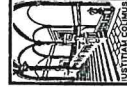


ANTONIO VALLEBONA

LAVORO:
RACCONTO
PER TUTTI



G. Giappichelli Editore

2013

vo, secondo cui ogni corporazione di categoria riuniva un sindacato dei lavoratori e un sindacato degli imprenditori, che stipulavano tra loro contratti collettivi con efficacia generale per tutti gli appartenenti alla categoria. Era formalmente riconosciuta la libertà sindacale, ma in sostanza gli unici sindacati erano quelli fascisti che facevano parte della corporazione.

Lo sciopero e la serrata erano reati, perché l'ordinamento corporativo intendeva superare il conflitto tra capitale e lavoro, che dovevano collaborare nel superiore interesse dell'economia e della produzione nazionale (cfr. artt. 2085 e 2104 cod. civ.).

C. Leggi di protezione del lavoratore

Nel ventennio fascista la protezione del lavoratore crebbe, sia mediante i contratti collettivi, sia mediante l'intervento del legislatore.

Le leggi più importanti furono quelle sull'orario di lavoro del 1923, rimasta in vigore fino al 2003, sul riposo settimanale e festivo (1934), sulla previdenza (1929, 1935).

Si era aggiunto il codice civile del 1942, che sarà trattato nel capitolo seguente.

4. Il codice civile del 1942

A. Un codice ancora in vigore

Il provvedimento fondamentale per il diritto privato nel ventennio fascista è stato il codice civile del 1942, redatto da giuristi imparziali e non a caso ancora in vigore nelle parti essenziali.

Si commentano le norme più rilevanti ai nostri fini.

B. La sostituzione delle clausole difformi del contratto individuale

Nel codice civile ci sono due norme che contengono la parola magica "sostituzione".

Invero le clausole difformi del contratto individuale vengono sostituite di diritto dalle norme legali imperative (art. 1419, comma 2) e dalle disposizioni dei contratti collettivi (art. 2077, comma 2).

Solo così si realizza l'eguaglianza sostanziale dei contraenti, perché la parte debole del contratto (ovvero il lavoratore), se acconsente a un trattamento peggiorativo, viene protetta dalla legge e dal contratto collettivo, che hanno entrambi effetto sostitutivo.

C. Lavoro subordinato, autonomo e parasubordinato

La definizione del lavoro subordinato (art. 2094), rimasta invariata, prevede che il prestatore deve lavorare “alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore” (c.d. eterodirezione mediante ordini specifici).

Si noti, per differenza, la definizione del lavoratore autonomo (art. 2222), anch’essa rimasta invariata, il quale opera “senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente”.

Una fattispecie intermedia (c.d. lavoro parasubordinato), non prevista dal codice civile ma da leggi successive, consiste nelle collaborazioni personali continuative e coordinate (co.co.co.), che rientrano sempre nel lavoro autonomo ma fornite di qualche tutela (ad es. rito del lavoro). La distinzione tra subordinazione e coordinamento è difficile, sicché nel 2003 il legislatore aveva previsto che queste collaborazioni si dovevano fondare su un progetto (c.d. co.co.pro.), la cui inesistenza o la cui violazione trasformava il contratto di lavoro autonomo in un contratto di lavoro subordinato. Infine il legislatore nel 2015 ha abolito il lavoro a progetto, prescrivendo che alle collaborazioni eterorganizzate dal committente anche per il luogo e per i tempi di lavoro si applicano tutte le norme del lavoro subordinato.

D. Categorie dei lavoratori

Le categorie dei lavoratori subordinati (operai, impiegati, dirigenti) sono previste dall’art. 2095, a cui si è aggiunta, nel 1985, la categoria dei quadri.

Negli anni ’70 la contrattazione collettiva ha previsto l’inquadramento unico di operai (colletti blu) e impiegati (colletti bianchi) per attenuare le diseguaglianze economiche e normative ed anche sociali (ad esempio negli anni ’50 era difficile che un figlio di un operaio sposasse una figlia di un impiegato).

E. Prova

Il patto di prova (art. 2096), che è facoltativo e non necessario, deve essere scritto e serve per sperimentare la convenienza del rapporto prima che lo stesso divenga definitivo.

Ciascuna delle parti ha diritto di recedere liberamente durante o alla fine del periodo di prova, purché la prova sia stata espletata.

La durata massima della prova è fissata dai contratti collettivi e comunque non può eccedere i sei mesi, purché superato questo limite si applica la norma legale di necessaria giustificazione del licenziamento, sicché il datore di lavoro non può più recedere liberamente.

F. Retribuzione

La retribuzione è prevista dall’art. 2099, che indica anche le varie tipologie della stessa (a tempo, a cottimo, partecipazione ai prodotti, partecipazione agli utili, provvigioni, prestazioni in natura).

La retribuzione a cottimo, collegata al rendimento del lavoratore, è disciplinata dagli artt. 2100 e 2101 e la partecipazione agli utili dall’art. 2102.

Per quanto riguarda il principio della giusta retribuzione prevista dall'art. 2099, si rinvia all'esame dell'art. 36 Cost. (capitolo 5, lett. D).

G. Mansioni

Le mansioni del lavoratore sono disciplinate dall'art. 2103, riformato una prima volta dall'art. 13 stat. lav. (legge n. 300/1970) e poi dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015.

Di questa lunga storia se ne parlerà nel capitolo 6.

H. Obbligo di sicurezza

L'obbligo di sicurezza è previsto dall'art. 2087, rimasto invariato, secondo cui l'imprenditore deve adottare le misure "necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro".

Una consolidata giurisprudenza interpreta questa norma rilevando che il datore di lavoro deve osservare il principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile, anche se il lavoratore, nel giudizio civile di danno, è gravato dell'onere di deduzione e prova della misura di sicurezza violata.

In ogni caso, dal 1994 in poi, l'adempimento dell'obbligo di sicurezza è stato procedimentalizzato, imponendo al datore di elaborare un documento contenente la valutazione dei rischi in ambito aziendale e la individuazione delle necessarie misure di prevenzione e protezione.

Si ricorda che il mobbing (vessazioni continue) costituisce violazione dell'art. 2087, sicché il legislatore, giustamente, non ha ancora emanato una norma apposita.

I. Potere disciplinare

Il potere disciplinare del datore di lavoro, previsto dall'art. 2106, è stato riformato dall'art. 7 stat. lav. (legge n. 300/1970), sicché se ne parlerà nel capitolo 6.

L. Orario di lavoro, riposo settimanale e ferie

Gli artt. 2107, 2108 e 2109 sono dedicati all'orario di lavoro, al riposo settimanale e alle ferie. Questi diritti sono previsti anche dall'art. 36 Cost., sicché saranno trattati nel capitolo 5 dedicato ai principi costituzionali.

M. Malattia

La malattia del lavoratore è disciplinata dall'art. 2110, rimasto invariato, secondo cui il lavoratore malato ha diritto a conservare il rapporto per un periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dal giudice secondo equità (c.d. periodo di comperto). Solo dopo la fine di questo periodo, il datore di lavoro può licenziare liberamente il lavoratore malato.

N. Trasferimento d'azienda

In caso di trasferimento d'azienda l'art. 2112, rimasto invariato nelle parti essenziali, prevede che il rapporto di lavoro, con tutti i diritti che ne derivano, venga trasferito automaticamente al cessionario e che quest'ultimo sia obbligato solidalmente con il cedente per i crediti del lavoratore maturati prima del trasferimento.

Si è aggiunta solo la procedura sindacale anteriore al trasferimento, che prevede l'informazione e l'esame congiunto (art. 47, legge n. 428/1990).

In caso di trasferimento d'azienda in crisi l'eventuale accordo collettivo concluso durante la predetta procedura può limitare il numero dei prestatori che passano alle dipendenze del cessionario e può escludere la responsabilità solidale di quest'ultimo per i crediti dei lavoratori maturati prima del trasferimento.

O. Rinunzie e transazioni

Le rinunzie e le transazioni del lavoratore sono disciplinate dall'art. 2113, rimasto quasi invariato, secondo cui questi negozi, che dispongono di diritti già maturati, sono invalidi se i diritti, rinunziati o transatti, sono previsti da disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo.

Pertanto il lavoratore può impugnare la rinuncia o la transazione entro sei mesi dalla fine del rapporto (o dalla data di stipula se è successiva) in un periodo in cui non è più astretto da timore reverenziale verso il datore.

Le uniche rinunzie e transazioni valide fin dall'inizio e quindi non impugnabili sono quelle stipulate in sede assistita (giudiziale, amministrativa, sindacale, ecc.).

Si ricorda che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 63/1966, ha dichiarato incostituzionale la decorrenza del termine di prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore durante il rapporto citando, come indicazione sistematica, l'art. 2113.

P. Recesso

Gli artt. 2118 e 2119 sono dedicati al recesso dal rapporto di lavoro (licenziamento, dimissioni).

Il recesso è consentito liberamente, salvo l'obbligo del preavviso.

Se c'è una giusta causa, cioè una causa che non consente la prosecuzione del rapporto neanche temporaneamente, non è dovuto il preavviso. Se il lavoratore si dimette per giusta causa non solo è esonerato dal preavviso, ma ha diritto a un'indennità commisurata al preavviso di licenziamento.

Le disposizioni relative alle dimissioni sono ancora in vigore ma dal 2015 è prescritto l'invio telematico per ragioni di certezza, mentre le disposizioni per il licenziamento libero (*ad nutum* = con un cenno) si applicano ancora solo nei casi in cui non vige la regola di necessaria giustificazione prevista dalla legge n. 604/1966 (ad es. lavoratori pensionabili, dirigenti, lavoratori in prova, lavoratori domestici).

Per le regole del licenziamento con le relative sanzioni si rinvia al capitolo 6.

Q. Indennità di anzianità

L'art. 2120 che prevedeva l'indennità di anzianità è stato modificato dalla legge n. 297/1982, che ha sostituito questa indennità con il trattamento di fine rapporto. Questa vicenda sarà trattata nel capitolo 6.

possono essere a tempo indeterminato o a termine, ma di solito viene utilizzato il contratto a termine che precarizza il lavoratore. La giustificazione della somministrazione, prima prevista, è stata sostituita con il limite quantitativo rapportato all'organico dell'utilizzatore, ma ora la legge n. 96/2018 (c.d. decreto dignità) ha ripristinato le causali per i contratti a termine superiori a dodici mesi. Il lavoratore somministrato viene considerato dipendente a tempo indeterminato dall'utilizzatore sin dall'inizio della somministrazione in caso di somministrazione irregolare per violazione dei limiti e delle condizioni legittimanti.

Infine si ricorda che il lavoratore coinvolto nell'interposizione illecita viene tutelato anche dall'art. 603 *bis* cod. pen. (introdotto nel 2011 e poi novellato nel 2016), che ha previsto il reato di "interposizione illecita e sfruttamento del lavoro" se il lavoratore viene sfruttato con approfittamento dello stato di bisogno sia da parte dell'interposto, sia da parte dell'effettivo datore di lavoro. La sanzione è la reclusione da 1 a 6 anni, ma se il reato viene commesso mediante violenza o minaccia la pena è aumentata (reclusione da 5 a 8 anni).

C. Contatto a termine

Il contratto di lavoro a termine, già disciplinato con norme di tutela dall'art. 2097 cod. civ., era stato oggetto della legge n. 230/1962 che, abrogando il predetto articolo del codice civile, prevedeva il rafforzamento della protezione del lavoratore. I principi cardine erano i seguenti: forma scritta; tipizzazione legale tassativa delle ipotesi di lecita apposizione del termine per mancanza di un'occa-

sione permanente di lavoro (attività stagionali, sostituzioni di lavoratori assenti, opere o servizi predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario od occasionale, lavorazione a fasi successive, personale tecnico ed artistico per la prestazione di spettacoli); eventuale proroga ammessa solo per una volta, di durata non superiore a quella del contratto, per la stessa attività, unicamente per esigenze imprevedibili; riassunzione a termine dopo un intervallo previsto dalla legge; la violazione di queste disposizioni, come anche la prosecuzione di fatto del rapporto oltre il termine, comportavano la conversione automatica del rapporto in un rapporto a tempo indeterminato.

Questa rigida legge era stata emanata quando ancora non vigeva la tutela reale contro il licenziamento ingiustificato poi introdotta nel 1970 dall'art. 18 stat. lav. L'acoppiamento di queste tutele era ritenuto insopportabile dai datori assoggettati all'art. 18 stat. lav., sicché dopo qualche anno era intervenuto il legislatore riducendo le tutele previste dalla legge n. 230/1962 come di seguito indicato: termine legittimo per il personale necessario a specifici spettacoli o programmi radiotelevisivi (legge n. 266/1977); termine legittimo per le punte di attività aziendale (leggi nn. 78/1978, 79/1983); termine legittimo per le aziende di trasporto aereo o di servizi aeroportuali, poi estesa alle imprese concessionarie di servizi postali, in particolari periodi dell'anno con limiti quantitativi (legge n. 84/1986); termine legittimo per le ipotesi previste dai contratti collettivi, come ad esempio l'età o lo stato di disoccupazione (legge n. 56/1987); termine legittimo nei settori del turismo e dei pubblici esercizi per l'esecuzione di spe-

ciali servizi di durata non superiore a tre giorni individuati dai contratti collettivi, come ad esempio banchetti o congressi (legge n. 56/1987); previsione di un periodo "cuscinetto" (venti o trenta giorni) per la prosecuzione di fatto del rapporto in cui non scattava la conversione automatica (legge n. 196/1997); restringimento dell'intervallo per la riassunzione a termine (legge n. 196/1997).

Dopo queste importanti riduzioni di tutele, il contratto a termine era stato regolato dal d.lgs. n. 368/2001, che aveva abrogato la disciplina precedente, lasciando però invariata sia la regola della giustificazione del termine (però non più con ipotesi tassative, ma con una norma generale relativa alle oggettive esigenze aziendali), sia la sanzione civilistica della conversione automatica del contratto a termine nullo in un contratto a tempo indeterminato.

Dopo qualche anno il legislatore è intervenuto nuovamente, sempre riducendo le tutele del lavoratore, prevedendo la libertà di stipulazione del contratto a termine di durata non superiore a dodici mesi senza alcuna giustificazione (legge n. 92/2012) e poi abrogando completamente la regola di giustificazione e sostituendola con il limite di durata massima di trentasei mesi comprensivi di eventuali proroghe (legge n. 78/2014).

Attualmente il contratto a termine è disciplinato dal d.lgs. n. 81/2015, che ha abrogato tutte le precedenti disposizioni, fissando i seguenti principi: forma scritta; parità di trattamento con i lavoratori a tempo indeterminato comparabili; eliminazione della giustificazione del termine (c.d. termine acasale) sostituita dalla durata massima complessiva di trentasei mesi comprensiva di proroghe e

rinnovi, cumulando anche periodi di lavoro a termine con eventuali periodi di somministrazione a termine; superato l'indicato limite è lecito solo un altro contratto a termine di durata non superiore a dodici mesi stipulato in sede assistita; limite quantitativo del 20% sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato occupati dal datore, con facoltà dei contratti collettivi di aumentare o ridurre questo limite, che comunque non si applica alle ipotesi previste dalla legge (sostituzione di lavoratori assenti, lavori stagionali, ecc.); divieti di contratto a termine (sostituzione di scioperanti, imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi, imprese che abbiano intimato licenziamenti collettivi o che beneficino della cassa integrazione); proroghe consentite fino a cinque volte, sempre nell'arco di durata massima di 36 mesi; la riassunzione a termine deve rispettare il previsto intervallo; per la prosecuzione di fatto del contratto a termine è stabilito un periodo cuscinetto di alcuni giorni (30 o 50), in cui il contratto non si converte ed è dovuta solo una maggiorazione retributiva; il rapporto a termine si converte automaticamente in un rapporto a tempo indeterminato in casi di violazione delle regole suindicate, salvo il mancato rispetto del limite quantitativo per il quale è prevista come sanzione solo un'indennità; per il periodo dalla cessazione del rapporto a termine fino alla eventuale sentenza di conversione è dovuta solo un'indennità omnicomprensiva da 2,5 a 12 mensilità già prevista dalla legge n. 183/2010.

Dopo questo decreto del 2015, che fa parte del c.d. *jobs act*, è cambiata la maggioranza politica ed è stato emanato il c.d. decreto dignità (legge n. 96/2018), che ha

cambiato in parte le regole del contratto a termine, ma stavolta a favore dei lavoratori con il fine di ridurre il precariato. Il mutamento più importante è il ripristino della giustificazione del termine con ipotesi tassative legali (sostituzione di lavoratori assenti; altre ipotesi), ma solo per l'eventuale periodo oltre i dodici mesi, sicché fino a questo limite il termine continua ad essere acausale. L'altro cambiamento è la durata massima, che non è più di 36 mesi, ma di 24. Infine le proroghe consentite non sono più 5, ma 4.

Si prevede che questa legge non ridurrà il numero dei contratti a termine (attualmente all'incirca 3 milioni), ma soltanto ridurrà la durata di ciascun contratto (non superiore a 12 mesi), perché i datori di lavoro non vorranno essere di nuovo astretti dalla regola di necessaria giustificazione e quindi dovranno avvicinare i lavoratori a termine ogni anno e non più ogni tre anni.

Infine si ricorda che nel lavoro pubblico privatizzato non si applica mai la regola di conversione del contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato per il necessario rispetto del principio costituzionale del concorso (art. 97 Cost.), sicché vige solo una sanzione risarcitoria quantificata dalla Cassazione da 2,5 a 12 mensilità, salvo l'eventuale ulteriore danno che deve essere provato dal lavoratore.

H. Licenziamenti

Sempre negli anni '60 del secolo scorso è intervenuta la legge n. 604/1966 che ha previsto la forma scritta del licenziamento, altrimenti inefficace, e la regola di neces-

saria giustificazione del licenziamento nei rapporti a tempo indeterminato, mentre prima il licenziamento era completamente libero (*ad nutum* = con un cenno).

La giustificazione consiste nel giustificato motivo, soggettivo ("notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro") o oggettivo ("ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa"), o nella giusta causa ("causa che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto"). La distinzione risiede nell'obbligo di preavviso, da rispettare solo nel giustificato motivo e non nella giusta causa.

La regola di necessaria giustificazione del licenziamento è stata un'innovazione molto importante, sicché la legge n. 604/1966 aveva bilanciato questa tutela con quattro previsioni favorevoli al datore: sanzione modesta per la violazione di tale regola (indennità da 2,5 a 6 mensilità); campo di applicazione solo per i datori il cui organico era superiore a 35 unità; impugnazione del licenziamento non oltre 60 giorni dall'intimazione; l'esclusione della regola per i dirigenti, per i lavoratori in prova, per i lavoratori di età superiore a 65 anni (poi dichiarata incostituzionale e sostituita con quella relativa ai lavoratori "in possesso dei requisiti pensionistici").

Dopo solo quattro anni era intervenuto l'art. 18 stat. lav. (legge n. 300/1970), che aveva modificato la sanzione, che non era più indennitaria, ma reale con la previsione della reintegrazione in servizio del lavoratore licenziato ingiustificatamente. Nel periodo tra il licenziamento illegittimo e l'effettiva reintegra (obbligo incoercibile in quanto infungibile, perché l'adempimento spetta solo al

datore) era prevista un'indennità commisurata all'ultima retribuzione con il versamento anche dei contributi previdenziali. Queste norme si applicavano alle unità produttive il cui organico era superiore a 15 dipendenti (5 nel settore agricolo). Pertanto questi rapporti erano divenuti stabili.

La legge n. 108/1990, sempre a favore dei lavoratori, aveva eliminato totalmente il limite dimensionale per la tutela obbligatoria prevista dalla legge n. 604/1966 ed aveva aumentato i destinatari della tutela reale dell'art. 18 stat. lav., sia comprendendo le aziende il cui organico complessivo era superiore a 60 dipendenti, ferma restando la via alternativa già indicata, sia comprendendo i datori di lavoro non imprenditori (che prima erano assoggettati solo alla tutela obbligatoria) con la sola eccezione delle organizzazioni di tendenza (politiche, sindacali, culturali, di istruzione, di religione o di culto).

Si ricorda che il licenziamento discriminatorio, intimato per fattori tipici (politico, sindacale, religione, razziale, etnico, di lingua, ecc.), è considerato nullo con la conseguente tutela reale reintegratoria (art. 4, legge n. 604/1966; art. 15 stat. lav.; art. 3, legge n. 108/1990), senza alcuna esclusione sia dal lato dei lavoratori, sia dal lato dei datori di lavoro.

La forte inversione di tendenza per il licenziamento ingiustificato è avvenuta con la legge n. 92/2012 che ha ampiamente modificato l'art. 18 stat. lav., prevedendo una tutela indennitaria da 12 a 24 mensilità per i vizi sostanziali e da 6 a 12 per i vizi procedurali. La tutela reale reintegratoria è prevista solo per poche ipotesi: per il licenziamento disciplinare fatto contestato insussistente, a

cui la giurisprudenza ha equiparato il fatto lecito, o fatto punito con sanzione conservativa dal contratto collettivo; per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento anche se il giudice può negare la reintegra.

Invece per il licenziamento nullo (discriminatorio, per motivo illecito, in frode alla legge, per violazione delle norme relative alla maternità o al matrimonio) o inefficace (orale) è stata confermata la tutela reale.

Con una frenesia degna di miglior causa, il legislatore è intervenuto nuovamente, sempre a favore dei datori di lavoro, con il d.lgs. n. 23/2015, applicabile però solo agli assunti dopo la pubblicazione di questo decreto, confermando la tutela reale per i licenziamenti nulli o inefficaci, mentre per il licenziamento ingiustificato ha lasciato solo una delle ipotesi di tutela reale (insussistenza del fatto materiale contestato) e quindi per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo non esiste più alcun caso di tutela reale. Anche la tutela indennitaria era stata profondamente modificata in base al solo criterio dell'anzianità di servizio (c.d. tutele crescenti), ma la Corte Costituzionale (sent. n. 194/2018) ha dichiarato incostituzionale questa norma ripristinando la discrezionalità del giudice tra il minimo e il massimo dell'indennità.

Infine il legislatore, sostenuto da una maggioranza completamente diversa da quella del 2015, ha emanato una norma a favore dei lavoratori, aumentando l'indennità per il licenziamento ingiustificato per i nuovi assunti che ora va da un minimo di 6 a un massimo di 36 mensilità (legge n. 96/2018 c.d. decreto dignità).

Per i dipendenti pubblici privatizzati continua ad es-

sere applicata la tutela reale reintegratoria senza limiti dimensionali anche per il licenziamento ingiustificato, prevista prima dell'art. 18 stat. lav. vecchio testo e poi dall'art. 63, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 come integrato dal d.lgs. n. 75/2017.

Il licenziamento collettivo, disciplinato dalla legge n. 223/1991 con le successive modifiche e definito come conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro o della cessazione dell'attività aziendale, si applica alle imprese che occupino più di quindici dipendenti e il numero dei licenziamenti non deve essere inferiore a cinque. Il licenziamento deve essere preceduto da una procedura sindacale (informazione, esame congiunto), che prosegue in sede amministrativa in caso di mancato accordo. L'accordo non è obbligatorio, ma se viene concluso sana gli eventuali vizi della procedura e può prevedere criteri di scelta dei lavoratori da licenziare (ad es. dipendenti prossimi alla pensione) diversi dai criteri legali che quindi sono solo suppletivi (carichi di famiglia, anzianità di servizio, esigenze tecnico-produttive ed organizzative). Il datore di lavoro entro sette giorni dai licenziamenti deve comunicare ai sindacati e alla pubblica amministrazione l'elenco dei lavoratori licenziati e le modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta. Le sanzioni per il licenziamento collettivo illegittimo sono state più volte modificate, sempre a favore del datore. Prima si applicava la tutela reale reintegratoria sia per i vizi della procedura, sia per la violazione dei criteri di scelta. La legge n. 92/2012 ha conservato la tutela reale solo per la violazione dei criteri selettivi, mentre per i vizi della procedura si applica la tutela indennitaria da 12 a

24 mensilità. Infine il d.lgs. n. 23/2015, applicabile solo ai nuovi assunti, ha del tutto abolito la tutela reale, prevedendo la tutela indennitaria identica a quella del licenziamento individuale ingiustificato (v. retro) sia per i vizi procedurali, sia per la violazione dei criteri di scelta.

In conclusione il legislatore, emanando in breve tempo (dal 2012 in poi) tante norme, ha creato regimi diversi che vigono contemporaneamente a seconda della data di intimazione del licenziamento o della data di assunzione del lavoratore licenziato. Questo comportamento può definirsi scriteriato, perché accresce di molto l'incertezza del diritto, che attualmente è il problema più difficile da risolvere.

1. Statuto dei lavoratori

Il punto più alto della tutela dei lavoratori e dei sindacati è stato raggiunto con lo Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970), che comprende anche l'art. 18 relativo ai licenziamenti di cui si è già parlato nella precedente lettera H.

11. Controlli

Innanzitutto si devono ricordare le norme relative ai controlli.

L'attività lavorativa può essere controllata solo dal datore, dai superiori gerarchici e dal personale il cui nome sia stato preventivamente comunicato al dipendente (art. 3), mentre è vietato il controllo da parte delle guardie giurate (art. 2). Sono vietati anche i controlli a distanza mediante impianti audiovisivi o altre apparecchiature,

per la cui installazione ad altri fini (ad es. tutela del patrimonio aziendale, sicurezza del lavoro) occorre comunque un accordo sindacale o, in mancanza, un'autorizzazione amministrativa (art. 4). Con il d.lgs. n. 151/2015 sono stati esclusi dal predetto divieto gli strumenti, anche elettronici, utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione e gli strumenti di registrazione delle presenze e degli accessi.

Il controllo sulla malattia del lavoratore viene affidata a medici pubblici imparziali, mentre prima era affidato ad un medico di fiducia del datore il che ora è penalmente vietato (art. 5). Per contrastare l'elevato assenteismo la legge n. 638/1983 ha previsto le fasce orarie di reperibilità, in cui il lavoratore malato deve stare nel proprio domicilio a disposizione del medico di controllo. In aggiunta a questi controlli sanitari, il datore di lavoro ha diritto, secondo una consolidata giurisprudenza, di verificare, anche mediante investigatori privati, se il lavoratore malato svolga attività, lavorative o extralavorative, attestanti la simulazione della malattia oppure tali da ritardare la guarigione.

A tutela del patrimonio aziendale sono previste visite personali di controllo sul lavoratore (perquisizioni), che devono rispettare le seguenti condizioni: accordo sindacale o, in mancanza, autorizzazione amministrativa; indispensabilità del controllo in relazione alla qualità degli strumenti o della materia prima o dei prodotti; salvaguardia della dignità e della riservatezza del lavoratore, sicché i controllori devono essere dello stesso sesso del dipendente perquisito; selezione automatica dei lavoratori da controllare (art. 6). Viene ammesso anche, da un costante orientamento giurisprudenziale, un controllo oc-

culto, anche tramite investigatori privati, sugli illeciti del dipendente che ledono il patrimonio aziendale, come ad esempio furti o appropriazione indebita di somme.

Sono vietate indagini da parte del datore di lavoro sulle opinioni politiche, religiose o sindacali e su qualsiasi fatto privato del dipendente, mentre sono consentite su fatti rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore (art. 8).

12. Potere disciplinare

Il potere disciplinare del datore di lavoro privato è regolato dall'art. 7 stat. lav., rimasto immutato.

Il datore di lavoro deve predisporre il codice disciplinare in base alle disposizioni in materia dei contratti collettivi applicabili oppure, in mancanza, redigerlo unilateralmente.

Il codice deve prevedere, rispettando il vincolo di proporzionalità, le infrazioni e le connesse sanzioni, che consistono, in ordine crescente, nel rimprovero verbale, nel rimprovero scritto, nella multa non superiore a 4 ore di retribuzione e nella sospensione dal lavoro e dalla retribuzione non superiore a 10 giorni. Queste sanzioni, che si definiscono conservative del rapporto al contrario del licenziamento disciplinare che estingue il rapporto, non possono comportare mutamenti definitivi quali, ad esempio, la modifica delle mansioni o un trasferimento. Se il lavoratore, dopo l'applicazione della sanzione conservativa, commette un altro inadempimento si verifica la c.d. recidiva, che aumenta la relativa sanzione, salvo che la prima sanzione sia stata applicata più di due anni prima.

Il codice disciplinare deve essere pubblicizzato me-

dianche affissione in luogo accessibile a tutti i lavoratori, che lo devono conoscere per rispettarlo.

Il procedimento disciplinare inizia con la contestazione scritta dell'addebito, che deve essere specifico e immutabile, mettendo così il lavoratore in condizioni di difendersi. Questa difesa può avvenire per iscritto o anche oralmente in un'apposita audizione in cui può partecipare anche un sindacalista che assiste il lavoratore. Il termine a difesa è fissato in almeno cinque giorni. Questo procedimento si applica anche al licenziamento disciplinare, secondo un principio giurisprudenziale.

Per i dipendenti pubblici privatizzati non si applica l'art. 7 stat. lav., ma il d.lgs. n. 165/2001 modificato da ultimo dal d.lgs. n. 75/2017. I principi fondamentali sono: la pubblicità del codice disciplinare; la competenza che è del responsabile della struttura o dell'ufficio disciplina a seconda della gravità dell'infrazione; il termine per la contestazione; la difesa del lavoratore in apposita audizione oppure solo per iscritto; il termine per la conclusione del procedimento.

13. Mansioni

Le mansioni del lavoratore erano disciplinate dall'art. 2103 cod. civ., ma l'art. 13 stat. lav. aveva riformato questa disposizione a favore del lavoratore.

Invero era stato previsto che il dipendente poteva essere adibito a mansioni "equivalenti" a quelle già svolte a tutela del suo patrimonio professionale acquisito, senza alcuna riduzione della retribuzione. L'altra norma a favore del lavoratore era la promozione automatica nel caso in cui il lavoratore fosse stato adibito per almeno tre mesi

consecutivi a mansioni superiori, salva l'ipotesi della sostituzione di un lavoratore assente.

Ora, invece, l'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, modificando sempre l'art. 2103 cod. civ., ha sostituito la parola "equivalenti" con la frase "stesso livello e categoria". Ma il livello, definito dal contratto collettivo, assembla tante professionalità diverse, sicché il lavoratore potrebbe essere adibito a mansioni estranee alla sua professionalità, con seri dubbi di incostituzionalità.

L'altra norma dello stesso articolo che riduce la tutela del lavoratore è quella secondo cui il dipendente può essere adibito a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, conservando il livello e la retribuzione precedente, se questa modifica è prevista da un contratto collettivo o se il datore prova la modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore. In questi casi è previsto a carico del datore un obbligo formativo, ma il legislatore, con una norma a favore del datore, ha decretato che l'inadempimento a tale obbligo non è sanzionato con la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni.

Infine è previsto che le parti del rapporto, con un accordo in sede assistita, possono modificare per il futuro le mansioni, la categoria, il livello e la retribuzione, proteggendo gli interessi del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita.

È stata conservata la disposizione sulla promozione automatica, solo allungando il periodo di adibizione a mansioni superiori (6 mesi invece che 3), salvo diversi disposizioni dei contratti collettivi.

14. Libertà sindacale nei luoghi di lavoro e atti discriminatori

Lo statuto dei lavoratori protegge la libertà sindacale anche all'interno dei luoghi di lavoro (art. 14), prevedendo anche il diritto dei lavoratori di svolgere attività di proselitismo e collettaggio sindacale (art. 26, comma 1).

Sono vietati anche gli atti discriminatori che pregiudicano il lavoratore a causa della sua affiliazione o attività sindacale o della sua partecipazione ad uno sciopero con la espresa comminatoria di nullità (art. 15). Poi l'art. 15 è stato esteso a tutti gli atti discriminatori tipizzati dalla legge (ad esempio politici, religiosi, razziali, di lingua, di sesso, ecc.).

L'art. 16 vieta l'erogazione di trattamenti economici collettivi di maggior favore a favore dei dipendenti che si astengono dall'affiliazione o dall'azione sindacale.

L'art. 17 vieta ai datori di lavoro e alle loro associazioni di costituire e sostenere, con mezzi finanziari o altrimenti, sindacati di lavoratori di comodo (c.d. gialli), cioè addomesticati con alterazione della contrapposizione di interessi tra capitale e lavoro.

I sindacati avevano diritto, ai sensi dell'art. 26, commi 2 e 3, stat. lav., di percepire i contributi sindacali dei lavoratori iscritti mediante l'effettuazione da parte del datore di lavoro, su richiesta del lavoratore, di una ritenuta sulla retribuzione. Ma queste disposizioni sono state abrogate dal *referendum* popolare del 1995 ostile ai sindacati, sicché ora il lavoratore, per pagare i contributi al suo sindacato, può soltanto cedere parzialmente il credito retributivo verso il datore debitore (art. 1260 cod. civ.), il cui consenso è irrilevante, salvo che il datore pro-

vi l'eccessiva gravosità del doppio pagamento (uno al lavoratore parzialmente cedente; uno al sindacato cessionario).

15. Le rappresentanze sindacali aziendali e i loro diritti

Lo statuto dei lavoratori nell'art. 19 prevede la costituzione, ad iniziativa dei lavoratori, di rappresentanze sindacali aziendali (r.s.a.) in ciascuna unità produttiva il cui organico è superiore a 15 dipendenti (5 per le imprese agricole), escludendo totalmente i datori di lavoro non imprenditori (cfr. anche l'art. 35).

La definizione dei sindacati nel cui ambito possono essere costituita le r.s.a. è cambiata nel tempo. All'inizio erano quelli affiliati alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale oppure quelli firmatari di contratti collettivi nazionali o provinciali applicati nell'unità produttiva. Ma nel 1995 è stato accolto un *referendum* abrogativo, sicché ora i sindacati sono solo quelli firmatari di un contratto collettivo, anche aziendale, applicato nell'unità produttiva, con grave smacco delle confederazioni. Infine la Corte Costituzionale (sentenza n. 231/2013) ha compreso tra questi sindacati anche quelli che avevano solo partecipato alle trattative senza sottoscrivere il contratto collettivo applicato all'unità produttiva.

Nel settore pubblico i sindacati nel cui ambito possono essere costituite le r.s.a. sono solo quelli ammessi alle trattative per la sottoscrizione dei contratti collettivi e quindi quelli che abbiano nel comparto o nell'area una rappresentanza non inferiore al 5% (artt. 42 e 43, d.lgs. n. 165/2001).

Fin dagli anni '90 del secolo scorso sono state previste

da accordi collettivi le r.s.u. (rappresentanze sindacali unitarie), sempre nelle unità produttive che occupino più di 15 dipendenti, elette dai lavoratori su liste presentate dai sindacati, mentre i dirigenti delle r.s.a. sono designati dal sindacato. Le r.s.u. possono coesistere con r.s.a. costituite nell'ambito di sindacati che non aderiscono all'accordo. Nel settore pubblico le r.s.u., che anche qui possono coesistere con le r.s.a., sono previste dall'art. 42, d.lgs. n. 165/2001, ma sono necessari anche gli accordi collettivi richiamati dal legislatore.

I diritti sindacali spettanti alle r.s.a. e alle r.s.u. o ai loro dirigenti sono i seguenti.

L'assemblea prevista dall'art. 20 stat. lav. è convocata da una o più r.s.a. o dalla r.s.u. e la partecipazione spetta a tutti i lavoratori addetti all'unità produttiva e ai dirigenti esterni del sindacato previo preavviso al datore. L'assemblea deve tenersi in un locale messo a disposizione del datore e deve trattare solo di materie di interesse sindacale e del lavoro da indicare nell'apposito ordine del giorno. La convocazione deve essere preventivamente comunicata al datore di lavoro per consentirgli di mettere a disposizione il locale e di verificare l'ordine del giorno. L'assemblea può svolgersi fuori dall'orario di lavoro senza limiti di tempo, mentre se è convocata durante l'orario di lavoro con la connessa retribuzione il limite è di dieci ore annue complessive, sicché il datore deve rispettare l'ordine di precedenza delle convocazioni.

Il *referendum* disciplinato dall'art. 21 stat. lav. può essere indetto, diversamente dall'assemblea, solo da tutte le r.s.a. congiuntamente o dalla r.s.u. se esiste e deve trattare di materie inerenti all'attività sindacale, di solito per

l'approvazione delle ipotesi di accordo siglato dai sindacati. Il *referendum* si svolge fuori dall'orario di lavoro e nell'ambito aziendale, sicché il datore di lavoro deve consentire lo svolgimento del *referendum*.

Il diritto di affissione previsto dall'art. 25 stat. lav. spetta ad ogni r.s.a. e alla r.s.u. laddove esistente e il documento da affiggere deve essere inerente a notizie di interesse sindacale e del lavoro. Il datore di lavoro è obbligato a concedere appositi spazi per l'affissione all'interno dell'unità produttiva in luoghi accessibili a tutti i lavoratori.

Le r.s.a. o la r.s.u. in ciascuna unità produttiva con almeno 200 dipendenti hanno diritto, ai sensi dell'art. 27 stat. lav., a un locale comune messo a disposizione in modo permanente dall'imprenditore all'interno dell'unità o nelle immediate vicinanze di essa. Nelle unità produttive di dimensioni inferiori il locale non spetta in via permanente, ma solo previa richiesta delle r.s.a. per le loro riunioni.

I dirigenti delle r.s.a., nel numero previsto dalla legge, hanno diritto, ai sensi dell'art. 23 stat. lav., a permessi retribuiti per l'espletamento del loro mandato, e non a fini personali, in misura di otto ore al mese per le unità produttive con più di 200 dipendenti e di un'ora all'anno per dipendente nelle unità di dimensioni inferiori. La richiesta del permesso va fatta dalla r.s.a. con comunicazione scritta al datore di regola 24 ore prima. Sempre gli stessi dirigenti hanno diritto a permessi non retribuiti di otto giorni all'anno per partecipare a trattative sindacali o a congressi e convegni di natura sindacale e la richiesta scritta deve pervenire al datore di regola tre giorni prima (art. 24 stat. lav.).

Invece per i dirigenti sindacali esterni è previsto dal-

l'art. 30 stat. lav. il diritto a permessi retribuiti, la cui quantificazione è rimessa ai contratti collettivi, per la partecipazione alle riunioni degli organi direttivi di cui il lavoratore è componente. Mentre l'art. 31 stat. lav. prevede, sempre per i dirigenti sindacalisti esterni, il diritto ad una aspettativa non retribuita per la durata della carica ed in questo periodo vengono accreditati contributi figurativi con onere gravante sugli enti previdenziali, disposizione questa molto criticata.

I dirigenti delle r.s.a. sono tutelati contro il trasferimento dall'art. 22 stat. lav., che è consentito solo previo nulla osta del sindacato di appartenenza a prescindere dalla giustificazione o meno del trasferimento. Mentre per quanto riguarda il licenziamento gli ultimi quattro commi dell'art. 18 stat. lav. (come modificato dalla legge n. 92/2012) prevedono sia un ordinanza di reintegrazione anticipata prima della sentenza se viene accertata in via provvisoria l'illegittimità del licenziamento, sia una misura compulsoria finalizzata ad ottenere l'ottemperanza del datore al provvedimento di reintegrazione consistente nell'obbligo del datore inottemperante a pagare all'INPS per ogni giorno di ritardo nella reintegrazione una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore. Queste disposizioni relative al licenziamento non sono applicabili ai lavoratori assunti dopo il d.lgs. n. 23/2015, in quanto questo decreto non le prevede.

16. *Repressione della condotta antisindacale*

La repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro, prevista dall'art. 28 stat. lav., è la norma più importante di tutela dell'interesse sindacale.

Innanzitutto si applica a tutti i datori di lavoro, privati e pubblici, senza alcun limite dimensionale e senza alcuna distinzione tra imprenditori o non imprenditori.

La condotta antisindacale viene definita dal legislatore come "comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà o dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero". Ovviamente il datore di lavoro non deve essere inerme e quindi può opporsi lealmente al sindacato nel conflitto respingendo le pretese del sindacato, ma non può opporsi al conflitto realizzato dal sindacato mediante l'esercizio di tutte le sue prerogative tra cui anche i diritti sindacali tipici già ricordati.

Il soggetto abilitato a promuovere l'azione di repressione della condotta antisindacale (c.d. legittimazione attiva) è l'organismo locale del sindacato nazionale, che è un soggetto territoriale e non interno all'azienda come le r.s.a. o le r.s.u., che non avrebbero un sufficiente distacco per valutare i fatti. Mentre la legittimazione passiva di tale procedimento spetta solo al datore di lavoro, essendo esclusi i sindacati datoriali.

Il procedimento, di competenza del giudice del lavoro, inizia con una fase sommaria molto celere, a favore di una tutela immediata dell'interesse sindacale, e si conclude con un decreto, che la parte soccombente può opporre in un termine breve sempre davanti al Tribunale, ma con un giudice diverso da quello della fase sommaria, applicandosi il rito del lavoro. La sentenza che decide la fase di opposizione può essere impugnata con un normale appello.

Il giudice, se accerta la condotta antisindacale, ordina al datore di lavoro "la cessazione del comportamento il-

ANTONIO ALOISI
VALERIO DE STEFANO

Il tuo capo è un algoritmo

Contro il lavoro disumano

Editori  Laterza

2020

davvero resta un lusso per i pochi che se lo possono permettere, nonostante sia da considerarsi non giuridicamente esigibile una prestazione richiesta fuori orario e non prevista dalle regole contrattuali. D'altro canto, si discute da anni sulla necessità di prendere in considerazione il tempo impiegato per raggiungere il posto di lavoro ai fini del calcolo dell'orario di lavoro per i pendolari (proprio all'inizio del 2020, il governo svizzero ha dato l'esempio, consentendo che il tragitto casa-ufficio sia considerato tempo di lavoro per alcuni dipendenti pubblici. In passato anche la Corte di giustizia dell'Unione Europea si era pronunciata in questo senso). Si finisce così per incoraggiare l'operatività durante queste tratte, mentre si trascura del tutto l'emergenza abitativa di molti capoluoghi ormai saturi che spingono i propri residenti a cercare soluzioni immobiliari in periferia o addirittura nei quartieri dormitorio dell'hinterland.

Accanto al lavoro agile, il formato della scrivania condiziona per qualche tempo è sembrato rivoluzionario, tanto che anche le imprese più all'avanguardia hanno preso a tirare giù muri e tramezzi per far posto a zone promiscue, vetrate e aree riposo. Oggi questa tendenza rivela tutte le sue debolezze. Sul fronte degli ambienti ripensati in chiave moderna, in Italia non mancano contenitori di spazi in condivisione, frutto di una riconversione modulare all'ospitalità (è il caso di filiali di banche o punti ristoro che si equipaggiano per ospitare lavoratori "acrobati") oppure nati espressamente per accogliere autonomi, partite IVA o piccole imprese in fase di lancio. Se ne contano ormai a decine nelle grandi città, e anche i comuni più piccoli delle aree interne si stanno attrezzando, anche con iniziative di rigenerazione di immobili pubblici caduti in disuso. Ma le insidie che la classe creativa e terziaria si trova a fronteggiare sono state oggetto di diverse indagini³⁹. Di recente è tornato d'attualità il tema delle reti e delle connessioni da costruire per avere successo in un settore fortemente competitivo e alienante. Nel frattempo, da spazi nati per il mutuo supporto, i *co-working* hanno scatenato gli

appetiti di molti, contribuendo alla definizione di una nuova epica, del tutto fuori misura, della classe creativa affluente.

Non si può trascurare il caso emblematico della rinuncia alla quotazione in Borsa di WeWork, prototipo di spazi di lavoro condivisi a noleggio presentati come infrastruttura immateriale a disposizione di una "setta" di innovatori. In realtà, il flop è frutto della scoperta del bluff commerciale dell'ufficio del futuro «in cui si passa dall'io al noi». L'operazione sostenuta dalla bramosia di SoftBank, fondo d'investimento con la passione per i business "rivoluzionari" (ma in perdita), si è presto rivelata una macchina bruciasoldi. Oggi la società si è dovuta sbarazzare dello strapalato fondatore (pagandolo pure un miliardo e mezzo di euro perché si levasse di torno), ha archiviato in tutta fretta alcuni progetti e licenziato migliaia di dipendenti incolpevoli, rendendo manifesta la lenta crisi dell'immaginario californiano. Come ha scritto Michele Masneri, «rimarrà come caso di scuola in cui è enorme lo scarto tra risonanza pubblica e solidità del business»⁴⁰. È presto per dire se, dopo un'espansione a rotta di collo, la luna di miele degli spazi condivisi sia giunta al capolinea. D'altronde, il modello non si è ancora consolidato, e non mancano le esperienze positive, come quella di Talent Garden che continua a espandersi in tutta Europa, da Vilnius a Cosenza. Nei casi di successo, alla semplice operazione immobiliare si aggiungono corposi programmi di formazione e aggiornamento destinati ai membri delle *communities*: è così che ci si connette al futuro. Wi-Fi, scrivania e bollitore non bastano più.

2.3. Affinità selettive: l'incontro istantaneo di domanda e offerta

Che si tratti dell'accensione di un mutuo, dell'avventura di una notte, o di un messaggio pubblicitario cucito su misura, sempre più spesso sono gli algoritmi a prendere decisioni su di noi e per noi. Lavorano essenzialmente per abbinarci: a una

banca, a una fiamma, a un'offerta. Lo stesso accade al lavoro: sulla base di informazioni e dati aggregati, i software stabiliscono se un candidato sia sufficientemente qualificato per un certo incarico, prima ancora di fissare un colloquio dal vivo. In ciò risiede una nuova funzione della tecnologia che finora era rimasta di dominio umano: giungere a delle conclusioni sulla base di alcune premesse, spesso in maniera "oracolare", vale a dire senza che si possano disvelare e contestare i passaggi che hanno portato a quel responso.

In soldoni, un algoritmo è un insieme di istruzioni formali e astratte sulla base delle quali un computer è chiamato a completare un'attività. Al contrario degli umani, sempre alle prese con gusti e preferenze, i sistemi "algoritmici" non soffrono l'appannamento della stanchezza, non sono lunatici né possono essere raggirati o corrotti⁴¹. Stando al pensiero dominante, l'intelligenza artificiale non sarebbe altro che un capolavoro di obiettività, tecnicamente programmata per trattare tutti i candidati allo stesso modo evitando ogni faziosità. In fin dei conti, a voler dare retta agli ottimisti, affidarsi a un simile sistema per la profilazione degli aspiranti neoassunti ha un merito ineccepibile: consente di fare scelte tenendo a bada la componente più fallibile dell'animo umano. Troppo bello per essere vero. E infatti, vero non è. Vari studiosi, dati alla mano, evidenziano il lato oscuro dei processi selettivi e decisionali automatizzati. Gli algoritmi, ha scritto la programmatrice Cathy O'Neil, non sono altro che «opinioni inflatate nella matematica»⁴². Se, in più, a tali sistemi si accosta un dispositivo di *machine learning*, il risultato è un effetto valanga, su vasta scala.

Tra stereotipi, discriminazioni radicate e pregiudizi dei programmatori che trapelano nei software, i membri di gruppi sociali svantaggiati finiscono perennemente esclusi dai ruoli in cui oggi persone con caratteristiche affini sono presenti in numero ridotto. E via all'infinito, in un gorgo di segregazione per mano statistica. Con l'avvertenza che algoritmi di questo tipo sono oggi impegnati in compiti intricati, in settori come

quello sanitario, assicurativo, e persino nell'amministrazione della giustizia. Proprio imparando dal passato (dalle serie storiche che registrano le decisioni pregresse), questi congegni continuano a reiterare scelte inique, o a definire nuovi livelli di ingiustizia, infondatezza e distorsione: un errore a cui non si è posto rimedio funge da base per un futuro provvedimento errato. La discriminazione diventa quindi un'opzione di design, come ha spiegato la giurista Ifeoma Ajunwa in due documentatissimi saggi⁴³: è sufficiente bloccare gli anni di nascita in un menù a tendina di un sito web per escludere intere coorti anagrafiche, o usare i filtri di Facebook per indirizzare un certo annuncio di lavoro a un pubblico che ha una forte somiglianza con il resto della compagine aziendale, oppure – ancora – stilare in un certo modo i quesiti sugli studi universitari o sulla progressione di carriera per osteggiare le donne (che potrebbero avere *curricula* più discontinui per via di una gravidanza, ad esempio)⁴⁴. Se c'è una cosa in cui gli algoritmi sono davvero imbattibili è la capacità di introiettare pregiudizi legati all'identità di genere, all'orientamento sessuale e all'origine etnica: se i dati forniti sul passato riflettono pratiche discriminatorie, saranno discriminatori anche i risultati. Come ha scritto Giorgio Resta⁴⁵, si finisce così per cristallizzare soluzioni e predizioni all'interno delle griglie fornite dai trascorsi storici e dal set di valori che ha guidato la programmazione del sistema.

Accanto a queste operazioni di carattere abusivo si stagliano processi inconsapevoli, quindi meno controllabili, legati a interpretazioni errate di alcuni dati. Se, per esempio, le statistiche sulla frequenza degli incidenti d'auto dovessero indicare il centro città come una zona "calda" a causa del traffico e del marasma che ne deriva, il solo fatto di risiedere in quella parte di città porterebbe a dover pagare un premio assicurativo più alto. E ciò che accade in molte metropoli, specie fuori dall'Europa, dove il centro è spesso occupato da minoranze che non possono permettersi di vivere nelle zone residenziali. Evidentemente, gli algoritmi delle società

di assicurazioni non sono stati programmati al fine di discriminare i membri di comunità minoritarie. Tuttavia, l'associazione apparentemente neutrale dei dati produce un risultato discriminatorio. Insomma, l'assorbimento di informazioni incomplete o distorte determina ulteriori svantaggi, se non addirittura ingiustizie, a danno di gruppi di per sé esclusi e sfavoriti. Un vortice inammissibile che si tramuta in una sorta di tassa sulla povertà, specie quando questi sistemi vengono adottati dai governi o dalle pubbliche amministrazioni a cui è affidato il compito di gestire sussidi di disoccupazione, assegni per i figli a carico o sovvenzioni per gli alloggi. La ricercatrice Virginia Eubanks ha dettagliato come l'elemento chiave sia spesso l'assenza di flessibilità e l'impossibilità di ottenere spiegazioni ogniquale volta ci si sente penalizzati indebitamente da un processo automatizzato⁴⁶. La portata di questo squilibrio rischia di essere endemico, con esiti a cavallo tra Dickens e Kafka, e le strade percorribili dalle vittime per contrastare la contraffazione sono tutte in salita.

Molte società, specie quelle di grosse dimensioni, si sono dotate di queste piattaforme, realizzate in collaborazione con i tanti esordienti del settore, convincendosi che nella ricerca di "talenti" la tecnologia sia molto più affidabile e abbordabile di un cacciatore di teste in giacca e cravatta⁴⁷. La profilazione nella fase pre-assunzione rappresenta un modello sempre più diffuso di reclutamento, e oggi punta anche sulla *face and language recognition*, in grado di rintracciare emozioni, tratti della personalità e comportamenti. Unilever, grossa multinazionale proprietaria di diversi marchi di prodotti alimentari e d'igiene, chiede ai suoi potenziali addetti alle vendite di rispondere a un numero di interrogativi riprendendosi col cellulare. Il video realizzato viene passato al setaccio da sistemi di intelligenza artificiale che hanno "in pancia" tutte le interviste che in passato hanno portato alla scelta. La valutazione si basa sulla mimica (sorrisi, sguardi, tremolii), ma anche sull'uso di verbi alla forma passiva, sulla prevalenza del pronome personale "io" sul "noi", sulla scelta delle parole,

sull'uso dell'ipotassi e sulla lunghezza delle frasi. Con gravi rischi per quanti non incarnano il modello convenzionale. Il meccanismo vale anche per i lavoratori autonomi che un tempo si arruolavano consultando le pagine gialle e che oggi si ingaggiano dopo aver passato in rassegna un catalogo di contattisti su vetrine virtuali, zeppe di informazioni, recensioni e referenze con servizi come *Smarterer*, solo per citarne uno.

Il ragionamento a supporto dell'*algorithmic hiring* è che si possa scavare in profondo, individuando competenze, potenzialità, talenti e inclinazioni (a partire dalle esperienze pregresse o dai progetti in corso) che ben si coniugano con la posizione ambita. Una manna in una situazione di informazione imperfetta, con il merito aggiuntivo di allargare i confini del mercato locale del lavoro e della platea di potenziali candidati ottimizzando l'allocazione delle posizioni disponibili. L'incertezza connota ogni passaggio di un processo assunzionale, è pressoché impossibile soppesare doti umane come abnegazione, consonanza e responsabilità, tanto dal lato di chi offre quanto dal lato di chi cerca un lavoro. Questa situazione di "carte coperte" causa un disallineamento tra profili e trattamenti e, almeno in teoria, rischia di paralizzare le imprese in una posizione di attendismo⁴⁸. D'altro canto, un impegno certosino (che richiede tempo e fatica) in fatto di selezione degli aspiranti dipendenti tende a premiare la stabilità dei rapporti e scoraggia il ricambio di personale eccessivo, aprendo la strada a intese longeve e fruttuose, che nel lungo periodo determinano un incremento della produttività. Una delle condizioni strutturali del mercato del lavoro, il fatto che vi sia una pluralità di offerenti a fronte di un numero ristretto di compratori, colloca questi ultimi in una situazione di sovrappremazia. Ciononostante, il modello algoritmico non sempre annulla le imperfezioni informative che gli economisti definiscono "frizioni".

Il filtraggio è affidato a una scatola nera che colleziona informazioni, elabora statistiche e sputa sentenze sulla base di parole chiave scovate nei *curricula* caricati online. Tocca pre-

cisare che i dati sui lavoratori possono essere raccolti da varie fonti, dentro e fuori il posto di lavoro: numero di battiture sulla tastiera, quantità e durata delle telefonate, lista dei siti internet visitati durante l'orario di lavoro, tono e contenuto delle conversazioni tra colleghi, ma anche elenco dei posti visitati deducibile per mezzo della geolocalizzazione e delle condivisioni attraverso i profili personali sui *social media*. Se si aggiungono le potenzialità del *natural language processing*, l'analisi computerizzata del linguaggio, si ottiene una rappresentazione iperdettagliata, che include caratteristiche personali probabilmente ignote allo stesso candidato.

Un servizio online dal nome emblematico, *Predictim*, promette la possibilità di compiere attività di profilazione (con modalità quasi investigative) grazie a sistemi che scandagliano ogni esternazione sui canali social dei candidati per desumere la personalità. Misurare l'«impiegabilità» è l'obiettivo che si è data *HireVue*, società leader nel settore che utilizza fotocamere e algoritmi per stabilire quale potenziale collaboratore abbia la stoffa per entrare in organico – il software è utilizzato anche da catene di hotel e banche d'investimento, e parrebbe che persino alcune università statunitensi stiano pensando di introdurre corsi in cui si insegnano i capisaldi di questa pseudoscienza, al fine di rendere competitivi i propri laureati. A colpi di parole chiave e sorrisoni. Con mezza dozzina di domande selezionate a cura del futuro datore di lavoro, *HireVue* è in grado di ottenere fino a cinquecentomila punti dati, che diventano gli «ingredienti» del punteggio assegnato ad ogni persona esaminata. Sulla base di queste metriche (competenze, attitudine all'apprendimento, coscienziosità e responsabilità, trascorsi familiari, propensione al consumo, equilibrio personale) si costruisce l'indice di successo. Più efficace sarà il sistema, maggiore è il rischio di creare una monocultura aziendale in cui ogni neoassunto ricale il profilo di quello precedente: un processo irreversibile di omogeneizzazione.

Le regole oggi vigenti possono poco in fatto di inferenze

non intuitive né verificabili. Prima che entrasse in vigore il nuovo Regolamento UE sulla protezione dei dati personali (meglio noto come GDPR), il Comitato europeo per la protezione dei dati ha ribadito che la raccolta delle informazioni dai profili personali dei candidati deve limitarsi a quanto necessario e rilevante per l'assunzione in una data posizione, a patto che lo stesso concorrente sia debitamente informato e che i dati vengano distrutti a processo concluso, indipendentemente dall'esito⁴⁹. Lo stesso comitato, la cui missione consiste nella pubblicazione di «orientamenti generali al fine di promuovere un'interpretazione comune delle normative europee sulla protezione dei dati, sia nell'Unione Europea sia nel resto del mondo», ha precisato che pratiche invasive come quelle della tracciatura dei movimenti di mouse e tastiera o delle attività sullo schermo (sempre più diffuse nello *smart working*) non sarebbero ammesse a rigor del Regolamento 2016/679, lo strumento con cui l'Unione Europea si è confermata nella sua posizione di leader internazionale, e a cui si aggiungerà il Regolamento *e-privacy*, in fase di gestazione⁵⁰. Secondo gli esperti, infatti, si tratta di modalità di sorveglianza del tutto sproporzionate che mancano di una base giuridica solida.

E la legge? Il modello di «decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato» è meritevolmente disciplinato dal GDPR⁵¹. In particolare, l'articolo 22 preclude la possibilità di attuare decisioni basate esclusivamente su processi automatizzati che producano effetti legali o analoghi in capo al soggetto interessato a meno di non prevedere precisi standard di garanzia. Il lavoratore ha il diritto di non essere sottoposto a trattamenti di questo tipo. Anche i dati pseudononizzati rientrano nell'ambito applicativo della nuova misura. È forse la previsione più innovativa del Regolamento, capace di erigere una primissima linea di difesa rispetto all'avanzata delle pratiche di reclutamento e gestione algoritmica della forza lavoro⁵². Più precisamente, gli interpreti ci diranno a stretto giro se, pur riferendosi a modelli esclusivamente automatizzati, il testo del GDPR sia in grado di scongiurare che

un minimo intervento umano – del tutto gregario rispetto alla decisione automatica – possa esentare tali sistemi dagli standard di tutela⁵³.

A ben vedere, il generale divieto di processi decisionali unicamente automatizzati è accompagnato da una lista di eccezioni non trascurabili. La profilazione⁵⁴ o la gestione algoritmica sono ammesse: *a*) se necessarie per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; *b*) se autorizzate dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; *c*) se basata sul consenso esplicito dell'interessato. Evidentemente, nel terzo e nel primo caso (che individua anche la fattispecie di un rapporto di lavoro), il titolare del trattamento è tenuto ad attuare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, «almeno il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere l'opinione [dell'interessato] e di contestare la decisione». Vi è la possibilità di derogare al divieto solo in presenza di consenso espresso, che tuttavia non è una base sufficiente nel contesto del rapporto di lavoro, per via della disparità di potere negoziale, o anche nel caso di moduli che riportino condizioni standardizzate.

È d'altra parte significativo che il Regolamento abbia fissato un limite invalicabile, rappresentato dal principio per cui le decisioni algoritmiche, anche quelle ammesse, non possano essere basate su dati sensibili (salute, orientamento sessuale, opzioni ideologiche e sindacali, appartenenze etniche), a meno che non sia l'interessato ad acconsentire o che il trattamento sia necessario per motivi di interesse pubblico. In questi casi vanno adottate misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato. Per quanto riguarda il lavoro, il GDPR è apprezzabile per il ruolo preminente che affida alla «sovranità collettiva» dei dati personali: agli Stati membri è data facoltà di prevedere, per mezzo di leggi o contratti collettivi, «norme più speci-

fiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di assunzione, esecuzione del contratto di lavoro» (art. 88)⁵⁵.

Troppo spesso, tuttavia, gli interpreti sottovalutano la portata di certe tecnologie, specie di quelle legate all'utilizzo dei dati personali. Vi è come l'impressione che, proprio in questo settore, un'interpretazione «analogica» (in tutti i sensi) delle regole approntate in un passato neanche troppo lontano sia oggi un'arma spuntata al cospetto di un attacco tanto efferrato alle sfere privata e professionale. Nonostante i filtri senz'altro positivi legati al principio della minimizzazione, del rispetto della finalità e della proporzionalità, lo stesso Regolamento europeo corre il rischio di una fulminea obsolescenza, proprio in ragione delle nuove sfide rappresentate dalla tutela dei dati personali negli ecosistemi in cui operino apparati di intelligenza artificiale e *machine learning*. Sandra Wachter, giurista in forza all'Oxford Internet Institute, ha mosso una critica al GDPR che, a suo dire, si concentrerebbe sull'inesistenza, vale a dire sul momento della raccolta dei dati, ma non abbastanza su quello dell'elaborazione. Una volta ottenuti legittimamente, nessun limite sarebbe imposto all'analisi inferenziale – la funzione attraverso cui gli algoritmi sono in grado di estrarre schemi ricorrenti a partire da grandi quantità di dati, che resterebbe una terra di nessuno⁵⁶. In realtà, ci sono ottimi argomenti per sostenere il contrario: è assurdo limitare la raccolta di dati, che si basa su fatti certi (ad esempio il fatto che una persona compri molto *junk food*), e non limitare le «deduzioni» che gli algoritmi traggono da questi dati (ad esempio, predire un certo stato di salute di quella stessa persona). Il Comitato europeo per la protezione dei dati ritiene, quindi, che le inferenze siano coperte dal GDPR. Il fatto che se ne debba discutere, però, solleva più di un dubbio su quanto il legislatore europeo si sia reso conto dei rischi che derivano dalle deduzioni degli algoritmi.

Da un punto di vista filosofico, non mancano altri dilem-

mi. Il fatto è che gli algoritmi non sono programmati per essere "giudiziosi". Viceversa, ricevuto un compito, lo portano a termine nel modo più efficace possibile, a scapito proprio di quella flessibilità critica tipica degli esseri umani. Come si interagisce allora con un sistema che non conosce il bilanciamento di valori e principi? Anche per questo motivo, senza restare intrappolati in generiche disquisizioni sull'eticità degli strumenti digitali, serve invece ricorrere agli strumenti tipici del campo dei diritti umani, prima fra tutti la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) che all'articolo 8 tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e propria corrispondenza.

La Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo ha interpretato questa previsione come un divieto di mettere in atto pratiche eccessive e sproporzionate di controlli da remoto sul personale. Nel 2018, il Consiglio d'Europa ha adottato un protocollo di aggiornamento che modernizza la data (è del 1981) Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, ratificata dall'Italia nel marzo 2019. Per quanto i contenuti non si discostino significativamente da quelli del Regolamento europeo che, tuttavia, offre un livello non paragonabile di protezione, anche alla luce dei suoi obiettivi "commerciali", la nuova Convenzione stabilisce il diritto di non essere sottoposti a decisioni automatizzate che determinino effetti significativi, senza essere coinvolti. In linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è lecito aspettarsi che siano le imprese a dover provare la natura non discriminatoria e rispettosa delle regole europee di algoritmi e sistemi a cui sono delegate funzioni di comando.

Allo stesso tempo, occorre semplificare i passaggi che innescano il ribaltamento dell'onere della prova. Questo auspicio serve da contraltare al rifiuto da parte di molti "grandi feudatari" degli algoritmi di rendere trasparenti e controllabili le meccaniche degli stessi, adducendo come motivazio-

ne il segreto industriale e la proprietà intellettuale dietro le applicazioni⁷⁷, come se si trattasse della ricetta segreta della Nutella. Con l'enorme differenza che la celebre crema di noccioline non prende decisioni sulla nostra vita, al più sul girovita. La volontà di non rendere noto il funzionamento di questi meccanismi è una pretesa da rispedire al mittente (tra l'altro profondamente contraddittoria: si invoca la riservatezza per sé mentre si annulla la *privacy* di tutti), ma nel frattempo bisogna contenere i danni di un sistema ingiusto azionando tutte le leve giuridiche a disposizione.

La verificabilità della logica utilizzata nei processi decisionali automatizzati e del peso e delle conseguenze di tale trattamento per l'interessato è un elemento cruciale, anche ai fini dell'applicazione delle norme antidiscriminatorie. Per esempio, la giurisprudenza UE ammette che un condotta discriminatoria messa in atto da un cliente possa essere rimproverata al datore di lavoro dell'individuo che ne patisce le conseguenze⁷⁸. A maggior ragione, c'è bisogno di poter risalire la corrente delle decisioni automatiche fino alla fonte.

3. Il lavoro al servizio della tecnologia

Se il digitale nobilita l'uomo, vale anche il viceversa. Nei paragrafi che seguono esploreremo gli universi paralleli in cui le energie di lavoratori in carne e ossa nutrono meccanismi apparentemente innovativi, eppure "a propulsione umana". È così che "il lavoro che resta" viene processato da sistemi di filtraggio automatico e abbinato al committente ideale in fase di reclutamento, o finisce incastrato in una maglia di algoritmi che lo governano cnicamente e se ne dis fanno senza colpo ferire, o ancora scompaiono ai nostri occhi mentre si mette al servizio di intelligenze presunte artificiali le quali, ad oggi, fanno fatica a distinguere l'immagine del muso di un chihuahua da quella di un muffin al mirtillo, e hanno bisogno costante di supervisione e supporto. Il comune denominatore, manco a dirlo, ha a che fare con un processo di "cablaggio