazione tanto di poteri sottratti al controllo democratico come di immense disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza»³⁷⁴, oggetto della presente riflessione è l’analisi della complessità del linguaggio del lavoro digitale, e allo stesso tempo l’analisi del come la dimensione linguistica e comunicativa svolga un ruolo profondamente diverso nei diversi luoghi di lavoro morfologicamente trasformati dalla tecnologia. La complessità³⁷⁵ è tale che il diritto del lavoro è chiamato a compiere lo sforzo di saper leggere nei processi comunicativi che caratterizzano i rapporti di lavoro odierni una pluralità di registri e di «giochi linguistici»³⁷⁶ che, a seconda dei casi, richiedono interventi di valorizzazione e di promozione dei processi comunicativi medesimi, ove funzionali a sviluppare e abilitare le capacità della persona; oppure interventi “correttivi” finalizzati a correggere le sempre più rilevanti asimmetrie informative, ma anche a stimolare una trasparenza della comunicazione, come *condicio sine qua non* per il mantenimento anche nei luoghi di lavoro governati dal *management* algoritmico di un legame sociale, e soprattutto come veicolo per consentire forme di controllo dell’esercizio dei poteri datoriali disumanizzati, potenzialmente lesivi della dignità della persona e dei suoi diritti come prestatore di lavoro.

2. Centralità linguistica degli ambienti di lavoro digitali e performatività della formazione/informazione/partecipazione.

Nella società dell’informazione e dell’accelerazione comunicativa la persona può assumere il ruolo di detentore dell’informazione e di padrone del linguaggio digitale oppure, in alternativa ma anche in concomitanza, il ruolo di oggetto dell’informazione, di datizzazione, di profilazione,

³⁷² NOVELLA, TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 2.

³⁷³ È questo l’approccio che ha ispirato il volume di BORELLI, BRINO, FALERI, LAZZERONI, TEBANO, ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 11 ss.

³⁷⁴ TRONTI, *Economia della conoscenza, innovazione organizzativa e partecipazione cognitiva: un nuovo modo di lavorare*, su https://web.uniroma1.it/masterlavoro/sites/default/files/allegati/Tronti%20-%20Economia%20della%20conoscenza%20C%20innovazione%20organizzativa%20e%20partecipazione%20cognitiva_1.pdf.

³⁷⁵ Su complessità dei saperi e approccio giuslavoristico CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 2020, 16 ss.,

http://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/OurUsers/Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treu.pdf

³⁷⁶ LYOTARD, *La condizione postmoderna*, cit., 20 ss.

di gestione algoritmica del lavoro. A fronte di questa molteplicità e interscambiabilità dei ruoli informativi che caratterizza anche i luoghi di lavoro è possibile osservare come la dimensione linguistica assuma connotati assolutamente differenti a seconda che si guardi a quello che è stato definito l'ambiente di lavoro 4.0 oppure a quello disintermediato delle piattaforme e della *gig economy*, ma anche a quello più tradizionale nel quale però i poteri datoriali (selezioni, promozioni, trasferimenti, ecc.) vengano affidati ai moderni oracoli rappresentati dagli algoritmi.

Sicuramente, le tecnologie digitali hanno accelerato la trasformazione del lavoro, che diventa esso stesso, soprattutto nella cosiddetta fabbrica intelligente, «atto linguistico performativo»³⁷⁷: nel modello di organizzazione che produce comunicando, persone, cose e macchine intelligenti si trovano coinvolte in un costante livello di comunicazione. In una dimensione che prevede l'interconnessione continua tra virtuale e fisico, sempre più frequentemente i luoghi di lavoro si strutturano attraverso «tre livelli di comunicazione che si interconnettono costantemente: uomo/uomo (H2H), macchina/macchina (M2M), uomo/macchina (H2M)»³⁷⁸. In particolare, con l'acronimo M2H si fa riferimento a una tecnologia intelligente e interconnessa che consente la comunicazione costante e interattiva *machine-to-human*, basata su dispositivi di visualizzazione, su sensori connessi in rete e *alert*, funzionale a realizzare un processo collaborativo/correttivo, appunto uomo-macchina, in grado di assicurare l'ottimale funzionamento di un sistema di produzione³⁷⁹. Una organizzazione, dunque, che produce comunicando tramite i sensori *IoT* (*Internet of Things*) integrati in un dispositivo connesso in rete, che si tratti di un macchinario, di un nastro, di un elevatore o di un'intera fabbrica. Le soluzioni basate sulla comunicazione M2H sono in grado di rilevare i primi segni di stress, gli errori o le semplici imperfezioni e prevedere il momento del guasto del dispositivo o dell'apparecchiatura. Il sistema può quindi allertare i responsabili del mantenimento in funzione dei dispositivi o delle apparecchiature o direttamente il lavoratore, può consultare immediatamente i manuali per suggerire l'aggiustamento da fare, avviare una consultazione immediata con altri specialisti o colleghi, oppure può inviare in loco un essere umano in grado di risolvere il problema. Si tratta, insomma, di un sistema di comunicazione che interviene tra «cose e cose e decisori», in un flusso continuo di informazioni «cui niente e nessuno può sottrarsi»³⁸⁰. Nel modello di fabbrica intelligente, dunque, il lavoro cognitivo, la persona e il suo linguaggio si muovono – o comunque in astratto dovrebbero muoversi – nel quadro di un'«etica della comunicazione»³⁸¹ e di una logica cooperativa³⁸² che, però, per essere genuina e conforme allo statuto epistemologico del diritto del lavoro, non può che essere agganciata e sostenuta da politiche e da prassi di formazione continua e costante delle persone³⁸³ e delle loro

³⁷⁷ MARI, *Il lavoro 4.0 come atto linguistico performativo. Per una svolta linguistica nell'analisi delle trasformazioni del lavoro*, in CIPRIANI, GREMOLATI, MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0*, cit., 315 ss.

³⁷⁸ MARI, *Il lavoro 4.0 come atto linguistico performativo*, cit., 317.

³⁷⁹ DAUGHERTY, WILSON, *Human+Machine. Ripensare il Lavoro nell'età dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2018.

³⁸⁰ MARI, *Il lavoro 4.0 come atto linguistico performativo*, cit., 315.

³⁸¹ MARI, *Libertà nel lavoro. La sfida della rivoluzione digitale*, Bologna, 2019, 26.

³⁸² CARUSO, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0*, in *DLRI*, 2018, 81 ss.; v. pure BARBERA, *Statuto, contesti organizzativi e lavori cinquant'anni dopo*, in *RGL*, 2020, 54 ss.; NOVELLA, *Impresa*, in NOVELLA, TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 5 ss.; Novella, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *LD*, 2021, n. 3-4, 451 ss.

³⁸³ TRENTIN, REPETTO (a cura di), *Using Network and Mobile Technology to Bridge Formal and Informal Learning*, Hull (UK), 2013.

competenze che interagiscono con le macchine nell'infosfera³⁸⁴. Le connessioni tra tecnica e diritto, tra comunicazione e aspetti pragmatici fondati su una narrazione emancipativa³⁸⁵ del lavoro chiara, che esplicita le proprie regole e che attiva meccanismi abilitanti della persona e delle sue capacitazioni, consente di «allargare l'orizzonte teorico dei giuslavoristi oltre la subordinazione e la struttura necessariamente bilaterale delle sue relazioni, individuali e collettive; ciò per confrontarsi con i problemi del lavoratore come persona, come soggetto, e non solo come mero oggetto di sfruttamento del datore di lavoro e di protezione da parte della legge o del contratto collettivo»³⁸⁶. La formazione, dunque, svolge il ruolo di «contromisura alle asimmetrie distributive delle competenze abilitanti»³⁸⁷, ma anche di vettore di «soggettivazione regolativa» per l'acquisizione da parte dei lavoratori di un maggiore spazio di libertà sostanziale nel rapporto di lavoro e nelle traiettorie professionali³⁸⁸. In questa prospettiva, coerentemente, la dottrina che si è occupata del tema ha proposto, quale contraltare delle potenziali ricadute negative delle trasformazioni digitali sulla professionalità, una valorizzazione dell'apprendimento continuo e della formazione che travalica i ristretti limiti dell'art. 2013 c.c.³⁸⁹, per ascendere a vero e proprio modello di *learning organization*³⁹⁰ che cresce, produce e migliora comunicando e formando in un continuo scambio *win-win*, in cui al lavoratore vengono richiesti più impegno e responsabilità, ma gli vengono al contempo riconosciuti una maggiore fiducia e un più ampio grado di discrezionalità e di autodeterminazione, individuale o in gruppo, stimolandone la creatività, l'intelligenza e la relazionalità.

Nel contesto organizzativo dell'ambiente di lavoro 4.0 sopra delineato, il carattere linguistico e comunicativo del lavoro è, e deve essere, pertanto, affiancato da una piena disponibilità delle informazioni e da una dimensione comunicativa performativa che passa anche e soprattutto da una strategia³⁹¹ di apprendimento continua, che rende accettabili – per il lavoratore della fabbrica intelligente – il continuo cambiamento delle “mosse” organizzative aziendali e, quindi, delle «regole linguistiche del gioco»³⁹². Il linguaggio performativo, dunque, passa attraverso diritti di nuovo conio e non: non solo il diritto alla formazione, soprattutto tecnologica, ma anche il diritto a essere coinvolto almeno a titolo informativo nell'elaborazione dei modelli organizzativi, il diritto a essere interpellato prima di atti gestionali che lo riguardano; ciò anche «attraverso meccanismi

³⁸⁴ FLORIDI, *La rivoluzione dell'informazione*, Torino, 2010.

³⁸⁵ LYOTARD, *La condizione postmoderna*, cit., 110 ss.

³⁸⁶ CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, 1 ss.

³⁸⁷ CIUCCIOVINO, *Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale*, in *federalismi.it*, 2022, n. 9, 129 ss.

³⁸⁸ PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT–365/2018, 11 ss.

³⁸⁹ CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Torino, 2013; CIUCCIOVINO, *Contrattazione collettiva e politiche attive del lavoro*, in *DLRI*, 2021, 641 ss.; CIUCCIOVINO, *Apprendimento permanente*, in *Libro dell'Anno del Diritto*, Roma, 2013, 42 ss.; ALESSI, *Professionalità, contratto di lavoro e contrattazione collettiva, oggi*, in *Professionalità e contrattazione collettiva*, in *Professionalità studi*, 2018, 23 ss.;

³⁹⁰ TRONTI, *Economia della conoscenza, innovazione organizzativa e partecipazione cognitiva*, cit., 8 ss.

³⁹¹ In cui si inseriscono alcune specifiche misure previste, ad esempio, Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, all'interno della Missione 5, Coesione e inclusione, ove si prevede che «Per i lavoratori occupati, in particolare, è rafforzato il Fondo nuove competenze, istituito sperimentalmente nel 2020 per consentire alle aziende di rimodulare l'orario di lavoro, al fine di favorire attività di formazione sulla base di specifici accordi collettivi con le organizzazioni sindacali. In tal modo, individuato il fabbisogno formativo per la specifica azienda, il settore o il territorio, si assicura l'aggiornamento professionale richiesto mettendo in capo alle risorse del Fondo il costo delle ore trascorse in formazione», 206.

³⁹² LYOTARD, *La condizione postmoderna*, cit., 79 ss.

istituzionali di governo dell'impresa (ridefinizione dei diritti delle rappresentanze del personale, anche per adeguare i diritti statutari all'era informatica; normative premiali per l'adozione di modelli organizzativi incentrati sull'assegnazione di obiettivi e sulla conseguente responsabilizzazione, di *team* e/o individuale, dei suoi protagonisti; modelli più fortemente partecipativi di gestione della sicurezza; meccanismi di partecipazione/proceduralizzazione a livello individuale)»³⁹³ come viatico di un «riconoscimento reciproco» di impresa e lavoratore che mette al centro la persona³⁹⁴.

3. Trasparenza e spiegabilità delle condizioni contrattuali e dimensione abilitativa dell'informazione.

Diametralmente diverso è l'approccio alla dimensione linguistica del lavoro digitale nei contesti lavorativi, tradizionali e soprattutto delle piattaforme, dove il linguaggio delle macchine è impenetrabilmente rinchiuso in quella che è stata definita la *black box*³⁹⁵, le informazioni sono massificate nei *big data*, correlate su base probabilistica, inferenziale, frutto di *bias* cognitivi, se non di vere e proprie opzioni discriminatorie³⁹⁶: in altre parole, inintelligibili dall'essere umano non in possesso di specifiche competenze tecnico/informatiche. È ampiamente dibattuta e provata l'esistenza di sistemi automatizzati di creazione di conoscenza e di decisione, che si basano sugli algoritmi, che hanno ristrutturato la gestione del personale, tanto nel settore privato (piattaforme e non) quanto nelle pubbliche amministrazioni, sostituendo progressivamente le funzioni manageriali tradizionali, come la selezione del personale, l'assegnazione delle mansioni, la valutazione del lavoro svolto, l'incentivazione o l'irrogazione di sanzioni, anche con effetti estintivi del rapporto di lavoro. In altre parole, in tali contesti, gli algoritmi acquiscono il grado di asimmetria informativa e lo squilibrio di potere tra le parti contraenti: l'esercizio del potere direttivo si realizza attraverso dispositivi e applicazioni digitali, il lavoratore è sottoposto a forme di controllo permanente e di supervisione continua esercitati dal *software* e tutto ciò «rende il datore di lavoro onnipotente e le sue prerogative potenziate»³⁹⁷.

³⁹³ Così CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit., 24 ss.

³⁹⁴ CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit., 24 ss., nonché PERULLI, SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Bologna, 2022, 19, che richiamano il pensiero di HONNETH, *La libertà negli altri*, Bologna, 2017.

³⁹⁵ PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard, 2015; HILDEBRANDT, *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, in *Digital Enlightenment Yearbook* 2012, Amsterdam, 2012.

³⁹⁶ BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *LLI*, 2021, n. 1.; BALLESTRERO, *Ancora su rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 2021, 104; FASSINA, *L'algoritmo Frank, cieco ma non troppo*, in *LDE*, 2021, n. 1; PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *LLI*, 2021, n. 1, 48 ss.; v. pure la Voce *Discriminazioni digitali*, in BORELLI, BRINO, FALERI, LAZZERONI, TEBANO, ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 99 ss. Il tema è ampiamente affrontato anche nel dibattito internazionale, per alcuni riferimenti v. GERARDS, XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU equality law*, 2020, su

[https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmicdiscrimination-](https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmicdiscrimination-in-europe-challenges-and-opportunities-for-eu-equality-law/)

[in-europe-challenges-and-opportunities-for-eu-equality-law/](https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmicdiscrimination-in-europe-challenges-and-opportunities-for-eu-equality-law/); XENIDIS, *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Law Journal of European and Comparative Law*, 2020, vol. 27, 736 ss.; PRINCE, SCHWARCZ, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, 2020, vol. 105, 1257 ss.

³⁹⁷ SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, in *LDE*, 2022; TOPO, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *LD*, 2018, 453 ss.; NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *LD*, 2021, 451 ss. Su tale profilo, sia consentito rinviare a ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, e alla letteratura ivi citata, nonché alle diverse *Voci*, in BORELLI, BRINO, FALERI, LAZZERONI, TEBANO, ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 150 ss.

In questi contesti, il ruolo del lavoratore come soggetto delle comunicazioni sulle condizioni di lavoro che lo riguardano³⁹⁸ e sulla concreta gestione del rapporto stesso si svuota di contenuti a fronte della incapacità del lavoratore di comprendere le informazioni : ciò in quanto la velocità dell'informazione è tale che lo stesso non ha la capacità giuridica e/o tecnologica di capire la *ratio* gestionale e/o la modifica, lo sguardo d'insieme per comprenderne le implicazioni, la forza per chiedere i chiarimenti necessari e, in ultima analisi, per opporsi alle scelte decisionali che lo riguardano. In tale prospettiva, il lavoratore è oggetto di una comunicazione datoriale a volte troppo veloce e imprevedibile, destinatario di un linguaggio tecnico/giuridico che non sempre comprende o nemmeno percepisce; il lavoratore è soggetto muto di un dialogo che non c'è, il quale abita un ambiente informazionale, senza occuparne il centro³⁹⁹.

Come è stato scritto in maniera lungimirante da Stefano Rodotà, le trasformazioni indotte dall'innovazione tecnologica, realizzando la «separazione tra il mondo delle persone e il mondo degli oggetti dotato di una propria crescente autonomia», coinvolgono così il principio fondativo della società moderna e costitutivo del suo ordine giuridico: l'autonomia dell'individuo, che diviene estremamente vulnerabile di fronte al potere digitale⁴⁰⁰. Le trasformazioni tecnologiche dell'organizzazione sociale, dunque, producono asimmetrie nella distribuzione e nell'esercizio del potere e determinano una frattura sociale tra individui sempre più trasparenti e poteri sempre più opachi e incontrollabili⁴⁰¹. Sulla scorta di questa consapevolezza, in oltre un ventennio, si è ampiamente sviluppato il diritto alla protezione dei dati personali, che innova la categoria semantica della *privacy* per trasferire nella dimensione tecnologica la garanzia di fondamentali libertà della persona umana⁴⁰². Obiettivo della disciplina sulla *privacy* contenuta nel GDPR è la sicurezza della circolazione dei dati personali e la tutela giuridica della persona tramite la garanzia effettiva del diritto fondamentale al controllo dei processi di costruzione e utilizzazione dell'identità personale quale «dispositivo di socializzazione»⁴⁰³. Tale obiettivo risulta affidato a una strategia complessa incentrata, in primo luogo, su un principio sistemico: la trasparenza dei processi di trattamento dei dati.

Se tuttavia nella disciplina in materia di *privacy*, che si candida a diventare «*the law of everything*»⁴⁰⁴, una sorta di polo regolativo attrattivo supervisionato nel contesto italiano dal Garante, la trasparenza si pone l'obiettivo funzionale di garantire all'individuo la libertà di costruzione della propria identità, svolgendo anche una significativa funzione protettiva dei dati personali del

³⁹⁸ GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, 1996; FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Milano, 2007.

³⁹⁹ FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino, 2009, 106 ss.

⁴⁰⁰ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 312 ss.; RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *RCDP*, 2010, 547 ss.

⁴⁰¹ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 337 ss.

⁴⁰² RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, XXX.

⁴⁰³ MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *CI*, 2019, 861 ss.

⁴⁰⁴ PERUZZI, *Intelligenza artificiale, poteri datoriali e tutela del lavoro: ragionando di poli regolativi*, in *q. Riv.*; v. pure TULLINI, *Dati*, in NOVELLA, TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 105 ss.

lavoratore⁴⁰⁵, nel diritto del lavoro la trasparenza, e con essa il linguaggio e la comunicazione, svolgono anche una diversa funzione. Si tratta di una funzione abilitativa, tale da consentire al lavoratore di verificare non solo come sia costruita la sua identità lavorativa (se sia un lavoratore poco produttivo, potenzialmente negligente, ecc.), ma anche tale da aprire spazi a una «soggettivazioni regolativa»⁴⁰⁶ consapevole⁴⁰⁷, che si muove in spazi di determinazione delle condizioni contrattuali prevedibili; e, non ultimo, tale da fungere da porta di ingresso di un potenziale controllo sui poteri datoriali⁴⁰⁸ e sulla legittimità⁴⁰⁹ degli atti di gestione del rapporto di lavoro “disumanizzati”, ma soprattutto sorretti da logiche non sempre comprensibili dall’essere umano. Tanto maggiore è la complessità dei contesti lavorativi digitalizzati, tanto più la trasparenza, la comunicazione, l’informazione e il linguaggio divengono strumenti per creare un “ambiente di fiducia”⁴¹⁰, per ridurre i comportamenti opportunistici fondati sulla consapevolezza delle difficoltà che incontra il lavoratore per “conoscere” i dati “gestionali” che lo riguardano e la loro elaborazione velocissima, per facilitare una gestione del lavoro prevedibile, ma anche strumenti abilitanti potenziali forme di controllo sugli atti datoriali⁴¹¹, e sulla loro intrinseca razionalità oscurata dalla *black box*.

A differenza degli obblighi di informazione di prima e di seconda generazione⁴¹², come si dirà nelle pagine che seguono, la tendenza che sembra rinvenirsi nel diritto del lavoro eurounitario e nazionale è volta all’individuazione di diritti di informazione di “terza generazione”, che puntano, da una parte, sull’aspetto dinamico dell’informazione stessa (la prevedibilità delle condizioni di lavoro e delle modifiche sempre più veloci delle stesse); dall’altra, sulla traduzione linguistica del

⁴⁰⁵ INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Bari, 2018; NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Napoli, 2018; TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, collana diretta da FIORILLO e PERULLI, Torino, 2017.

⁴⁰⁶ PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, cit.

⁴⁰⁷ Sul requisito della conoscibilità algoritmica, con particolare riferimento al suo ruolo di pre-condizione per un esercizio consapevole del consenso individuale al trattamento dei dati personali, v. l’interessante posizione della Cass. n. 14381 del 25 maggio 2021, che ha ritenuto come il consenso possa dirsi validamente prestato solo se riferito «a un trattamento chiaramente individuato»; con la conseguenza che «il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell’algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati»; v. sul punto TULLINI, *Dati*, in NOVELLA, TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 122.

⁴⁰⁸ Sulle trasformazioni dei poteri datoriali v., di recente, le analisi di NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell’impresa digitale*, cit., 454 ss.; TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, cit.

⁴⁰⁹ Fondamentale risulta, a questo proposito, la “lezione” del Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019, sulla mobilità dei docenti della scuola, nella quale – ferma restando la generale ammissibilità di tali strumenti nei processi decisionali, pubblici e privati – l’organo di giustizia amministrativa ha evidenziato quali siano gli “elementi di garanzia minima” dell’utilizzo di algoritmi, vale a dire «a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l’imputabilità della decisione all’organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all’algoritmo». Conoscibilità, dunque, e sindacabilità dal punto di vista logico. Laddove la “conoscibilità” sconta la “caratterizzazione multidisciplinare” dell’algoritmo, che richiede non solo competenze giuridiche, ma anche tecniche, informatiche e statistiche, amministrative, ma che – come appunto ha chiarito il Consiglio di Stato – «non esime dalla necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l’algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile».

⁴¹⁰ Sul ruolo della fiducia nel processo di costruzione del diritto GRECO, *La legge della fiducia*, Bari-Roma, 2021.

⁴¹¹ In generale, sul tema, cfr. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell’imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in RIDL, 2015, 87 ss.; MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione, Tomo secondo, Diritti e obblighi*, Padova, 2012, 1271 ss.; ZOLI, *Subordinazione e poteri dell’imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in LD, 1997, 241.

⁴¹² FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 58 ss.

linguaggio delle macchine e, con esso, della loro logica e razionalità operativa, in un linguaggio comprensibile dall'uomo e pertanto verificabile sulla base di parametri di razionalità e di ragionevolezza umana, disvelando tutto ciò che nell'agire degli algoritmi è irrazionale, non spiegabile, frutto di *bias*, potenzialmente discriminatorio. L'informazione e la trasparenza, in altre parole, non hanno solo una funzione comunicativa, ma anche una funzione commutativa del linguaggio delle macchine, che – anche in altri campi del diritto – sta aprendo le porte al dibattito sulla *fairness* algoritmica e sulla *Corporate Digital Responsibility*, quale veicolo per la ricerca di un punto di equilibrio tra apporto automatizzato e fattore umano, ossia tra razionalità della macchina e pensiero gestionale umano⁴¹³.

La digitalizzazione, infatti, preconstituisce di per sé «un'architettura di coordinamento»⁴¹⁴ nella quale diventano sempre meno evidenti, si potrebbe dire meno “coscienti”, le prerogative datoriali esercitate, abilitando il lavoratore ad attivare forme di controllo sull'esercizio del potere organizzativo aziendale; la trasparenza, l'informazione e il linguaggio, dunque, permettono al lavoratore di disvelare i «giochi linguistici» antagonisti⁴¹⁵ che puntano proprio sulla opacità e, di conseguenza, stimolano l'operatività dei limiti esterni al potere datoriale previsti da fonti giuslavoristiche, così consentendo a monte al lavoratore di autodeterminarsi, ma anche eventualmente di sottrarsi alla situazione pregiudizievole in via di autotutela individuale conservativa, ovvero a valle al giudice di effettuare il sindacato di legittimità⁴¹⁶.

4. La direttiva 2019/1152 e la trasparenza delle condizioni contrattuali tra presunzioni confutabili e prospettiva sanzionatoria.

Sul presupposto del profondo mutamento dei contesti produttivi, il pilastro europeo dei diritti sociali, proclamato a Göteborg il 17 novembre 2017⁴¹⁷ ha puntato l'attenzione lavoristica sull'importanza del tema della trasparenza: ha, infatti, stabilito che i lavoratori abbiano il diritto di essere informati per iscritto all'inizio del rapporto di lavoro dei diritti e degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro e delle condizioni del periodo di prova; che, prima dell'eventuale licenziamento, essi abbiano il diritto di essere informati delle motivazioni e di ricevere un ragionevole periodo di preavviso e che abbiano il diritto di accedere a una risoluzione delle controversie efficace e imparziale e, in caso di licenziamento ingiustificato, il diritto di ricorso, compresa una

⁴¹³ ABRIANI, SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, Bologna, 2021, 275 ss.

⁴¹⁴ NOVELLA, *Impresa*, cit., 13.

⁴¹⁵ LYOTARD, *La condizione postmoderna*, cit., 23 ss.

⁴¹⁶ PERUZZI, *Intelligenza artificiale, poteri datoriali e tutela del lavoro*, cit.; TULLINI, *La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo*, in *LD*, 2021, 442 ss.

⁴¹⁷ CARUSO, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *DRI*, 2019, 1005 ss.; HENDRICKX, *European Labour Law and the Millennium Shift: From Post to (Social) Pillar*, in HENDRICKX, DE STEFANO (eds.), *Game Changers in Labour Law*, in *BCLR*, 2018, 49 ss.; KILPATRIK, *Social Europe via EMU: Sovereign Debt, the European Semester and the European Pillar of Social Rights*, in *DLRI*, 2018, n. 160, 737 ss.; ROGOWSKI, *The European Employment Strategy, the European Social Pillar and their Impact on Labour Law Reform in the European Union*, in *IJCLIR*, 2019, n. 3, 283 ss.; LÖRCHER, SCHÖMANN, *The European pillar of social rights: critical legal analysis and proposals*, Etui, 2016, report 139; BELL, *The Principle of Equal Treatment and the European Pillar of Social Rights*, in *DLRI*, 2018, n. 160, 783 ss.; GIUBBONI, *L'insostenibile leggerezza del pilastro europeo di diritti sociali*, in *PD*, 2018, n. 4, 557 ss.

compensazione adeguata. Nel solco del pilastro sociale citato è stata così adottata la direttiva 2019/1152⁴¹⁸ sulla trasparenza e sulla prevedibilità delle condizioni di lavoro, che fissa un principio generale di trasparenza applicabile a una vasta platea di lavoratori, cui dovrebbe essere garantito il diritto ad ottenere una corretta informazione sulle condizioni di lavoro a loro applicabili. Preso atto della “inadeguatezza” della direttiva 91/533/CEE⁴¹⁹ a governare i profondi cambiamenti dei mercati del lavoro a seguito dei processi di digitalizzazione, e nella consapevolezza che alcune nuove forme di lavoro si distanziano notevolmente dai rapporti di lavoro tradizionali in termini di prevedibilità, creando incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti applicabili per i lavoratori interessati, l’UE ha, infatti, avvertito l’esigenza di una nuova regolamentazione. Ciò al fine di garantire ai lavoratori, anche a quelli che operano nelle piattaforme e ai “falsi autonomi”, il diritto di essere «pienamente e tempestivamente informati per iscritto» sulle condizioni di lavoro. Si è così introdotto un vero e proprio principio trasversale⁴²⁰ di trasparenza e prevedibilità delle condizioni di lavoro (programmazione e organizzazione del lavoro, fasce orarie, retribuzione, ma anche il diritto di impiego in parallelo presso altri datori, il diritto alla «prevedibilità minima del lavoro» e il diritto di rifiutare la prestazione nel caso in cui questa manchi, l’obbligo di formazione, ecc.) destinato a trovare ampia applicazione tanto nei luoghi di lavoro tradizionali, quanto in quelli digitalizzati. Se, come nella direttiva 91/533/CEE, l’informazione ha il compito di attenuare quello «stato di disorientamento del prestatore di lavoro che le stratificazioni di discipline legali e contrattuali possono determinare, ostacolando così una piena comprensione dei diritti e dei doveri di cui il lavoratore stesso assume la titolarità con la stipula del contratto»⁴²¹, disorientamento che potrebbe tra l’altro precludere al lavoratore la possibilità di rivendicare quei diritti derivanti dal rapporto, ma di fatto non riconosciuti dalla controparte datoriale, i diritti di informazione contenuti nella nuova direttiva 2019/1152 si atteggiano tuttavia a diritti di informazione di “terza generazione”, in quanto puntano sull’aspetto dinamico dell’informazione stessa. Il principio di trasparenza e prevedibilità delle condizioni contrattuali punta, infatti, su un diritto di informazione diretto non solo a “fotografare” l’esistente, bensì dinamico, che – attraverso l’esplicazione in postulati linguistici – deve garantire non solo la conoscenza e conoscibilità delle condizioni contrattuali applicate, ma anche la prevedibilità delle possibili modifiche che, in mondo del lavoro “ad alta velocità”, rischiano di rendere la vita del lavoratore non programmabile, con una evidente dilatazione della *working time porosity* che potenzialmente impedisce qualunque capacità di autodeterminazione della persona e dei suoi spazi di vita.

⁴¹⁸ 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. Su tale direttiva v. BORELLI, ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *QG*, 2019, n. 4; BERGAMASCHI, *Trasparenza e prevedibilità delle condizioni di lavoro alla luce della Direttiva UE 20 giugno 2019*, n. 115, in *GL*, 22 ss.; MARCADER UGUINA, *Los “tiempos” de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos*, in *Documentacion laboral*, 2021, 9 ss.; MECHELYNCK, *La directive (UE) 2019/1152 du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles : enjeux pour le travail atypique en Belgique*, in *Revue de droit social*, 2021, 421 ss.; GEORGIU, *The new EU Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the context of new forms of employment*, in *EJIR*, 2022, vol. 22, n. 2, 193 ss.

⁴¹⁹ Su tale disciplina FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 69 ss.; IZZI, *La Direttiva sugli obblighi di informazione del datore di lavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1998, 395 ss.; RIVARA, *La Direttiva sull’informazione e l’effettività dei diritti*, in *DLRI*, 1999, 134 ss. In generale, sul tema dell’informazione nel rapporto di lavoro si rinvia a PERULLI, *I diritti di informazione*, Torino, 1991.

⁴²⁰ CARUSO, ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, cit., 23 ss.

⁴²¹ FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 69 ss.

Al fine di garantire l'effettività degli obblighi informativi previsti, inoltre, la direttiva (art. 15) prevede che gli Stati membri provvedano ad applicare almeno uno dei seguenti sistemi: un meccanismo generale di «presunzione favorevole» che evidentemente i lavoratori possono far valere in occasione di contestazioni sulla validità/invalidità di una o più condizioni di lavoro imprevedibili e non trasparenti, che poi i datori di lavoro hanno la possibilità di confutare; oppure la garanzia della possibilità del lavoratore di sporgere denuncia a un'autorità o a un organo competente e di ricevere un'adeguata riparazione in modo tempestivo ed efficace. Si tratta di due prospettive rimediali diverse, una che incide sui meccanismi processuali rendendo meno oneroso il carico probatorio del lavoratore nelle ipotesi in cui egli contesti l'applicabilità/non applicabilità/legittimità di una determinata condizione contrattuale, l'altra sanzionatoria/riparatoria, che la direttiva propone come alternative, ma che in realtà solo applicate congiuntamente si prestano a garantire una reale effettività ed efficacia della *ratio* cui si ispira la direttiva medesima.

La direttiva citata, con il suo contenuto di *hard law*⁴²², a differenza della “vecchia” direttiva 91/533/CEE, che espressamente (art. 6) affermava di non intervenire a pregiudicare le legislazioni e/o le prassi nazionali in materia di forma del contratto o del rapporto di lavoro, di regime delle prove di esistenza e del contenuto del contratto o del rapporto di lavoro e di norme procedurali applicabili in materia, si candida a fonte di diritti non solo procedurali, ma anche sostanziali che potranno essere fatti valere giudizialmente dai lavoratori non sufficientemente informati sui profili previsti dalla direttiva medesima. La trasparenza e prevedibilità delle condizioni contrattuali e l'informativa scritta dettagliata su tutti gli elementi indicati nella direttiva, da una parte, richiamano quella tendenza “tradizionale” – ampiamente studiata nel contesto nazionale – diretta alla «valorizzazione del formalismo giuridico e della procedimentalizzazione dei comportamenti e degli atti gestionali del personale», quale contrappeso alla crescente «liberalizzazione e proliferazione (...) dei modelli flessibili e articolati di impiego del lavoro dipendente»⁴²³; dall'altra, assumono i connotati nuovi di strumenti abilitanti della capacitazioni dei lavoratori coinvolti, della programmazione e della prevedibilità dei propri spazi e tempi di vita e di lavoro, della retribuzione e dei suoi elementi, della possibilità di accettare altri impieghi; insomma l'informativa come strumento abilitante di una programmabilità e prevedibilità delle proprie condizioni di vita, prima ancora che di lavoro, come diritto di ultima generazione che valorizza – nella prospettiva della «soggettivazione regolativa» di cui si è detto – la possibilità di acquisizione da parte dei lavoratori di un maggiore spazio di libertà sostanziale nel rapporto di lavoro e nelle traiettorie professionali⁴²⁴; dall'altra ancora, come si dirà, si configurano come potenziali strumenti abilitativi di indagini (se non anche di spazi di sindacabilità) sulle modalità di esercizio dei poteri datoriali, soprattutto – come si dirà – di quelli gestiti tramite meccanismi decisionali automatizzati.

⁴²² Sull'attivismo europeo in materia sociale v. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *federalismi.it*, 2022, n. 9.

⁴²³ FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1989, 568 ss.

⁴²⁴ PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, cit.

5. Trasparenza e comprensibilità delle condizioni contrattuali dei lavoratori delle piattaforme nella proposta di direttiva europea.

La medesima prospettiva di valorizzazione della trasparenza ispira poi la proposta di direttiva sulla trasparenza delle retribuzioni in un'ottica di parità di genere⁴²⁵, ma soprattutto la più nota proposta di direttiva COM (2021) 762 del 9 dicembre 2021⁴²⁶, la quale si prefigge l'obiettivo di migliorare le condizioni di lavoro e incrementare i livelli di tutela di coloro che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali. Proprio quest'ultima direttiva, in particolare, si pone l'obiettivo: di «garantire che le persone che lavorano mediante piattaforme digitali abbiano, o possano ottenere, la corretta informativa sulla situazione occupazionale alla luce del loro effettivo rapporto con la piattaforma di lavoro digitale e abbiano accesso ai diritti applicabili in materia di lavoro e protezione sociale»; di «garantire l'equità, la trasparenza e la responsabilità nella gestione algoritmica nel contesto del lavoro mediante piattaforme digitali»; di «accrescere la trasparenza, la tracciabilità e la consapevolezza degli sviluppi nel lavoro mediante piattaforme digitali e migliorare l'applicazione delle norme pertinenti per tutte le persone che lavorano mediante piattaforme digitali, comprese quelle che operano a livello transfrontaliero». Nella logica della Commissione europea, dunque, «la direttiva proposta mira a conseguire l'obiettivo specifico di garantire equità, trasparenza e responsabilità nella gestione algoritmica introducendo nuovi diritti materiali per le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali. Tra queste figura il diritto alla trasparenza per quanto riguarda l'uso e il funzionamento dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, che specifica e integra i diritti esistenti in relazione alla protezione dei dati personali». La trasparenza e la tracciabilità del lavoro mediante piattaforme digitali – nell'approccio della Commissione – è, inoltre, strumentale «al fine di sostenere le autorità competenti nell'applicazione dei diritti e degli obblighi esistenti in relazione alle condizioni di lavoro e alla protezione sociale».

La recente proposta della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforme digitali, in particolare, ha considerato la “opacità” degli algoritmi che governano la relazione di lavoro nelle piattaforme, il vero elemento nuovo di debolezza che potrebbe e dovrebbe fungere da spartiacque

⁴²⁵ Commissione europea, *Proposta di direttiva volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza delle retribuzioni e meccanismi esecutivi*, Bruxelles, 4.3.2021 COM(2021) 93 final.

⁴²⁶ La proposta è stata ampiamente commentata dalla dottrina, solo per alcuni riferimenti essenziali v. 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 LLI, 2022, n. 1; ALAIMO, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, in DRI, 2022, 639 ss.; 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, 2022, n. 1; DONINI, *Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme*, in LLI, 2022, n. 1; BIASI, *Lavoro tramite piattaforma e presunzione relativa di subordinazione: ABC-Test californiano e proposta di Direttiva europea a confronto*, in LDE, 2022, n. 2; BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in LLI, 2021, vol. 7, n. 2, 3 ss.; GIUBBONI, *La proposta di direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 16 gennaio 2022, n. 164; VALENTE, *La direttiva UE sui rider, tra subordinazione e autonomia*, *lavoce.info* del 15.12.2021; FERRANTE, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 158/2022; BRONZINI, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'“umanesimo digitale”* in LDE, 2022, n. 1; MAGNANI, *La proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali*, in BA, 9 maggio 2022, n. 18; 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, 2022, n. 1

tra autonomia e subordinazione: ciò sul presupposto della mancanza di trasparenza e di informazioni chiare su come funziona l'algoritmo nella piattaforma che, di fatto, impedisce ai lavoratori (anche a quelli che vorrebbero genuinamente lavorare in forma autonoma) di prendere decisioni consapevoli e responsabili che li riguardano. Proprio nelle piattaforme, dunque, che sono l'esempio più emblematico di gestione tramite il *management* algoritmico⁴²⁷, la Commissione ha ipotizzato di introdurre una cosiddetta presunzione confutabile⁴²⁸ di relazione di lavoro subordinato, con inversione dell'onere della prova della natura autonoma del rapporto. La presunzione confutabile della natura subordinata del rapporto, dunque, quale baluardo contro il potere computazionale delle piattaforme, che obbligherebbe – ancora una volta – il *management* algoritmico a dare la prova dei “controfattuali algoritmici”; vale a dire la prova di come e perché il rapporto del lavoratore delle piattaforme, nonostante la “subordinazione tecnologica-informativa” che caratterizza il rapporto stesso dovrebbe considerarsi genuinamente autonomo.

Per ovviare ai rischi di opacità e imperscrutabilità della gestione algoritmica, poi, la recente proposta di direttiva citata del 2021 ha previsto una serie di obblighi informativi/esplicativi per le piattaforme di lavoro digitali (cfr. artt. 6, 7 e 8) che vanno oltre il semplice e generico diritto ad essere «pienamente e tempestivamente informati per iscritto» delle condizioni di lavoro già previsto dalla direttiva 2019/1152, già applicabile ai lavoratori delle piattaforme⁴²⁹; quale l'obbligo di informare i lavoratori in merito ai sistemi di monitoraggio automatizzati utilizzati per monitorare, supervisionare o valutare l'esecuzione del lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali con mezzi elettronici; nonché l'obbligo di informare i lavoratori medesimi in merito ai sistemi decisionali automatizzati utilizzati per prendere o sostenere decisioni che incidono significativamente sulle condizioni di lavoro, quali, ad esempio l'accesso agli incarichi, i guadagni, la salute e sicurezza sul lavoro, l'orario di lavoro, le promozioni, le eventuali sospensioni o la chiusura del loro *account*, ecc. La sopra citata proposta di direttiva del 2021, dunque, ha imposto alle piattaforme di lavoro, un vero e proprio obbligo di rendere ai lavoratori le informazioni richieste in tempi rapidi, in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. L'oggetto delle informazioni si presenta più ampio rispetto a quello delle norme del GDPR: le informazioni riguardano sia l'introduzione che l'uso dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, le categorie di azioni monitorate, supervisionate o valutate anche tramite procedure di *rating*, le categorie di decisioni e i principali parametri che i sistemi impiegano per assumerle. Allo stesso tempo, inoltre, la proposta di direttiva sulle piattaforme digitali ha previsto un obbligo di monitoraggio umano dei sistemi automatizzati (su cui v. *infra* par. 6), nonché un obbligo di spiegazione scritta della decisione e di riesame motivato della stessa, cui potrebbe seguire – in caso di accertamento della violazione della decisione automatizzata dei diritti del lavoratore – un

⁴²⁷ Si rinvia alla Voce *Management algoritmico*, in BORELLI, BRINO, FALERI, LAZZERONI, TEBANO, ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 150 ss.; SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, cit.

⁴²⁸ Sul punto si rinvia a 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?*, cit., 10 ss.; DONINI, *Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme*, cit.

⁴²⁹ 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?*, cit., 18.

obbligo di immediata rettifica della decisione presa dal *management* algoritmico, o – ove ciò non sia possibile – una compensazione adeguata.

Se, pertanto, nell'ambito del GDPR il cosiddetto *right to explanation* è ancora da ricercare con difficoltà tra le pieghe dell'art. 22⁴³⁰, nel diritto del lavoro esso si presta ad assurgere a vero e proprio diritto alla comprensibilità della decisione automatizzata che riguarda il lavoratore delle piattaforme e non, la sua promozione, il suo trasferimento, la sua produttività. Si tratta di un diritto alla spiegazione che, presumibilmente, non andrà confuso con il diritto alla motivazione degli atti datoriali già – come è noto – legificato a partire dagli anni sessanta e, soprattutto, settanta con lo Statuto dei lavoratori⁴³¹, ma che, di fronte a comportamenti datoriali non spiegabili (come nel caso dell'algoritmo di assegnazione *Frank* di *Deliveroo* ampiamente analizzato da Tribunale di Bologna⁴³²), consente spazi di valutazione ulteriori sugli atti datoriali unilaterali non giustificabili e nemmeno spiegabili in sede processuale⁴³³, non solo in funzione di verifica della discriminatorietà degli atti stessi, tenuto conto che l'algoritmo cieco quando vuole può togliersi la benda, ma più in generale in funzione di controllo della razionalità degli atti datoriali, sulla cecità e incoscienza delle scelte e sui presupposti di esercizio delle stesse prerogative imprenditoriali gestite tramite sistemi automatizzati e/o di apprendimento automatico.

6. Il diritto alla supervisione umana e alla umanizzazione del linguaggio dell'algoritmo. La necessità di una comunicazione antropocentrica.

La riduzione, se non l'azzeramento degli spazi di intervento umano nell'attività contrattuale è tema che già da qualche anno attraversa e divide i civilisti⁴³⁴ che studiano i fenomeni degli *Smart contracts*, delle *Blockchains*⁴³⁵, delle *Distributed Ledger Technologies (DTL)*, vale a dire di

⁴³⁰ Per alcuni riferimenti al dibattito cfr. WATCHER, MITTELSTADT, FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 105 ss., secondo i quali «The right to contest a decision, to obtain human intervention or to express views granted in Article 22 (3) may be meaningless if the data subject cannot understand how the contested decision was made. To this end, a right to explanation can be introduced requiring data controllers to provide information about the rationale of the contested decision»; v. pure MALGIERI, COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017; GOODMAN, FLAXMAN, *EU Regulations on Algorithmic Decision-Making and a Right to Explanation*, in *AI Magazine*, 2017; SELBST, POWLES, *Meaningful Information and the Right to Explanation*, in *International Data Privacy Law*, 2017; v. anche GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *LLI*, 2020, n. 2, 21 ss.

⁴³¹ Sull'informazione come motivazione dell'atto v. FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 64 ss.; GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, cit., 20 ss.; nonché PERULLI, *I diritti di informazione*, cit., 24 ss.

⁴³² Cfr. ordinanza del Tribunale di Bologna, 31 dicembre 2020 su cui BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit.; BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit.; PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 2021, 1 ss.; BORELLI, RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*, in *LLI*, 2021, n. 1; PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit.

⁴³³ Nell'ordinanza di Bologna, infatti, fondamentale per l'accertamento della discriminazione è stata «la mancata allegazione e prova, da parte della società resistente, del concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo che elabora le statistiche dei rider preclude in radice una più approfondita disamina della questione» e «la società [...] non ha mai chiarito quali specifici criteri di calcolo vengano adottati per determinare le statistiche di ciascun rider, né tali specifici criteri vengono pubblicizzati sulla piattaforma».

⁴³⁴ Per una riflessione generale sui cambiamenti del diritto privato a seguito della diffusione delle nuove tecnologie v. QUARTA, SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020.

⁴³⁵ Sull'applicazione di tale tecnologia al diritto del lavoro, v. *Voce Blockchain* in BORELLI, BRINO, FALERI, LAZZERONI, TEBANO, ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 33 ss.

tecnologie che consentono di affidare in modo sicuro alle macchine le fasi di conclusione ed esecuzione dell'accordo, secondo lo schema in base al quale la macchina legge il *code*, valida, archivia su una pluralità di registri ed esegue⁴³⁶. In base al principio *Code is law*⁴³⁷, il contratto è governato da un codice che opera secondo una struttura logica automatica – *if this then that* – integralmente governata da una macchina, che ne garantisce, o meglio ne dovrebbe garantire, la corretta e puntuale esecuzione. Sebbene il dibattito dei civilisti si concentri sull'applicabilità o meno, e con quali adattamenti, della disciplina sui contratti agli *Smart Contracts*, il fenomeno dei codici che implementano regole di condotta umane è oggetto di interventi regolativi – eurounitari e nazionali – che tuttavia, pur adottando una serie di precauzioni per le parti più deboli coinvolte, non ne mettono in dubbio le potenzialità applicative, anche in termini di certezza del diritto.

La fiducia nei codici e nei processi automatizzati, come è noto, è invece fortemente revocata in dubbio, quando il processo decisionale non umano, quello governato da forme di intelligenza artificiale, sia destinato ad avere effetti sulla vita delle persone e sui suoi diritti fondamentali. In questa prospettiva, al fine di creare un «ecosistema di fiducia», l'Unione europea⁴³⁸ ha proposto lo sviluppo di una IA antropocentrica, basata su una tecnologia "affidabile", trasparente, conoscibile, pertinente, controllata, sorvegliata dall'uomo, responsabile. Le decisioni automatizzate, per rimanere antropocentriche dovrebbero essere ispirate all'approccio *human-in-the-loop* (HITL)⁴³⁹, vale a dire a un approccio tecnologico e organizzativo che colloca la conoscenza e l'esperienza delle persone al centro dei processi decisionali governati da algoritmi, assicurando appunto la sorveglianza umana sul funzionamento dei processi decisionali automatizzati; ciò per evitare effetti "distorsivi dell'automazione", per interpretare correttamente e con criteri e valori umani gli *output*, preservando la possibilità per l'uomo addetto alla sorveglianza di decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare l'*output* medesimo, di ignorarlo, annullarlo o ribaltarlo.

Cruciale per il diritto del lavoro è, pertanto, il tema delle decisioni non umane e delle cosiddette «tecnologie di decisione»⁴⁴⁰, ad alto rischio⁴⁴¹, vale a dire quelle destinate ad incidere sul rapporto di lavoro e sulla vita e dignità della persona che lavora. La dottrina lavoristica sta ampiamente studiando come la perfetta razionalità algoritmica, per definizione neutra, oggettiva, e dunque sempre in astratto preferibile rispetto ad un intervento umano cognitivamente limitato o intenzionalmente viziato da finalità illecite, possa in realtà produrre decisioni irrazionali se non

⁴³⁶ MAUGERI, *Smart Contracts*, in *Enciclopedia del diritto, Contratto*, diretto da D'AMICO, Milano, 2021, 1132 ss.

⁴³⁷ LESSIG, *Code and Other Law of Cyberspace*, New York, 1999; QUARTA, SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., 59 ss.

⁴³⁸ Da meno di un decennio l'IA ha suscitato l'interesse delle istituzioni europee; interesse che ha portato alla pubblicazione del Libro bianco del febbraio del 2020 sull'intelligenza artificiale (COM (2020) 65 del 19 febbraio 2020, il Libro Bianco si inserisce nella strategia europea L'intelligenza artificiale per l'Europa, COM (2018) 237 del 25 maggio 2018), ma anche – più di recente – alla nuova proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale presentata di recente dalla Commissione europea (COM(2021) 206 del 21 maggio 2021).

⁴³⁹ Cfr. *Voce Human-in-the-loop*, in BORELLI, BRINO, FALERI, LAZZERONI, TEBANO, ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 126 ss.

⁴⁴⁰ LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piatta-forme*, in *federalismi.it*, 2022.

⁴⁴¹ Nella 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 21.4.2021, nell'Allegato III – dedicato alla individuazione dei sistemi di Intelligenza Artificiale considerati "ad alto rischio" – sono stati inclusi «i sistemi di IA destinati a 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 [nonché] per adottare decisioni in materia di promozione e cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro».

discriminatorie: algoritmi irrazionali, ciechi, specchio⁴⁴², deterministici, non-deterministici e di apprendimento automatico⁴⁴³, producono discriminazioni⁴⁴⁴, mettono in crisi il diritto del lavoro, stimolano l'attivazione di tutti i formanti della regolazione: quello legislativo, di cui alla proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali, alla proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale; ma anche quello giurisprudenziale⁴⁴⁵.

Di particolare interesse sono soprattutto le previsioni contenute nella proposta di direttiva sul lavoro nelle piattaforme di lavoro digitali più volte richiamata, che ha stabilito un vero e proprio obbligo di monitoraggio umano, finalizzato appunto a valutare periodicamente l'impatto sulle condizioni di lavoro delle decisioni individuali prese o sostenute dai sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati; in maniera molto specifica, peraltro, la proposta di direttiva citata (cfr. art. 7) si spinge a prevedere un vero e proprio obbligo per le piattaforme di garantire risorse umane sufficienti per monitorare l'impatto delle decisioni individuali prese o sostenute dai sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, stabilendo altresì che le persone incaricate dalla piattaforma di lavoro digitale di svolgere la funzione di monitoraggio dispongono della competenza, della formazione e dell'autorità necessarie per esercitare tale funzione; nonché che, in virtù di tale ruolo, gli operatori addetti alla descritta attività di supervisione godano di protezione "rafforzata" 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. Così come, in maniera molto specifica, la proposta medesima prevede un obbligo per gli Stati membri di imporre alle piattaforme digitali di fornire ai lavoratori del settore la possibilità di rivolgersi a una persona di contatto (competente, adeguatamente formata al ruolo e con l'autorità necessaria a svolgere tale funzione) designata dalla piattaforma per discutere e chiarire i fatti, le circostanze e i motivi di tale decisione algoritmica; ed ancora, un obbligo di fornire al lavoratore una motivazione scritta per qualsiasi decisione presa o sostenuta da un sistema decisionale automatizzato di limitare, sospendere o chiudere l'*account* del lavoratore delle piattaforme digitali medesime, qualsiasi decisione di non retribuire il lavoro svolto dal lavoratore, qualsiasi decisione in merito alla situazione contrattuale del lavoratore o qualsiasi decisione con effetti analoghi; ed, infine, la proposta prevede, ove i lavoratori non siano soddisfatti della spiegazione o della motivazione scritta ottenuta o ritengano che la decisione algoritmica violi i loro diritti, il diritto dei lavoratori stessi di chiedere alla piattaforma di lavoro digitale di riesaminare tale decisione, cui corrisponde l'obbligo per la piattaforma di rispondere a tale richiesta fornendo al lavoratore una risposta motivata senza indebito ritardo e in ogni caso entro una settimana dal ricevimento della richiesta, rettificando la decisione automatizzata ove risultati accertato che la stessa abbia violato i diritti del lavoratore oppure, qualora tale rettifica non sia possibile, offrendo al lavoratore una "compensazione adeguata".

⁴⁴² Su tale differenziazione si rinvia a LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, cit.

⁴⁴³ PERUZZI, *Intelligenza artificiale, poteri datoriali e tutela del lavoro*, cit.

⁴⁴⁴ PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit., 48 ss.

⁴⁴⁵ Cfr. LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, cit.

7. Il decreto trasparenza 2022 e la corsa in avanti del legislatore italiano.

Il legislatore italiano, poche settimane fa, ha approvato il d.lgs. n. 104 del 27 giugno 2022, con il quale è stata data attuazione alla direttiva 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili. Si tratta di una disciplina molto complessa che riscrive il d.lgs. n. 152 del 1997 e, con esso, il diritto all'informazione sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro e sulle condizioni di lavoro e la relativa tutela del personale che opera nelle imprese private e nelle pubbliche amministrazioni. Diverse sono le informazioni che (ai sensi dell'art. 4) il datore di lavoro deve comunicare a ciascun lavoratore in modo chiaro e trasparente, in formato cartaceo oppure elettronico, curando di conservarle e renderle accessibili al lavoratore, conservandone la prova della trasmissione o della ricezione per la durata di cinque anni dalla conclusione del rapporto di lavoro. Di particolare interesse, per quel che concerne il tema oggetto del presente lavoro, è la previsione (art. 4, comma 8) che introduce nel citato d.lgs. n. 152 del 1997, un nuovo art. 1-bis, titolato «Ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati», il quale prevede – innovando anche il dettato della direttiva 2019/1152 – che il datore di lavoro o il committente pubblico e privato «è tenuto a 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. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300».

Chiariti, in generale, gli ambiti oggetto di informazione, in maniera ancora più dettagliata, il comma 2, del nuovo art. 1-bis, prevede inoltre che ai fini dell'adempimento degli obblighi di cui sopra, il datore di lavoro o il committente è tenuto a fornire al lavoratore, prima dell'inizio dell'attività lavorativa, le seguenti ulteriori informazioni: a) gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati; b) gli scopi e le finalità di tali sistemi; c) la logica ed il funzionamento degli stessi; d) le categorie di dati e i parametri principali utilizzati per programmarli o addestrarli, 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* e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse. Accanto a tali obblighi di informazione, il comma 3, del citato art. 1-bis, prevede, inoltre, un ampio diritto di accesso a tali informazioni: si prevede, infatti, che – in ogni momento – il lavoratore, direttamente o per il tramite delle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali, abbia diritto di accedere ai dati e di richiedere ulteriori informazioni concernenti gli obblighi informativi citati. A sua volta, inoltre, il decreto in commento, prevede che il datore di lavoro o il committente siano tenuti a trasmettere i dati richiesti e a rispondere per iscritto entro trenta giorni dalla richiesta.

I commi successivi del nuovo art. 1-bis prevedono, inoltre, misure di coordinamento con il GDPR⁴⁴⁶, nonché una tempistica molto stretta in materia di comunicazione di modifica delle

⁴⁴⁶ Ai sensi del comma 4, del nuovo art. 1-bis, «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 le attività di cui al comma

condizioni contrattuali, prevedendosi un diritto dei lavoratori di essere informati per iscritto, almeno 24 ore prima, di ogni modifica incidente sulle informazioni precedentemente fornite, che comportino variazioni delle condizioni di svolgimento del lavoro. Il comma 6, dell'art. 1-bis citato, infine, ribadisce i requisiti "linguistici" e strutturali delle informazioni, prevedendosi che le informazioni medesime debbano essere comunicate dal datore di lavoro o dal committente ai lavoratori in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico. Si tratta, come si è detto, di un diritto di informazione "di terza generazione" che si fonda su un obbligo, posto in capo al datore di lavoro, di trasformare e commutare il linguaggio e la logica delle macchine in un linguaggio comprensibile all'uomo, razionalmente spiegabile e, di conseguenza, verificabile nella sua potenziale lesività di tutti i diritti posti dalla legislazione lavoristica a tutela della persona coinvolta nel rapporto di lavoro.

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.

È di tutta evidenza come la disciplina citata rappresenti una vera e propria corsa in avanti del legislatore italiano, il quale – pur senza esservi ancora tenuto – ha individuato un obbligo informativo che si spinge addirittura a imporre una spiegazione delle logiche e del funzionamento dei sistemi automatizzati, le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile "umano" del sistema di gestione della qualità, le metriche e le valutazioni di impatto dei possibili effetti discriminatori. Si tratta di previsioni nuove e certamente dirompenti, sulle quali occorrerà approfondire, soprattutto in quanto la loro applicazione potrebbe essere foriera di contenzioso. Il diritto di accesso, di informativa e di chiarimento della logica e del funzionamento dei sistemi automatizzati è attribuito al singolo, ma anche alle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali, che quindi potranno svolgere un ruolo attivo di verifica della comprensibilità delle informazioni rese. Per fornire ai lavoratori le informazioni richieste il datore di lavoro dovrà analizzare puntualmente i sistemi automatizzati in uso per descriverne, ad esempio logica e funzionamento, dati e parametri di programmazione, impatti potenzialmente discriminatori e così via. Il datore di lavoro dovrà, dunque, censire gli strumenti automatizzati decisionali o di monitoraggio automatizzati in uso e, per ciascuno strumento, dovrà rendere leggibile e spiegabile la finalità di utilizzo, i dati personali trattati, i profili del rapporto di lavoro impattati, le misure previste per garantire sicurezza e affidabilità del sistema. In caso di strumenti che risultino particolarmente invasivi, determinare anche le logiche del sistema, dati e parametri usati per programmarlo, meccanismi di valutazione e misure di controllo in caso di decisioni automatizzate, parametri per la valutazione del sistema e relativi impatti potenzialmente discriminatori, che dunque dovranno essere esplicitati in una logica prevenzionale. Una volta identificate

1, incluse le attività di sorveglianza e monitoraggio. Al fine di verificare che gli strumenti utilizzati per lo svolgimento della prestazione lavorativa siano conformi alle disposizioni previste dal Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, 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'articolo 36 del Regolamento medesimo».

le informazioni rilevanti, queste devono essere “linguisticamente tradotte” in un formato strutturato e di uso comune e rese fruibili anche da dispositivi automatici. L’onere informativo, come si è detto, è ulteriormente proceduralizzato, prevedendo il decreto l’obbligo di condividere le informazioni anche con soggetti terzi (le rappresentanze sindacali aziendali e, su richiesta, il Ministero del lavoro e l’Ispettorato nazionale del lavoro, che – ai sensi dell’art. 4, del d.lgs. n. 152 del 1997, come modificato dal d.lgs. n. 104 in commento – ha il ruolo di compiere i necessari accertamenti, nonché di esercitare gli specifici poteri sanzionatori previsti dall’art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003⁴⁴⁷).

Si tratta di disposizioni che certamente confermano come, nel prossimo futuro, le prospettive di controllo dei poteri datoriali automatizzati siano destinate a passare anche e soprattutto per la trasparenza, l’informazione e la spiegazione, insomma, per una logica procedurale-esplicativa che obbliga i datori di lavoro a dotarsi di vere e proprie figure di *explainer*, di *transparency analyst*, di *explainability strategist*⁴⁴⁸, vale a dire di figure in grado di spiegare il funzionamento dei processi decisionali automatizzati, di *machine learning*, le logiche sottese, le ricadute gestionali, il tutto tramite una riumanizzazione del linguaggio che permetta di comprendere il processo generativo della decisione e che, inevitabilmente, aprirà spazi di controllo su quello che decidono gli algoritmi e sulle ricadute in termini di compressione dei diritti “tradizionali” della persona che lavora.

8. Trasparenza e supervisione umana: prospettive e potenzialità delle nuove forme di proceduralizzazione dei poteri datoriali.

Trasparenza, spiegazione e riesame umano delle decisioni automatizzate presuppongono atti linguistici estrinsecabili in un testo, ma da inquadrare in un contesto, da rapportare a un destinatario che deve poterlo comprendere, verificare e razionalizzare con le proprie capacità umane. In materia di lavoro, dunque, il diritto alla trasparenza delle condizioni di lavoro, all’informazione “umanizzata di terza generazione”, alla spiegazione delle decisioni automatizzate e alla supervisione e al riesame umano confermano, in chiave prospettica, il modello antropocentrico di IA proposto dalle istituzioni eurounitarie. Se è vero infatti che sono elevati i rischi di una supervisione umana «eccessivamente “compiacente” rispetto alla decisione algoritmica cui invece dovrebbe sovrintendere»⁴⁴⁹, per cui la necessaria presenza di un intervento umano potrebbe rivelarsi di scarsa incisività dal momento «che il validatore/decisore umano potrà incorrere nella comprensibile tentazione di conformarsi alla decisione algoritmica, al fine di scongiurare le conseguenze negative che egli potrebbe dover fronteggiare a seguito di una eventuale divaricazione»⁴⁵⁰, è anche vero che i citati nuovi diritti in via di definizione, ma in parte già “giuridificati” con il d.lgs. n. 104 del 2022, agli occhi del giurista del lavoro nazionale, si collocano in una dimensione contrattuale che non può non influenzarne le dinamiche. Tale dimensione contrattuale si presta, infatti, a essere vagliata alla luce della teoria dei limiti alle prerogative datoriali, quali limiti interni (nell’accezione che esclude il riferimento alle tecniche di funzionalizzazione del potere e alla ipotetica sussistenza

⁴⁴⁷ Vale a dire la sanzione amministrativa pecuniaria da 250 a 1.500 euro per ogni lavoratore interessato.

⁴⁴⁸ DAUGHERTY, WILSON, *Human+Machine. Ripensare il Lavoro nell’età dell’intelligenza artificiale*, cit., 24 ss.

⁴⁴⁹ ZERILLI, KNOTT, MACLAURIN, GAVAGHAN, *Algorithmic Decision-Making and the Control Problem*, in *Minds and Machines. Journal for Artificial Intelligence, Philosophy and Cognitive Science*, 2019, 555 ss.

⁴⁵⁰ LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, cit., 15.

di un vincolo di scopo), vale a dire quelli ricavabili dall'oggetto del contratto che condizionano l'esercizio del potere direttivo⁴⁵¹, ma anche e soprattutto come limiti esterni, *in primis* il principio della buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.)⁴⁵², interpretato quale forma di attuazione del principio costituzionale di solidarietà, che impone al creditore dell'obbligazione di lavoro di porre in essere atti giuridici compatibili con gli equilibri generali dell'ordinamento giuridico⁴⁵³.

Come è stato lucidamente analizzato da Patrizia Tullini in un recente saggio⁴⁵⁴, «l'irruenza dei fattori condizionanti nello scenario globalizzato ha indebolito la dottrina dei limiti esterni e interni, eppure – per quanto possa apparire curioso – la legislazione inaugurata dal nuovo secolo non se n'è molto allontanata»; per cui, da una parte, «le riforme succedutesi a catena non hanno introdotto un nuovo lessico giuridico né criteri inediti per il controllo dell'autorità aziendale; hanno influito piuttosto sul dosaggio del garantismo per via giudiziale»; dall'altra, è accaduto che «la dottrina dei limiti del potere datoriale – in certe sue espressioni – abbia decisamente spostato l'asse sulla protezione dei diritti umani, con un'impronta meta-positiva e (quasi) giusnaturalistica, che traspare dalla referenza del termine "inviolabile"»⁴⁵⁵. A fronte della diffusione di modelli gestionali del lavoro algoritmici che stravolgono le logiche di esercizio del potere e la stessa razionalità tecnico-produttiva non più identificabile con la razionalità umana è, pertanto, più che mai attuale la riproposizione di domande sul se possa ancora servire la dottrina dei limiti interni ed esterni, sulle modalità che può assumere il controllo del potere tecnologico, sul futuro del garantismo giurisprudenziale dei diritti dei lavoratori. Se, tuttavia, l'*habitat* tecnologico può indurre al pessimismo⁴⁵⁶ sulla incisività e sulla possibile operatività di posizioni strumentali quali il diritto alla spiegazione, alla leggibilità del processo informatico, alla trasparenza, così come sulla possibilità di riproporre le forme consuete del sindacato giudiziale su un potere, quello datoriale organizzativo oggettivizzato dalla tecnologia, pare preferibile ritenere che proprio in questa fase di potenziale rivincita dell'organizzazione sul contratto sia compito del giurista del lavoro riprendere in mano "gli attrezzi del mestiere", individuando limiti ai poteri datoriali tecnologizzati in grado di consentire un controllo sulla "ragionevolezza" degli atti gestionali posti in essere sulla base di parametri di valutazione umani. Se compito del diritto del lavoro è quello di «intervenire sul rapporto di potere, rendendolo più equo e meno asimmetrico»⁴⁵⁷, riconducendolo a razionalità, è indubitabile che oggi tale compito debba essere ripensato anche nell'ottica di una riconduzione a una razionalità spiegabile, verificabile e soprattutto che resti tipicamente umana.

⁴⁵¹ MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, cit., 1285.

⁴⁵² Solo sinteticamente sul punto si richiama MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *ADL*, 1999, 723 ss.; MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro*, in *LD*, 1996, 139 ss.; PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *DL*, 1995, 135 ss.; TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990.

⁴⁵³ PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *RGL*, 2002, 3 ss.

⁴⁵⁴ TULLINI, *La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo*, in *LD*, 2021, 429 ss.

⁴⁵⁵ TULLINI, *La questione del potere nell'impresa*, cit., 433.

⁴⁵⁶ TULLINI, *La questione del potere nell'impresa*, cit., 437. Scettico sulle reali possibilità di riumanizzare le decisioni algoritmiche è anche GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro, le decisioni automatiche e i loro limiti. La regolazione di fenomeni incomprensibili*, in D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., 461 ss. Più possibilista, come si è detto, è la posizione di PERUZZI, *Intelligenza artificiale, poteri datoriali e tutela del lavoro*, cit.

⁴⁵⁷ PERULLI, SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, cit., 69.

In tale prospettiva, deve ritenersi che l'obbligo di trasparenza, le informazioni da rendere, le spiegazioni e il riesame umano, identifichino strumenti e tecniche per costruire un «mondo comune giustificabile»⁴⁵⁸; strumenti che, collocati all'interno della logica del contratto di lavoro entro cui si inseriscono, connotano una nuova e inedita forma di proceduralizzazione dei poteri datoriali esercitati tramite ausilio di sistemi automatizzati, aprendo potenziali e nuove breccie al governo della discrezionalità: trasparenza, spiegabilità, comprensibilità e umanizzazione della decisione, si candidano a operare in funzione di nuovi strumenti di limite-controllo esterno ed interno dei poteri che l'imprenditore esercita nell'ambito delle prerogative che gli sono riconosciute dal contratto di lavoro, riconducendo entro margini di ragionevolezza e di contemperamento degli interessi il potere datoriale, in funzione di riequilibrio della dimensione mercantile, digitalizzata e disumanizzata del rapporto obbligatorio a favore di quella sociale. L'informativa, la spiegazione, il riesame umano, come sembra confermare anche il d.lgs. n. 104 del 2022, si attecchiscono a strumenti di proceduralizzazione del potere potenzialmente in grado di controllare l'esercizio del potere stesso: i diritti che da essi discendono in capo ai lavoratori, in altre parole, a secondo della forza con la quale verranno esercitati, reclamati e giudizialmente pretesi dal singolo, ma anche dall'organizzazione sindacale, potranno tramutarsi in «vincoli gravanti sull'imprenditore, di rispettare, nell'esercizio delle sue prerogative, procedimenti in cui intervengono, con gli strumenti per influenzarne il corso, i destinatari dell'atto finale, o i loro rappresentanti, allo scopo di costringere l'autore a tenere conto dei loro interessi»⁴⁵⁹ in linea con i valori espressi nella grammatica costituzionale.

L'obbligo di trasparenza, le informazioni da rendere, le spiegazioni e il riesame umano, assurgono alla categoria di nuovi e inediti obblighi integrativi e/o di protezione⁴⁶⁰, che ampliano il contenuto del rapporto obbligatorio, e – integrando l'obbligazione datoriale principale – assicurano e si pongono come funzionali alla garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni che il contratto pone a favore della parte contrattuale più debole, il lavoratore. Obblighi informativi, di spiegazioni e di riesame umano che, attraverso una integrazione secondo buona fede del contratto, hanno la funzione di tutelare la parte contrattuale più debole contro i rischi specifici cui essa si espone nella svolgimento della prestazione sotto la direzione di un datore di lavoro con poteri computazionali non umani, che possono ledere – in maniera più o meno occulta, opaca, o scarsamente comprensibile – la sua dignità, la sua identità e i suoi diritti di prestatore di lavoro subordinato.

La sfida del diritto del lavoro 4.0, oltre alla riproposizione anche in forma innovativa e modulare⁴⁶¹ delle tecniche di tutela tradizionali, alla corretta prospettiva di valorizzazione del diritto antidiscriminatorio⁴⁶² e del necessario ruolo sindacale⁴⁶³, nonché della disciplina degli oneri probatori

⁴⁵⁸ PERULLI, SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, cit., 25.

⁴⁵⁹ ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Milano, 1988, 168.

⁴⁶⁰ MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. *Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.,

⁴⁶¹ CARUSO, ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro «tridimensionale»: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, cit., 23 ss.

⁴⁶² DE SIMONE, *Discriminazioni*, in NOVELLA, TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 127 ss.

⁴⁶³ CARUSO, *Il lavoro digitale: una sineddoche divisiva*, cit., che ricorda come «sul piano sindacale, oltre a nuovi strumenti di aggregazione, reclutamento e conflitto, attraverso i *social*, anche un uso più strategico del diritto processuale collettivo: l'art. 28 in alternativa ragionata, caso per caso, tribunale per tribunale, alle azioni collettive antidiscriminatorie; novità recente, la sperimentazione per la prima volta in Italia, a tutela dei lavoratori delle piattaforme, della *class action*, come ha fatto la CGIL a Milano; non si disdegna, infine, neppure la strategia di «penalizzazione» del diritto del lavoro, come dimostra il sostegno di una parte della dottrina giuslavorista

nelle azioni fondate sulla violazione di un limite legale all'esercizio dei poteri datoriali⁴⁶⁴, è pertanto anche quella di ripensare la teoria dei limiti interni ed esterni alle prerogative datoriali, e con essa l'assoggettamento al controllo di razionalità e proporzionalità dell'esercizio del potere⁴⁶⁵; ciò anche servendosi dei concetti valvola che consentono al diritto di fornire soluzioni al dinamismo sociale, laddove le diverse tecniche della fattispecie⁴⁶⁶ e della tipizzazione non sempre appaiono in grado di fotografare una realtà troppo veloce e troppo complessa. L'obbligo di trasparenza, le informazioni da rendere, le spiegazioni e il riesame umano, interpretati alla luce del principio di buona fede, in altre parole, nel consentire l'individuazione di comportamenti social-tipici, integrativi, obbligatori, accettabili nella coscienza sociale in un dato momento storico, devono pertanto porsi l'obiettivo di costituire parametri di riumanizzazione dei poteri datoriali, solo apparentemente oggettivizzati in maniera asettica degli algoritmi, e di riequilibrio dell'assetto contrattuale, in funzione correttiva degli squilibri anche informativi e di rafforzamento dei diritti più tradizionali della persona che lavora.

Per tornare al tema iniziale che ha ispirato il presente lavoro, è possibile concludere affermando che il linguaggio delle tecnologie sia spesso oscuro, complesso, divisivo, crea opportunismi, accentua le disuguaglianze e gli squilibri di potere. Però è anche da lì che si deve ripartire per ricercare nuovi criteri di razionalità nel diritto del lavoro, nonché nuovi equilibri e nuovi bilanciamenti valoriali. Ancora una volta nella storia, il diritto in generale, e quello del lavoro in particolare, attraverso il linguaggio, la spiegazione, la comunicazione e la supervisione umana, deve aspirare a poter funzionare da «trasformatore», garantendo che tramite l'agire comunicativo «non si spezzi la rete della comunicazione generale che tiene insieme tutta la società»⁴⁶⁷; vale a dire che, seppure in una frantumazione di possibili sottosistemi, «i vincoli illocutivi degli atti linguistici siano utilizzati per coordinare tra loro i piani di azione di attori diversi» tramite, appunto, «un linguaggio intersoggettivamente condiviso»⁴⁶⁸, ma anche accettabile dal punto di vista valoriale nella prospettiva costituzionale.

(anche non necessariamente giustizialista) all'azione repressiva della procura di Milano, che ha avuto un primo esito positivo, in questi giorni, con le condanne per il reato di caporalato digitale e ampi risarcimenti alle parti civili: i 44 fattorini e il sindacato (la vicenda di flash road che operava per conto di *Uber Eat*). V. inoltre le *Voci Contrattazione dell'algoritmo, Cyber sindacato, Diritti collettivi dei lavoratori digitali*, in BORELLI, BRINO, FALERI, LAZZERONI, TEBANO, ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit.; DE STEFANO, "Negotiating the Algorithm": *Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection*, in *CLL&PJ*, 2019, vol. 41, n. 1, 15 ss.

⁴⁶⁴ GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, cit., 33 ss.; PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit.

⁴⁶⁵ PERULLI, SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, cit., 74. Cfr. pure PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2005, 1 ss.

⁴⁶⁶ Su cui si rinvia ampiamente a ZOPPOLI, *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, Giornate di Studio AIDLASS 2022, 16-17 giugno 2022.

⁴⁶⁷ HABERMAS, *Fatti e norme*, Bari, ed. 2013, 69.

⁴⁶⁸ HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 26 e 35. Sul ruolo dei processi comunicativi nel diritto del lavoro DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *LD*, 2013, 37 ss.