

Working Paper

**ADAPT**

www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

# **Il d.lgs. n. 104/2022 nella prospettiva del diritto sindacale**

## *Quale futuro per le relazioni industriali?*

**Domenico Iodice**  
*Dipartimento Giuridico*  
*Fondazione Fiba*

**Working Paper n. 1/2023**

## ABSTRACT

Il d.lgs. n. 104/2022 implementa alcuni diritti individuali, in prevalenza di natura informativa, e ne rafforza l'esigibilità. La tutela dei diritti è però affidata esclusivamente all'iniziativa dei singoli lavoratori: in sostanza il Decreto agisce nel solco della tendenza legislativa in atto, che sembra quasi disintermediare la rappresentanza collettiva dei diritti soggettivi nel rapporto di lavoro.

Allo squilibrio di forza contrattuale tra parte debole e parte forte, tipica del rapporto di lavoro, non può essere posto rimedio con le sole tutele individuali di legge: la pervasività dei sistemi informatizzati di controllo delle performance e la correlata invasività nella sfera personale rendono necessario un monitoraggio costante e complessivo dell'organizzazione del lavoro. Occorrerà pertanto che il dialogo sociale sviluppi in autarchia, con intelligenza sociale e lungimiranza politica, le condizioni e gli strumenti giuridici per rafforzare l'area e l'efficacia della contrattazione collettiva.

## I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- Gli attuali, profondi cambiamenti organizzativi si traducono in formule del lavoro remotizzato distanti dagli schemi contrattuali consolidati, determinando incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti soggettivi applicabili.
- Per fronteggiare la crescente individualizzazione del rapporto di lavoro, il legislatore sembra voler privilegiare le tutele minime individuali rispetto ai presidi di contrattazione collettiva.
- Si rafforzano: esigibilità *'uti singuli'* dei diritti soggettivi, apparato sanzionatorio e regime probatorio di favore, senza escludere forme di assistenza sindacale
- L'unico riconoscimento di legge di un diritto collettivo, peraltro limitato alla mera informativa sindacale, riguarda la c.d. *gestione algoritmica* dell'organizzazione del lavoro. Si avvia dunque la necessaria *disclosure* informativa, ma manca il necessario riconoscimento di un correlato *diritto a contrattare* l'organizzazione del lavoro.

## IL MESSAGGIO

Dato il carente quadro giuridico generale, occorre azionare senza indugi le scarse leve fornite dal Decreto 104, nella prospettiva del diritto sindacale, per fronteggiare la dirompenza dei nuovi modelli organizzativi aziendali.

Occorre attivare una interlocuzione sindacale, sia a livello settoriale sia a livello aziendale, per acquisire le informazioni relative ai sistemi automatizzati adottati dalle imprese. Si tratta dell'unica *leva diretta*, introdotta dalla riforma, per avviare un confronto sindacale su principi e criteri di costruzione degli algoritmi gestionali, nonché su forme di monitoraggio operativo e correttivi da introdurre a valle dei processi. In secondo luogo, occorre utilizzare anche le *leve indirette*: verificare la coerenza degli attuali impianti contrattuali di primo e di secondo livello con le nuove norme di legge sui diritti individuali, procedere agli eventuali adeguamenti normativi, almeno in occasione dei rinnovi degli accordi collettivi a scadenza.

# Indice

1. Il processo normativo comunitario: dalla Direttiva UE 2019/1152 al d.lgs. n. 104/2022 .....	4
1.1. Una normativa per il diritto del lavoro o anche per il diritto sindacale? .....	4
1.2. Quale disciplina collettiva per la nuova “terra di mezzo” del lavoro digitalizzato? .....	4
1.3. Il diritto del lavoro comunitario al bivio: tutele minime individuali o presidi forti di contrattazione collettiva? .....	5
1.4. Alcuni passaggi-chiave della c.d. Direttiva Trasparenza.....	6
1.5. L’iter legislativo italiano e i “diritti individuali” sanciti dal Decreto 104 più significativi in chiave di tutela collettiva.....	8
2. Le formule di tutela collettiva nel nuovo quadro normativo eteronomo .....	11
2.1. Il diritto di informativa sindacale sulla c.d. “gestione algoritmica” dell’organizzazione del lavoro.....	11
2.2. Quando sussiste l’obbligo informativo? .....	11
2.3. Qual è il contenuto dell’obbligo informativo, in che modo è assolto e come è sanzionata la sua violazione?.....	13
2.4. L’”accesso ai dati” e alle informazioni diviene una prerogativa anche sindacale .....	14
2.5. L’informativa sindacale sui sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati: una rivoluzione a metà.....	16
3. La funzione sociale della contrattazione collettiva: fonte di produzione di diritti individuali e argine alla individualizzazione del rapporto di lavoro .....	17
3.5. (Provvisorie) conclusioni e (strutturali) prospettive .....	17
4. Nota delle fonti normative utilizzate .....	20

# 1. Il processo normativo comunitario: dalla Direttiva UE 2019/1152 al d.lgs. n. 104/2022

## 1.1. Una normativa per il diritto del lavoro o anche per il diritto sindacale?

Con il d.lgs. 27 giugno 2022 n. 104 (di attuazione della “Direttiva Trasparenza” UE 2019/1152) si stabilisce una disciplina di maggior dettaglio e di maggior tutela rispetto alla normativa preesistente (d.lgs. n. 152/1997) in tema di informazione e trasparenza sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro. In particolare ne viene ampliato il campo di applicazione: si superano i confini del lavoro subordinato e si introducono nuovi, più pregnanti e più tempestivi obblighi informativi datoriali, la cui violazione è peraltro sanzionata (la definizione di sanzioni “*effettive, proporzionate e dissuasive*” è affidata dalla Direttiva agli Stati membri in sede di recepimento legislativo).

L’art. 4 del precitato d.lgs. n. 104/2022 riscrive interamente i primi quattro articoli del d.lgs. n. 152/1997, concernente l’obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro. D’altro lato si introducono anche *prescrizioni minime* relativamente alle condizioni di lavoro e misure di tutela contro comportamenti ritorsivi o pregiudizievoli conseguenti all’esercizio, da parte del lavoratore, dei diritti sanciti dal Decreto. Indubbiamente si rafforza, in tal modo, l’esigibilità di alcuni diritti individuali; d’altro canto si tratta di diritti in prevalenza di natura informativa (meno significativi quelli di natura sostanziale, con qualche eccezione significativa<sup>1</sup>). L’esercizio e l’azionabilità di tali diritti sono affidati quasi esclusivamente all’iniziativa e alla difesa diretta da parte dei singoli lavoratori: in sostanza il Decreto sembra agire nel solco di una tendenza legislativa che quasi disintermedia la rappresentanza sindacale, collettiva dei diritti soggettivi nel rapporto di lavoro. Evitiamo però di avventurarci fin da subito in commenti che possono apparire apodittici; per comprendere la portata oggettiva della nuova normativa nel panorama attuale del diritto sindacale italiano, facciamo un passo indietro e richiamiamo la matrice comunitaria del Decreto.

## 1.2. Quale disciplina collettiva per la nuova “terra di mezzo” del lavoro digitalizzato?

Il mercato del lavoro e lo stesso diritto del lavoro hanno subito profondi cambiamenti a causa dello sviluppo demografico e della digitalizzazione: sono apparse nuove forme di lavoro che hanno favorito l’innovazione organizzativa, alcune delle quali (si pensi alle formule del lavoro su piattaforme e alle modalità del lavoro remotizzato) si distanziano notevolmente dai rapporti di lavoro tradizionali e dagli schemi contrattuali consolidati: in termini di prevedibilità, ciò ha determinato incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti applicabili ai lavoratori interessati. Detta incertezza non riguarda solo i rapporti di lavoro autonomo, connotati sempre più dal carattere della “parasubordinazione” (il che è un effetto della pervasività dei sistemi ICT), ma

---

<sup>1</sup> Si pensi esemplarmente al diritto al c.d. “*impiego in parallelo*” di cui all’art. 9, di seguito commentato a proposito del decreto legislativo di recepimento in Italia.

coinvolge e travolge gli stessi rapporti di lavoro subordinato: per effetto della implementazione della digitalizzazione svaporano le coordinate spazio-temporali della prestazione lavorativa, fino a insidiarne persino la natura giuridica, che è tradizionalmente definita come “obbligazione di mezzi”.

La Direttiva UE 2019/1152 (c.d. Direttiva Trasparenza) interviene proprio in questa “terra di mezzo” tracciata dalla trasformazione digitale, dichiarando un obiettivo ambizioso: contribuire a realizzare “*un’occupazione più trasparente e prevedibile*”. Detta Direttiva innerva gli enunciati di principio del c.d. “Pilastro europeo dei diritti sociali” e, insieme alla c.d. Direttiva Sostenibilità (CSRD) e alla Proposta di Direttiva sulla “Due diligence” (*in itinere*), implementa il manipolo di obblighi e di doveri dell’impresa, in una prospettiva che prova a recuperarne funzione sociale e responsabilità giuridica: pubblica e, soprattutto, verso i lavoratori. E’ importante partire da qui, cioè dal tenore normativo della Direttiva Trasparenza, per comprenderne il portato giuridico e individuare quanto di esso sia stato effettivamente trasposto (e quanto invece smarrito) nel recepimento italiano, operato con il d.lgs. n. 104/2022.

### **1.3. Il diritto del lavoro comunitario al bivio: tutele minime individuali o presidi forti di contrattazione collettiva?**

Il legislatore europeo si dibatte da tempo nello sforzo di esperire difficili sintesi tra due spinte politiche (e due opzioni) alternative, se non addirittura contrapposte: da un lato, favorire il dialogo sociale e la negoziazione collettiva come modalità elettiva e base normativa di regolazione della materia giuslavoristica (oltre che sindacale); dall’altro, cedere alla deriva destrutturante dell’individualizzazione del rapporto di lavoro e stabilire un riequilibrio correttivo e prescrittivo in termini di diritti minimi per tutti i lavoratori. Neppure la Direttiva Trasparenza è rimasta immune a questa dialettica, che è interna al dibattito europeo e si è risolta, in questo caso, con una precisa scelta di campo del legislatore comunitario: l’eteroregolamentazione del rapporto di lavoro in funzione di (parziale) correttivo alla c.d. “contrattazione diretta” tra datore di lavoro e lavoratore, che accompagna la flessibilizzazione della prestazione. Il legislatore comunitario riconosce implicitamente alle parti sociali un ruolo solo vicariante, e complessivamente marginale, nella gestione dei processi d’impresa. L’accelerazione dei processi nell’attuale fase post-pandemica vede come assoluta protagonista l’iniziativa organizzativa imprenditoriale, che tende ad operare rapidamente nel mercato del lavoro e nell’organizzazione del lavoro, con solo limite del rispetto della legge (in particolare dei c.d. diritti minimi espressamente sanciti) e delle previste procedure contrattuali di confronto sindacale (oltre che ovviamente delle altre previsioni contrattuali). Ci concentreremo, nel presente approfondimento, piuttosto che su tali diritti minimi individuali, quasi esclusivamente sugli aspetti normativi che, negli enunciati della Direttiva e del Decreto italiano Trasparenza, impattano sul complesso mondo delle relazioni industriali e specificamente della contrattazione collettiva. Ne valuteremo gli effetti “a valle”, cioè sul diritto sindacale, alla luce dei processi, tuttora in atto, di *disruptive innovation*.

## 1.4. Alcuni passaggi-chiave della c.d. Direttiva Trasparenza

Nell'evidenziare alcuni passaggi-chiave della Direttiva Trasparenza, va anzitutto detto che alcuni dei suoi enunciati più significativi non sono contenuti nell'articolato, ma rimangono relegati nei c.d. "considerando", ovvero nella parte di premessa che lo precede. Mentre le norme contenute negli articoli della Direttiva hanno portata precettiva *stricto iure*, impegnando i legislatori nazionali a trasporre e tradurne significato e vincoli, le norme contenute nei "considerando" ne costituiscono invece le premesse politiche, costituiscono la *ratio legis*, i principi generali utili ad orientare l'azione legislativa di recepimento nazionale e a fondare l'ermeneutica giurisprudenziale. Ma sarebbe riduttivo ritenere i "considerando" solo ciò; essi contengono anche potenziali norme giuridiche, che, sebbene formulate in forma di "raccomandazioni" prive di forza precettiva e sanzionatoria, appaiono ciononostante capaci di informare l'identità politica del provvedimento comunitario nel suo insieme. Ci limiteremo in questa sede ad enucleare, dalla Direttiva, i principi rilevanti per il diritto sindacale, omettendo cioè quelli rilevanti per il solo diritto del lavoro.

In primo luogo richiamiamo il **Considerando 8**. Nella sua giurisprudenza, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito criteri per determinare la condizione di lavoratore subordinato. I lavoratori effettivamente autonomi non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della Direttiva, in quanto non soddisfano tali criteri. Eppure l'abuso della qualifica di lavoratore autonomo, quale definito dal diritto nazionale di ciascun Paese membri dell'UE, costituisce un "*falso lavoro autonomo*": esso "*ricorre quando il lavoratore è formalmente dichiarato come lavoratore autonomo pur soddisfacendo tutti i criteri che caratterizzano un rapporto di lavoro*" subordinato. Tali lavoratori, secondo l'enunciato del considerando, dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della Direttiva Trasparenza, ed essere quindi riconosciuti come titolari dei diritti individuali ivi sanciti. Analogamente, anche se ciò non è esplicitato nella norma, dovrebbe essere riconosciuta alle parti sindacali delle relazioni industriali la titolarità dei connessi diritti collettivi, favorendo in tal modo l'accertamento e il presidio del rapporto di lavoro subordinato. Si tratta di un principio purtroppo privo di precipitato giuridico, cioè non tradotto in alcun modo nell'articolato della Direttiva.

Nel **Considerando 25** è esplicitata e tracciata una norma-obiettivo per i legislatori nazionali, chiamati alla trasposizione della Direttiva: "*Per aiutare i datori di lavoro a fornire informazioni tempestive (ai lavoratori: n.d.r.), gli Stati membri dovrebbero poter fornire modelli a livello nazionale e pertinenti informazioni sufficientemente complete sul quadro giuridico applicabile. Tali modelli potrebbero essere ulteriormente elaborati a livello settoriale o locale dalle autorità nazionali e dalle parti sociali. La Commissione sosterrà gli Stati membri nell'elaborazione di modelli e formati e li renderà ampiamente disponibili, se del caso*". Insomma, il prototipo delle informazioni da fornire dovrebbe essere standardizzato, o perlomeno reso omogeneo con specificità di dati almeno a livello settoriale: per la realizzazione di tale lavoro rimane insostituibile il ruolo delle parti sociali, che sembrano (per competenza, sensibilità, rappresentanza di interessi in contraddittorio) i soggetti più idonei a raccogliere la raccomandazione comunitaria a regolare la materia. Tale assunto è confermato anche nel **Considerando 38**, che tuttavia, ad avviso di chi scrive, introduce una raccomandazione più di stile che di sostanza: "*È opportuno rispettare l'autonomia delle parti sociali e il loro ruolo di*

*rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro. Le parti sociali dovrebbero quindi poter ritenere che, in particolari settori o situazioni, per perseguire lo scopo della presente Direttiva siano più appropriate disposizioni diverse rispetto ad alcune norme minime stabilite nella presente Direttiva. Gli Stati membri dovrebbero pertanto poter consentire alle parti sociali di mantenere, negoziare, stipulare e applicare contratti collettivi che differiscono da alcune disposizioni contenute nella presente Direttiva, a condizione che il livello generale di protezione dei lavoratori non sia abbassato".*

Deve far riflettere, a riguardo, che tale "considerando" sia uno dei pochi ad aver trovato riscontro nel conseguente "articolato": eppure la formulazione della norma giuridica non ne rappresenta affatto una fedele e puntuale traduzione in precetto!

L'**articolo 14** della Direttiva, rubricato evocativamente come "*Contratti collettivi*", statuisce infatti a riguardo che: "*Gli Stati membri possono consentire alle parti sociali di mantenere, negoziare, concludere e applicare contratti collettivi, in conformità del diritto o delle prassi nazionali, che, nel rispetto della protezione generale dei lavoratori, stabiliscano disposizioni concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori che differiscono da quelle di cui agli articoli da 8 a 13*"<sup>2</sup>.

La "*deminutio*" che si apprezza (come differenza negativa) nel passaggio dal principio al precetto (cioè dal considerando all'articolato) è che la *condizionalità ostativa*, rappresentata dalla verifica del mancato "*abbassamento*" del "*livello generale di protezione dei lavoratori*" sia stata stemperata e riformulata come più generico e meno stringente "*principio di rispetto della protezione generale dei lavoratori*". La semplice comparazione dei due testi giustapposti, nel pur breve passaggio lessicale che separa il considerando dall'articolato, testimonia la difficoltà del legislatore comunitario di trovare persino sintesi con...se stesso. Tali difficoltà ovviamente aumentano esponenzialmente quando il rispetto di principi e raccomandazioni della Direttiva è ulteriormente demandato ai vari legislatori nazionali.

A tale riguardo, di per sé esplicativo è il fatto che nell'intero *corpus* normativo della Direttiva, l'unico riferimento esplicito alla contrattazione collettiva sia, per l'appunto, il citato **art. 14**. Esso peraltro introduce una mera facoltà, non un obbligo di riconoscimento della *nomopoiesi* dei contratti collettivi. Non sfugge inoltre all'attento osservatore che, in base alla formula del testo normativo, i contratti collettivi possano persino decidere di "*mantenere*" norme di contratto preesistenti all'introduzione della nuova Direttiva, ancorché quest'ultima introduca specifici elementi di maggior tutela individuale. Ciò pone un interrogativo ulteriore: siffatta scelta di "*mantenimento*" per risultare legittima ed efficace, deve essere necessariamente dichiarata, cioè esplicitata all'atto di rinnovo o di proroga di un CCNL o di un accordo collettivo aziendale in scadenza? O può considerarsi come tacito atto dispositivo (abdicativo) connesso *sic et simpliciter* all'atto di rinnovo o di proroga? C'è insomma il concreto rischio che le parti collettive dispongano di tale delicata materia senza averne piena contezza, il che ci porta a ritenere che sia in ogni caso necessario un esplicito, dichiarato intento "adattivo"

---

<sup>2</sup> Negli articoli da 8 a 13 la Direttiva disciplina, al Capo III ("Prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro") la durata massima dei periodi di prova (art. 8), il c.d. "impiego in parallelo", ovvero la facoltà del lavoratore di accettare impieghi presso altri datori di lavoro (art. 9), la prevedibilità minima del lavoro (art. 10), le "misure complementari per i contratti a chiamata" (art. 11), la transizione a forme di lavoro più tutelate (art. 12), la formazione obbligatoria (art. 13).

perché si producano gli effetti della c.d. “contrattazione di prossimità” prevista dalla Legge 14 settembre 2011, n.148.

Un ultimo passaggio sulla Direttiva riguarda il **Considerando 49**. Dopo la previsione della possibilità, per gli Stati membri, di “*affidare alle parti sociali l’attuazione della presente Direttiva, a condizione che le parti sociali chiedano congiuntamente di farlo e che gli Stati membri adottino tutte le misure necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla presente Direttiva*”<sup>3</sup>, la norma prevede, aggiuntivamente, che “*essi dovrebbero anche, in conformità del diritto e delle prassi nazionali, adottare misure adeguate per garantire l’effettiva partecipazione delle parti sociali nonché promuovere e rafforzare il dialogo sociale in vista dell’attuazione delle disposizioni della presente Direttiva*”. Riteniamo che l’ultima parte della raccomandazione, *completamente e improvvidamente trascurata nell’articolato della Direttiva* (e conseguentemente omessa anche nel Decreto lgs.104/2022), introduca un vincolo politico di coinvolgimento delle parti sociali di carattere generale: che non riguarda cioè l’attività di trasposizione della Direttiva nel Paese membro (per la quale sarebbe sempre necessaria una “richiesta congiunta”), ma si riferisce all’attuazione, in sé e per sé, della “*effettiva partecipazione*” sindacale alla nuova “*programmazione del lavoro*” e “*organizzazione del lavoro*” (le cui definizioni sono fornite all’art. 2 della Direttiva). E’, questo della partecipazione, un tema cruciale, riguardante l’attuazione finora trascurata dell’art. 46 della Costituzione repubblicana, che sancisce che “*ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende*”. Il legislatore comunitario sembra essersi finalmente accorto, sia pur solo nelle premesse politiche della Direttiva, che un’organizzazione del lavoro così pervasiva, come quella che rinvia dalla trasformazione digitale, e così invasiva sulla privacy dei lavoratori, come quella che deriva dal sistema dei controlli dell’ICT, postula una condivisione preventiva delle scelte con le Parti sociali. Tale anelito politico, purtroppo non tradotto in precetto, contiene tuttavia, almeno *in nuce*, le premesse per implementare l’attuale struttura del diritto sindacale italiano pur costituendo, allo stato, un’occasione di riforma legislativa clamorosamente mancata.

Volendo con spirito costruttivo valorizzare appieno le (poche) luci contenute nella Direttiva, vale la pena di focalizzare l’attenzione sul Decreto lgs. 104/2022, allo scopo di verificare quali di tali elementi di tutela collettiva siano stati introdotti in fase di recepimento.

## **1.5. L’iter legislativo italiano e i “diritti individuali” sanciti dal Decreto 104 più significativi in chiave di tutela collettiva**

Partiamo da una ovvia ma doverosa constatazione obiettiva: non è stata affidata alle Parti sociali la trasposizione in Italia della Direttiva Trasparenza. Rammentiamo che, al

---

<sup>3</sup> Previsione integralmente riportata nell’art. 21 (“recepimento e attuazione”): “Gli Stati membri possono affidare alle parti sociali l’attuazione della presente direttiva, laddove le parti sociali lo richiedano congiuntamente e a condizione che gli Stati membri adottino tutte le misure necessarie per essere sempre in grado di assicurare i risultati prescritti dalla presente direttiva”.

contrario, in precedenza, nel recepimento della Direttiva 2009/38/CE (riguardante l'istituzione dei comitati aziendale europei e le procedure di informazione e consultazione dei lavoratori nelle imprese di dimensioni comunitarie), l'emanazione del Decreto lgs. 113/2012 raccolse i contenuti dell'"avviso comune" sottoscritto dalle parti sociali in data 12 aprile 2011.

In ogni caso, una bozza del Decreto Trasparenza era stata almeno presentata alle parti sociali dal Ministro del lavoro subito prima dell'invio alle Commissioni parlamentari competenti. In quell'occasione la CISL (insieme alle altre Organizzazioni sindacali) aveva avanzato una serie di osservazioni sia al Ministero sia alle Commissioni. Si tratta di osservazioni purtroppo non recepite nel Decreto.

Rispetto ai contenuti del Decreto rilevanti in termini di diritti sindacali, partiamo dal richiamo, a proposito degli obblighi di informazione al lavoratore, alle norme dei CCNL di settore. Non si tratta certo dell'auspicato rafforzamento della c.d. "parte obbligatoria" dei contratti collettivi, ma dell'assolvimento, effettivo e sostanziale, di meri obblighi di comunicazione, garantito tramite il richiamo ai contratti collettivi. Nell'articolo 3 del d.lgs. n. 152/1997 (come modificato dal d.lgs. n. 104/2022), è specificato che il datore di lavoro e il committente pubblico e privato *"comunicano per iscritto al lavoratore, entro il primo giorno di decorrenza degli effetti della modifica, qualsiasi variazione degli elementi di cui agli articoli 1, 1-bis e 2 che non derivi direttamente dalla modifica di disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole del contratto collettivo"*.

Nella **Circolare n. 19 del 20 settembre 2022** il **Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali** commenta che "l'obbligo informativo non è assolto con l'astratto richiamo delle norme di legge che regolano gli istituti oggetto dell'informativa, bensì attraverso la comunicazione di come tali istituti, nel concreto, si atteggiavano, nei limiti consentiti dalla legge, nel rapporto tra le parti, **anche attraverso il richiamo della contrattazione collettiva applicabile al contratto di lavoro**". Tale richiamo è operato principalmente mediante la tecnica del "chiaroscuro": il datore di lavoro ha l'obbligo di comunicare *tutte le variazioni che non derivino dal CCNL*, fungendo dunque il nuovo precetto come intensificazione degli obblighi datoriali con riferimento a precisi parametri, affidati alla responsabilità datoriale di autovalutazione. A riguardo c'è da chiedersi se il richiamo alla contrattazione collettiva per risultare efficace debba comunque implicare una incorporazione, nel testo della comunicazione al lavoratore, delle norme del CCNL e/o degli accordi collettivi aziendali oppure possa ritenersi bastevole un rimando a tale normativa collettiva di riferimento. Su tale tema è intervenuta la **Circolare n. 4 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro del 10 agosto 2022**, cui si rimanda<sup>4</sup>.

In tema di "orario di lavoro programmato", l'articolo 1, comma 1, lett. o) del Decreto prevede che il datore di lavoro fornisca al lavoratore informativa relativa alla

---

<sup>4</sup> In particolare ne riportiamo il seguente stralcio: "Il nuovo art. 1 del d.lgs. n. 152/1997 non fa più espresso riferimento alla possibilità di rendere alcune informazioni al lavoratore mediante il rinvio alle norme del contratto collettivo applicato. Tuttavia, fermo restando che con la consegna del contratto individuale di lavoro o di copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro (v. infra) il lavoratore deve essere già informato sui principali contenuti degli istituti di cui all'art. 1 (ad es. orario di lavoro giornaliero per n. giorni alla settimana; importo retribuzione mensile per numero delle mensilità ecc.), la relativa disciplina di dettaglio potrà essere comunicata attraverso il rinvio al contratto collettivo applicato o ad altri documenti aziendali qualora gli stessi vengano contestualmente consegnati al lavoratore ovvero messi a disposizione secondo le modalità di prassi aziendale".

*“programmazione dell’orario normale di lavoro e le eventuali condizioni relative al lavoro straordinario e alla sua retribuzione, nonché le eventuali condizioni per i cambiamenti di turno, se il contratto di lavoro prevede un’organizzazione dell’orario di lavoro in tutto o in gran parte prevedibile”*. Le informazioni devono comprendere: concreta articolazione dell’orario di lavoro applicata, condizioni dei cambiamenti di turno, modalità e limiti di espletamento del lavoro straordinario e relativa retribuzione. Sebbene la Circolare 19 Ministero del Lavoro chiarisca che tale informativa implica di per sé anche il richiamo a tutti i riferimenti applicativi dei CCNL di riferimento e degli eventuali accordi aziendali che regolano il tema dell’orario nel luogo di lavoro, va detto che, nel silenzio del legislatore, c’è il rischio che gli accordi individuali di flessibilizzazione del lavoro e la normativa unilaterale aziendale risultino particolarmente invasivi della sfera individuale (oltre che eccessivamente pervasivi nella programmazione concreta dell’orario di lavoro): ragion per cui sarebbe stato davvero opportuno introdurre nel testo normativo non solo meri obblighi informativi datoriali, per quanto intensificati, ma anche procedure preventive di confronto sindacale. In sostanza sarebbe stato opportuno prevedere che la regolazione della materia fosse demandata, oltre che alla legge, alle parti collettive. O perlomeno, sarebbe stato necessario almeno che venisse formalizzato un diritto di informativa sindacale rispetto ai dati (aggregati) oggetto di comunicazione ai lavoratori. Tale base strutturata di dati avrebbe dovuto costituire la premessa per stabilire nuovi diritti di consultazione sindacale e nuove modalità di confronto negoziale concernenti il complesso, cruciale tema dell’organizzazione del lavoro. Si tratta di una omissione legislativa gravissima, ad avviso di chi scrive, la cui rilevanza strategica si coglie soprattutto per il fenomeno delle variazioni dell’orario di lavoro successivamente intervenute, che rendono, oggi più che mai, opportuna una comprensione sindacale tempestiva dei fenomeni organizzativi aziendali in atto, qualora essi assumano contorni strutturali o riguardino un arco temporale significativo. Sarebbe stato necessario inoltre rendere possibile un controllo sindacale sulla efficacia applicativa degli accordi collettivi già siglati (ad esempio quelli che riguardano l’implementazione del lavoro in remoto), anche in chiave manutentiva degli accordi stessi.

Le nuove flessibilità del lavoro introdotte dalla trasformazione digitale postulano di per sé grandi e continui cambiamenti organizzativi, afferenti all’uso anche diffuso di turni e orario multi-periodale e alla variazione degli stessi; cionondimeno essi rientrano nella definizione del *“lavoro prevedibile”*, che sarebbe importante assoggettare a regole di prevedibilità: regole, per l’appunto, condivise preventivamente con le parti sociali in quanto rese oggetto di procedure di confronto sindacale. La gestione della nuova organizzazione e programmazione del lavoro è materia troppo delicata per essere lasciata alla contrattazione individuale o al solo potere conformativo e regolamentare datoriale.

## **2. Le formule di tutela collettiva nel nuovo quadro normativo eteronomo**

### **2.1. Il diritto di informativa sindacale sulla c.d. “gestione algoritmica” dell’organizzazione del lavoro**

L’unico punto (peraltro di grande importanza prospettica) del d.lgs. n. 104/2022 che entra davvero nel merito dell’ampliamento dei diritti sindacali riguarda gli “*ulteriori obblighi informativi*” gravanti sul datore di lavoro qualora questi utilizzi sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati. L’articolo 1-bis del d.lgs. n. 152/1997, inserito dall’articolo 4, lett. b), del d.lgs. n. 104/2022, prevede a riguardo che “*Il datore di lavoro o il committente pubblico e privato è tenuto ad informare il lavoratore dell’utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell’incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell’assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l’adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori. Resta fermo quanto disposto dall’articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300*”.

La norma è di grande rilevanza politica, perché per prima tratta, in una prospettiva anche sindacale, la questione dei “*sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati*” introdotti dalle aziende e dai quali le medesime traggono “*indicazioni rilevanti*” per l’assunzione, la cessazione del rapporto di lavoro o l’assegnazione di incarichi al lavoratore. Dal tenore letterale e logico della disposizione sembra potersi desumere che l’automatizzazione dei sistemi informatici non implichi di per sé anche l’automatizzazione dei processi decisionali: le “*indicazioni rilevanti*” che vengono tratte dai sistemi lasciano intendere che le operazioni finali di valutazione e di volizione (cioè le decisioni) aventi riflesso sul rapporto di lavoro rimangano *atti squisitamente umani*, imputabili cioè a persone fisiche che rappresentano l’impresa e non alle macchine. Analoghe considerazioni valgono per l’ulteriore precetto, che riguarda le “*indicazioni incidenti*”, ugualmente ricavabili dai sistemi automatizzati, che rilevino ai fini della sorveglianza, della valutazione del lavoratore, del controllo della prestazione e persino della misurazione dell’esatto adempimento della prestazione di lavoro.

Entrambe le previsioni normative disciplinano (intensificandoli) gli obblighi informativi datoriali, sul presupposto che la pervasività dei sistemi automatizzati determini processi di organizzazione del lavoro di per sé maggiormente invasivi della sfera privata e pertanto meritevoli di un riequilibrio normativo a tutela dei lavoratori.

### **2.2. Quando sussiste l’obbligo informativo?**

A tale riguardo il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nella Circolare 19 del 20 settembre 2022 (rivolta principalmente ai datori di lavoro e tesa a facilitare l’applicazione del Decreto) afferma che per sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati “*si intendono quegli strumenti che, attraverso l’attività di raccolta dati ed elaborazione degli stessi effettuata tramite algoritmo, intelligenza artificiale, ecc., siano*

*in grado di generare decisioni automatizzate” e chiosa che “l’obbligo dell’informativa sussiste anche nel caso di intervento umano meramente accessorio”.*

Nella sostanza, il Decreto 104 non esonera dunque il datore di lavoro dal nuovo obbligo informativo nel solo caso, davvero residuale (se non di scuola), in cui *“la disciplina della vita lavorativa del dipendente, o suoi particolari aspetti rilevanti, siano interamente rimessi all’attività decisionale di sistemi automatizzati. Ad esempio, l’obbligo dell’informativa sussiste nelle seguenti ipotesi: 1. assunzione o conferimento dell’incarico tramite l’utilizzo di chatbots durante il colloquio, la profilazione automatizzata dei candidati, lo screening dei curricula, l’utilizzo di software per il riconoscimento emotivo e test psicoattitudinali, ecc.; 2. gestione o cessazione del rapporto di lavoro con assegnazione o revoca automatizzata di compiti, mansioni o turni, definizione dell’orario di lavoro, analisi di produttività, determinazione della retribuzione, promozioni, etc., attraverso analisi statistiche, strumenti di data analytics o machine learning, rete neurali, deep-learning, ecc.”.*

La Circolare del Ministero si preoccupa di individuare le circostanze esimenti dall’obbligo informativo, escludendole nella situazione di **sistemi decisionali** completamente automatizzati. In realtà la completa automatizzazione, oltre che costituire *de facto* una fattispecie residuale (se non addirittura una ipotesi concettuale) sembra essere altresì vietata dalla legge, in corrispondenza di un diritto soggettivo della persona fisica. Infatti l’art. 22 del GDPR (rubricato "Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione") sancisce che *“l’interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”.* Di tale norma (dotata di rango primario in quanto disciplinata da un regolamento comunitario) la Circolare ministeriale non sembra fare menzione.

Sul tema dei **sistemi di monitoraggio** la questione è ancora più complessa. Detti sistemi, oltre ad essere interamente automatizzati, non integrano di per sé la necessità di alcun atto di valutazione e di volizione umano (come invece accade per i sistemi decisionali), ma appaiono *comunque* in grado di fornire al datore di lavoro informazioni molto dettagliate e potenzialmente invasive e lesive della sfera personale del lavoratore, anche in vista di potenziali decisioni afferenti al rapporto di lavoro. Quindi, secondo le indicazioni del Ministero, il datore di lavoro ha a riguardo sempre e in ogni caso l’obbligo di informare il lavoratore dell’utilizzo di tali sistemi automatizzati, *“quali – a puro titolo di esempio: tablet, dispositivi digitali e wearables, gps e geolocalizzatori, sistemi per il riconoscimento facciale, sistemi di rating e ranking, etc.”*

Va inoltre rammentato quanto peraltro espressamente richiamato dal Legislatore del Decreto 104 e cioè che, per effetto della riforma dell’art. 4 della Legge 300/1970 operata dal Jobs Act<sup>5</sup>, se da un lato è semplificata l’installazione degli impianti e delle apparecchiature di controllo, dall’altro è confermato ed anzi enfatizzato il principio di responsabilità giuridica di ultima istanza del datore di lavoro in ordine alla efficacia degli approntamenti realizzati a tutela della privacy del lavoratore. Il datore risponde anche, in particolare, della liceità, congruità, pertinenza, non eccedenza dei dati acquisiti e dei controlli effettuati. Il combinato disposto delle due normative di riferimento

---

<sup>5</sup> Il Decreto Lgs. 151/2015 ha disposto con l’art. 23 comma 1 la modifica del citato art. 4; il Decreto Lgs. 185/2016 ha disposto con l’art. 5 comma 2 la modifica del comma 1 del richiamato art. 4

(Decreto 104 e art. 4 Legge 300) produce indubbiamente un quadro normativo la cui portata applicativa apre interessanti spazi di azione sindacale, consentendo una feconda interlocuzione anche con il Garante della Privacy<sup>6</sup>, ai fini della valutazione dell'efficacia delle misure aziendali di protezione dei lavoratori. A riguardo, rammentiamo che l'art. 36 GDPR ("consultazione preventiva") prevede che il datore di lavoro, prima di procedere al trattamento (per il quale è considerato "titolare del trattamento"), "*consulta l'autorità di controllo qualora la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati a norma dell'articolo 35 indichi che il trattamento presenterebbe un rischio elevato in assenza di misure adottate dal titolare del trattamento per attenuare il rischio*".

Si deve infine ritenere che l'obbligo informativo introdotto dal citato articolo 1-bis del d.lgs. n. 152/1997 trovi applicazione anche in relazione all'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati *integrati negli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*, allorché essi presentino le caratteristiche tecniche e le funzioni descritte in precedenza. In pratica si può affermare che, con l'implementazione del lavoro digitalizzato o remotizzato (per effetto della quale lo strumento di lavoro diviene, in un certo senso, anche luogo e tempo della prestazione), l'obbligo informativo aziendale oggettivamente ricorre sempre, in quanto riconducibile (almeno) al potenziale monitoraggio.

### **2.3. Qual è il contenuto dell'obbligo informativo, in che modo è assolto e come è sanzionata la sua violazione?**

L'art. 1-bis definisce dettagliatamente sia i contenuti sia le modalità di assolvimento dell'obbligo informativo posto a carico del datore di lavoro a seguito dell'implementazione di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati.

Quanto ai contenuti, in base al comma 2 il datore di lavoro (o il committente) è tenuto a fornire al lavoratore informazioni relative a: "*a) gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo dei sistemi; b) gli scopi e le finalità dei sistemi; c) la logica ed il funzionamento dei sistemi; d) le categorie di dati e i parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni; e) le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità; f) il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse*".

Questa norma contiene i germi di un'autentica **rivoluzione culturale**, prima che giuridica: il Legislatore del Decreto entra finalmente nel *sancta sanctorum* dell'organizzazione del lavoro, in piena era della digitalizzazione, e obbliga i datori di lavoro a una complessa operazione di *disclosure informativa* dei propri sistemi di gestione, valutazione, monitoraggio e controllo. Per le imprese non si tratta

---

<sup>6</sup> Cfr. Atti del Convegno "La tutela dei lavoratori nella società post pandemica. Garante privacy e Ispettorato nazionale del lavoro a confronto", Roma, 5 ottobre 2022. Qui i link video:

<https://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=9815453> (parte I);

<https://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=9815463> (parte II);

<https://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=9815473> (parte 3)

semplicemente di assolvere a più dettagliati obblighi informativi, ma anche di asseverare, dimostrare e rendere oggettivamente misurabile l'efficacia protettiva dei propri sistemi gestionali (automatizzati e non) verso la sfera personale dei lavoratori. Non è escluso che l'assolvimento del precetto normativo, che formalmente riguarda meri obblighi informativi ma sostanzialmente rendiconta anche obblighi di efficacia organizzativa, possa in prospettiva integrare anche i modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui al d.lgs. 231/2001 (condizionando gli effetti di esimente giuridica per l'ente) e divenire, inoltre, oggetto di più stringente rendicontazione non finanziaria, ai sensi della Direttiva CSRD. Ne deriverebbe, in tale auspicata ipotesi, anche una rivisitazione critica dei c.d. "MOG" e una responsabilità datoriale più generale, riconnessa all'eventuale inefficacia prevenzionale del modello. A riguardo, l'art. 36 GDPR ("consultazione preventiva") prevede che il datore di lavoro, prima di procedere al trattamento (per il quale è considerato "*titolare del trattamento*"), consulti l'autorità di controllo qualora la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati presenti un rischio elevato in assenza di misure di attenuazione del rischio.

Quanto alle tempistiche di assolvimento dell'obbligo informativo: le informazioni vanno fornite "*prima dell'inizio dell'attività lavorativa*".

Quanto, infine, alle modalità di assolvimento dell'obbligo informativo, in base al comma 6 del medesimo art. 1-bis: "*Le informazioni e i dati ... devono essere comunicati dal datore di lavoro ... in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico.*"

La violazione delle disposizioni contenute nell'art. 1-bis è disciplinata dal nuovo art. 19, comma 2, del d.lgs. 276/2003 mediante l'introduzione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 750 euro "*per ciascun mese di riferimento*", soggetta a diffida ex art. 13 d.lgs. n. 124/2004. La sanzione va quindi applicata per ciascun mese in cui il lavoratore svolga la propria attività in violazione degli obblighi informativi. E' una sanzione "*per fasce*"<sup>7</sup>.

## **2.4. L'"accesso ai dati" e alle informazioni diviene una prerogativa anche sindacale**

Il comma 3 dell'art. 1-bis introduce l'unico, ma significativo sistema di norme del Decreto che impatta direttamente sul diritto sindacale. Per quanto lapidario e stringato, esso contiene implicazioni giuridiche che, *in nuce*, allargano la prospettiva delle relazioni industriali aziendali, chiamando le parti sociali ad un *salto quantico* di tipo negoziale, con riferimento alla nuova dell'organizzazione del lavoro. Si prevede che "*Il lavoratore, direttamente o per tramite delle rappresentanze sindacali o territoriali, ha diritto di accedere ai dati e di richiedere ulteriori informazioni concernenti gli obblighi di cui al comma 2. Il datore di lavoro o il committente sono tenuti a trasmettere i dati richiesti e rispondere per iscritto entro trenta giorni*".

Una prima questione riguarda la titolarità del diritto ad accedere ai dati. Se è pacifico che l'esercizio del diritto da parte del lavoratore, oltre che diretto, possa anche essere

---

<sup>7</sup> Ferma restando la sua applicazione per ciascun mese di riferimento, se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori la sanzione amministrativa è da 400 a 1.500 euro. Se si riferisce a più di dieci lavoratori, la sanzione va da 1.000 a 5.000 euro e non è ammesso il pagamento in misura ridotta e pertanto neanche la procedura di diffida ex art. 13 del d.lgs. n. 124/2004.

indiretto, cioè conferendo un mandato specifico, *ad hoc* al sindacato cui sia associato, è meno pacifico determinare se sussista anche una titolarità delle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali ad agire in virtù del generale mandato associativo. La questione, non irrilevante, implica anche l'accesso a dati personali, e pertanto richiama implicitamente la disciplina di cui all'art. 15 GDPR. Lo schema normativo per l'acquisizione dei dati personali prevede, in base alla speciale normativa, il riconoscimento del diritto in capo al diretto interessato, con specifico riferimento anche (punto h del citato art. 15) all'*esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato*".

Una seconda, fondamentale questione riguarda la possibile richiesta sindacale di "*ulteriori informazioni*". E' questa la fattispecie elettiva in cui si sostanzia il portato squisitamente sindacale della previsione normativa: allorché i dati e le informazioni ricevute dal lavoratore non siano ritenute sufficienti a soddisfare le esigenze di tutela personale e collettiva e a scongiurare i rischi di una eccessiva invasività dei sistemi automatizzati, possono essere richieste (dal lavoratore anche tramite il sindacato) ulteriori informazioni attinenti scopi e finalità, logica e funzionamento dei sistemi, meccanismi di valutazione delle prestazioni e precisazioni circa le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate. Qualora difettassero processi di correzione delle decisioni automatizzate (processi che l'art. 1-bis considera "*eventuali*"), il lavoratore (anche tramite il sindacato che lo rappresenta) ben potrebbe far valere il "*diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato*" di cui all'art. 22 GDPR e chiedere i conseguenti adeguamenti organizzativi, tanto per fare un esempio.

Capitolo a parte è quello relativo alle ulteriori informazioni sindacali circa la "*robustezza e cybersicurezza dei sistemi e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse*": la logica legislativa (di contrasto alle prassi e ai comportamenti discriminatori) grava il datore di lavoro di un onere probatorio indubbiamente rafforzato, che integra la fattispecie della responsabilità organizzativa.

Interessante è la previsione di uno **specifico diritto di informazione sindacale**, che potremmo definire *jure proprio* (in quanto non concernente l'acquisizione di dati personali dei singoli lavoratori), al comma 6: "*le informazioni e i dati ... devono essere comunicati... in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico. La comunicazione delle medesime informazioni e 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*". Sembra che la norma sia destinata a riscrivere il diritto sindacale, rafforzando direttamente la c.d. "parte obbligatoria" dei vari CCNL di settore e dei protocolli di relazione industriale aziendale, con riferimento ai diritti collettivi di informativa attinente all'organizzazione del lavoro. Ovviamente occorrerà presidiarne attentamente l'integrazione normativa negli accordi collettivi attuali e a scadenza, almeno in occasione dei rinnovi.

Rimarchevole è la sanzionabilità della violazione del diritto di informativa in danno delle rappresentanze sindacali aziendali ovvero unitarie (o, in loro assenza, alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale): la sanzione amministrativa pecuniaria va da 400 a 1.500 euro per ciascun mese in cui si verifica l'omissione.

## **2.5. L'informativa sindacale sui sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati: una rivoluzione a metà**

Indubbiamente è meritoria la *disclosure* informativa operata dal Legislatore del Decreto 104, che riconosce alle organizzazioni sindacali, anche (in parte) *jure proprio*, un diritto a conoscere il concreto funzionamento dei sistemi automatizzati, che ridisegnano l'organizzazione del lavoro delle imprese in questa delicata fase di transizione digitale. Manca tuttavia un riconoscimento formale ed esplicito del *diritto a negoziare*, ovvero ad avviare, a seguito della ricezione delle informazioni dovute, un confronto sindacale vero e proprio. Troppo timida e parziale è infatti la previsione del diritto ad acquisire “*ulteriori informazioni*”, circostanza che pure lascia supporre una interlocuzione sindacale minimamente dialettica. Parimenti sembra insufficiente a fondare un *diritto a contrattare l'algoritmo* la previsione della facoltà, ex art. 22 del GDPR, di contestare, a valle dell'applicazione dei sistemi automatizzati, la violazione del diritto del lavoratore a “*non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici... sulla sua persona*”. Ancor meno sembra possibile trarre, sia dalla eventuale richiesta di *interlocuzione successiva* alla consegna di informazioni, sia dalla *consultazione preventiva* del Garante della Privacy ex art. 36 GDPR, elementi utili a fondare un *diritto a contrattare l'algoritmo*.

Se il merito principale della riforma è di avere avviato una rivoluzione culturale, il suo demerito principale è di averla anche smorzata, perché manca un vero e proprio diritto alla consultazione e al coinvolgimento delle organizzazioni sindacali. Il riconoscimento di tale diritto sarebbe essenziale sia in fase di introduzione e di utilizzo dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, sia in fase di revisione degli stessi. Si tratterebbe di individuare criteri condivisi alla base degli algoritmi, ma anche di garantire l'esclusione di decisioni attinenti ai lavoratori completamente automatizzate. In tal senso, sarebbe utilissimo introdurre procedure obbligatorie di confronto finalizzate a garantire sempre un efficace ed effettivo presidio umano, sia a monte dei processi di monitoraggio, valutazione e decisione alimentati dai citati sistemi automatizzati, sia nel controllo e nella revisione, a valle, degli esiti di tali sistemi e processi. Indipendentemente dai pur attesi riconoscimenti legislativi, occorre inaugurare una nuova stagione di contrattazione collettiva acquisitiva.

Anche per i datori di lavoro più lungimiranti si dischiuderebbe una opportunità strategica: condividere con le organizzazioni sindacali la responsabilità di validazione/rendicontazione dei modelli organizzativi, rispetto all'efficacia preventiva nella tutela dei lavoratori. Ma questa è una pagina del diritto sindacale ancora da scrivere.

### **3. La funzione sociale della contrattazione collettiva: fonte di produzione di diritti individuali e argine alla individualizzazione del rapporto di lavoro**

#### **3.5. (Provvisorie) conclusioni e (strutturali) prospettive**

A conclusione di questo breve approfondimento si rassegnano alcune osservazioni e considerazioni, dirette a indicare una prospettiva di sviluppo del diritto sindacale e delle relazioni industriali.

Abbiamo analizzato il testo di legge quasi esclusivamente nella prospettiva del diritto sindacale, ovvero in chiave di *rafforzamento dei diritti collettivi*. Ciò ha comportato una precisa scelta del campo di indagine e ha conseguentemente ristretto l'esplorazione delle novità normative a quei pochi, residuali istituti collettivi che risultano interessati dalla riforma. In un certo senso si è qui proposta una "controlettura" del Decreto 104, il che può avere implicitamente alimentato aspettative di agibilità sindacale, o perlomeno aspirazioni attinenti ad una *gestione pattizia dell'organizzazione del lavoro*. Tali aspettative e aspirazioni, all'esito dell'analisi effettuata, sono rimaste ad oggi in larga parte rimaste insoddisfatte.

L'obiettivo del presente lavoro, come precisato in premessa, non era di fornire una disamina o un'analisi critica delle pur interessanti novità normative introdotte dal Decreto 104/2022. Il testo di legge, che riprende la Direttiva Trasparenza, ha invece il dichiarato (e diverso) scopo di *potenziare per legge i diritti individuali, intesi come principale argine al potere organizzativo e conformativo datoriale*. Essi riguardano: inquadramento, livello e qualifica attribuiti al lavoratore, tipologia di rapporto di lavoro, durata del periodo di prova, programmazione dell'orario normale di lavoro, condizioni relative al lavoro straordinario e alla sua retribuzione, eventuali condizioni per cambiamenti di turno, se il contratto di lavoro prevede un'organizzazione dell'orario di lavoro prevedibile. Se, al contrario, essa è imprevedibile, gli obblighi informativi riguardano: variabilità della programmazione del lavoro, ammontare minimo delle ore retribuite garantite, retribuzione per il lavoro prestato in aggiunta alle ore garantite, ecc. I nuovi obblighi informativi comprendono anche un richiamo al contratto collettivo, anche aziendale, applicato al rapporto di lavoro, con indicazione delle parti che lo hanno sottoscritto: si tratta di un elemento indubbiamente positivo, la cui portata afferisce però anch'esso esclusivamente alla materia informativa e alla sfera dei diritti individuali.

Anche l'implementazione dell'apparato sanzionatorio, perseguita dal Legislatore, segue la descritta scia della c.d. "individualizzazione del rapporto di lavoro", provando ad arginarla con la forza d'imperio della legge: si prevede per il datore di lavoro una sanzione pecuniaria più elevata (da 250 a 1.500 euro per ogni lavoratore interessato) rispetto alla normativa previgente, previa denuncia individuale e conseguente accertamento dell'Ispettorato, in tutti quei casi in cui sia ravvisabile il mancato, ritardato, incompleto o inesatto assolvimento degli obblighi di informazione e trasparenza.

Su questo punto c'è necessità di una chiosa, seppur lapidaria. Delle due l'una: se il Legislatore percorre fino in fondo la strada dei soli diritti individuali, allora deve essere

giudicato insufficiente, quale deterrente, l'ammontare della sanzione pecuniaria *uti singuli* indicata dal legislatore; se, al contrario, questi intendeva considerare efficace la deterrenza sul presupposto che essa funzionasse come sommatoria pecuniaria risultante dall'azione congiunta di più lavoratori, allora bisognava riconoscere almeno una forma collettiva di rappresentanza degli interessi (che invece manca clamorosamente). Bisognava insomma riconoscere esplicitamente quei diritti sindacali rimasti, invece, trascurati.

Ancora più evidente è la scelta metodologica del Legislatore di introdurre elementi di tutela individuali sotto forma di prescrizioni minime relative alle condizioni di lavoro, come ad esempio la durata massima del periodo di prova, che non può superare i sei mesi (previsione peraltro già contemplata nell'art.10 della Legge 604/1966), fatta salva la durata inferiore prevista dai contratti collettivi.

A suggello e conferma della "strategia di gioco" del Legislatore, che attua una "difesa bassa" presidiando quasi esclusivamente l'"area di rigore" dei diritti individuali minimi, si implementano altresì le misure di tutela giudiziale per il caso di violazione dei diritti previsti dal Decreto. Anzitutto, è posto il divieto di licenziamento e di trattamenti pregiudizievoli conseguenti all'esercizio dei diritti previsti dal Decreto in esame. I lavoratori, ferma la facoltà di adire l'autorità giudiziaria e amministrativa e salve le procedure previste dalla contrattazione collettiva, potranno esperire il tentativo di conciliazione presso gli uffici territoriali dell'Ispettorato Nazionale del lavoro, o ricorrere ai collegi di conciliazione ed arbitrato oppure alle camere arbitrali previste dall'art. 31, comma 12, della L. n. 183/2010. E' inoltre prevista una interessante forma di inversione dell'onere probatorio (sulla falsariga della normativa del *whistleblowing*) per cui, qualora il lavoratore lamenti in giudizio la violazione del divieto di licenziamento o l'insorgenza dei trattamenti pregiudizievoli di cui sopra, incombe al datore di lavoro l'onere della prova contraria.

Per evitare fraintendimenti, è il caso di aggiungere che è indubbiamente positivo l'intento perseguito di rafforzare le tutele e i diritti individuali dei lavoratori. Chi si occupa di diritto del lavoro e di diritto sindacale sa, però, che **diritti individuali e diritti collettivi costituiscono un'endiadi inscindibile**. Le fonti di produzione del diritto del lavoro comprendono infatti, oltre alla legge, la contrattazione collettiva e quest'ultima deve essere valorizzata anche con espliciti e formali demands del Legislatore, demands magari di *contrattazione forte*. Sotto tale aspetto il Decreto 104 è, purtroppo, gravemente carente.

Dato il carente quadro giuridico attuale, occorre ciononostante iniziare ad azionare le leve, dirette e indirette, fornite dal Decreto nella prospettiva del diritto sindacale.

*In primis* è necessario attivare una seria, profonda e urgente interlocuzione sindacale, sia a livello settoriale sia a livello aziendale, che renda possibile l'acquisizione di informazioni tempestive, complete, omogenee e comparabili relative ai sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati. Si tratta dell'unica **leva diretta** introdotta dalla riforma, sulla quale deve tuttavia essere costruito un confronto sindacale finalizzato a negoziare i principi e/o i criteri di costruzione degli algoritmi gestionali, le forme di monitoraggio operativo e i correttivi di garanzia, da introdurre a valle dei processi, valorizzando l'intervento umano.

In secondo luogo, occorre attivare da subito anche le **leve indirette**, ovvero verificare la coerenza degli impianti contrattuali di primo e di secondo livello rispetto alle nuove

norme di legge in materia di diritti e tutele individuali, procedendo agli eventuali o necessari adeguamenti almeno in occasione dei rinnovi degli accordi collettivi a scadenza.

A tale riguardo segnaliamo, a puro scopo esemplificativo del lavoro negoziale da fare, due norme contenute nel Decreto Trasparenza.

La prima delle due riguarda la disposizione (art. 8) sul cumulo di impieghi (c.d. “*impiego in parallelo*”). Essa sancisce, fermo l’obbligo di fedeltà di cui all’art. 2105 c.c., l’illegittimità del divieto datoriale di svolgimento di altra attività lavorativa al di fuori della programmazione oraria prevista dal contratto di lavoro, salvo che essa sia in conflitto d’interessi con l’attività principale (oppure in caso di pregiudizio per la salute e sicurezza, o per l’integrità del servizio pubblico). Detta norma di tutela individuale del lavoratore, di per sé operativa, è sicuramente di rango superiore e prevalente rispetto a eventuali contrarie e preesistenti previsioni di contrattazione collettiva. Tuttavia sarebbe in tal caso importante un intervento delle parti collettive, anche minimale e limitato al richiamo della nuova normativa di legge. Ciò servirebbe sia a dare chiarezza e certezza applicativa del diritto soggettivo, prevenendo possibili contenziosi di lavoro individuali, sia ad evitare gli impliciti intenti abdicativi collettivi previsti dall’art. 12 della Direttiva Trasparenza (descritti in premessa)<sup>8</sup>.

La seconda delle due norme disciplina la transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili (art. 10). E’ formalmente riconosciuta, al lavoratore che abbia maturato un’anzianità di lavoro di almeno sei mesi presso lo stesso datore di lavoro, la facoltà di richiedere (per iscritto) una forma di lavoro con condizioni più prevedibili, sicure e stabili. Si tratta di una mera *facoltà di richiedere*, condizionata alle effettive disponibilità aziendali, non di un *diritto ad ottenere*. Eppure è importante che sia stato formalizzato una embrionale interlocuzione tra parti individuali: il lavoratore che abbia ricevuto risposta negativa può comunque presentare una nuova richiesta decorsi sei mesi dalla precedente, e inoltre il datore di lavoro è tenuto a fornire risposta scritta e motivata entro un mese dalla richiesta del lavoratore.

A proposito di “leve indirette”, ricordiamo che la gestione dei livelli occupazionali e il presidio della c.d. “area contrattuale” sono da sempre obiettivi strategici delle organizzazioni sindacali, che propendono a rivendicare spazi di contrattazione collettiva anche procedimentalizzando il confronto negoziale. E’ la c.d. “parte obbligatoria” dei contratti collettivi. In tale prospettiva, sarebbe utile rivendicare, anche sul tema della transizione occupazionale (oltre che su quello dell’impiego in parallelo), una analoga e più articolata procedura di interlocuzione tra parti collettive, a livello aziendale. Alimentando adeguatamente la base informativa sindacale periodica con i dati relativi alle varie forme di lavoro presenti in azienda, si otterrebbe un “campo di gioco” più ampio per l’attività negoziale.

---

<sup>8</sup> A riguardo va precisato che, non essendo la Direttiva comunitaria di per sé fonte giuridica di applicazione diretta nei rapporti interindividuali, l’intento abdicativo espresso nell’art. 12 tecnicamente non può di per sé produrre in Italia gli effetti giuridici dichiaratamente previsti dalla medesima. Il Decreto lgs. 104/2022 di trasposizione, che invece fonte giuridica applicativa diretta è, a sua volta non riprende l’enunciazione dell’art. 12 della Direttiva, e dunque il teorico tema della rinuncia collettiva a diritti individuali (affermati in maniera forte) dovrebbe risultare privo di conseguenze pratiche. Tuttavia poiché l’ermeneutica giurisprudenziale procede su piste spesso imprevedibili a priori, non è escluso che essa possa, in futuro, persino considerare la norma dell’art. 12 come fonte interpretativa del Decreto Trasparenza. Ragion per cui un richiamo esplicito delle parti collettive alla nuova normativa di legge, a modifica di eventuali diverse precedenti previsioni contrattuali, apparirebbe prudente e opportuna.

Organizzazione del lavoro e gestione dei livelli occupazionali rappresentano, ora più che mai, le principali sfide, prossime e cruciali, per il futuro delle relazioni industriali. Stante l'assordante silenzio del Legislatore, occorrerà sviluppare in autarchia, con intelligenza sociale e lungimiranza politica, le condizioni e gli strumenti giuridici per rafforzare l'area e l'efficacia della contrattazione collettiva.

#### **4. Nota delle fonti normative utilizzate**

Il presente lavoro è da intendersi come uno sviluppo, non organico, di riflessioni giuridiche scaturite dalla semplice lettura del Decreto 104/2022 e non come un compendio esaustivo del suo portato giuridico in termini di diritto sindacale. La ricerca si è pertanto basata su soli testi normativi ed interpretativi o esplicativi. Di seguito riportiamo, tra i vari riferimenti menzionati, quelli più diffusamente implicati nella redazione del testo.

GDPR - Regolamento 2016/679 (c.d. Regolamento Privacy)

Direttiva UE 2019/1152 (c.d. Direttiva Trasparenza)

Direttiva UE 2022/2464 (c.d. CSRD)

Decreto Legislativo 104/2022 (c.d. Decreto Trasparenza)

Circolare n. 4 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro del 10 agosto 2022

Circolare n. 19 del Ministero del Lavoro del 20 settembre 2022