

# DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO

2018

36

## CONVERSIONE IN LEGGE DEL DECRETO DIGNITÀ

La somministrazione di lavoro dopo la riforma

## NUOVI LIMITI DI DURATA

Contratto a tempo determinato

## FONDI PENSIONE

Sostegno al welfare pubblico: le proposte del settore assicurativo

## ISTRUZIONI INPS

La dichiarazione preventiva di agevolazione

### PERCORSI DI SETTEMBRE

#### HR E MERCATO 4.0

Enrico Barraco

#### Smart recruiting

La selezione del personale nel mercato 4.0

#### Selezione e privacy

La selezione del personale si fa social

#### IN QUESTO NUMERO

#### Profilazione dei candidati

Gamification: il gioco che seleziona

#### Lavoro femminile

Selezione del personale dal lato del genere

Anno XXXV, 22 settembre 2018, n. 36 - Direzione e Redazione: Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, Italia  
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano



Wolters Kluwer



[www.edicolaprofessionale.com](http://www.edicolaprofessionale.com)

# IPSOA InPratica LAVORO è disponibile!

EDIZIONE 2018

Y32HACL

IPSOA InPratica  
è una fra le fonti  
di aggiornamento  
del personale della  
Guardia di Finanza

Testo digitale sempre aggiornato

Modifiche immediatamente visibili

Testo integrale di norme e interpretazioni

Integrato con **One|FISCALE** per approfondire



**ACQUISTALO SUBITO!** [www.ipsoa.it/lavoroinpratica](http://www.ipsoa.it/lavoroinpratica) - Tel. 02.45435207  
Cerca il tuo consulente editoriale su [shop.wki.it/agenzie](http://shop.wki.it/agenzie)  
Visita le migliori librerie professionali

## Percorsi

### HR e Mercato 4.0

Gamification: il gioco che seleziona

*Enrico Barraco e Stefano Iacobucci*

2101

## Approfondimenti

La somministrazione di lavoro dopo la riforma

*Pierluigi Rausei*

2105

Contratto a tempo determinato: nuovi limiti di durata

*Eufranio Massi*

2114

La dichiarazione preventiva di agevolazione

*Giovanni Di Corrado*

2119

Mutamento societario con finalità elusive: illegittimo il licenziamento

*Salvatore Servidio*

2127

Licenziamento per gmo e miglior efficienza gestionale dell'impresa

*Alessia La Mendola*

2137

Incentivi per il lavoro e la formazione

*Alberto Giordano*

2147

## Fondi pensione

Sostegno al welfare pubblico: le proposte del settore assicurativo

*Giuseppe Rocco*

2155

## Giurisprudenza

### Rassegna della Cassazione

Riduzione del tasso medio di tariffa: periodo di riferimento

*Cass. sez. lav. n. 4530 del 27 febbraio 2018*

2159

## Nei numeri di settembre

### HR e Mercato 4.0

*di Enrico Barraco*

**n. 32-33**  
8 settembre 2018

#### **Smart recruiting**

La selezione del personale nel mercato 4.0

**n. 34-35**  
15 settembre 2018

#### **Selezione e privacy**

La selezione del personale si fa social

**n. 36**  
22 settembre 2018

#### **Profilazione dei candidati**

Gamification: il gioco che seleziona

**n. 37**  
29 settembre 2018

#### **Lavoro femminile**

Selezione del personale dal lato del genere

# Sommario

Notifica appello: sanabile l'inosservanza del termine libero di 25 giorni <i>Cass. sez. sesta, sottosez. lav. n. 4562 del 27 febbraio 2018</i>	<b>2160</b>
Danno differenziale ed esonero dalla responsabilità civile <i>Cass. sez. lav. n. 4972 del 2 marzo 2018</i>	<b>2161</b>

Si segnala che le opinioni espresse da dirigenti e funzionari pubblici non sono vincolanti per le Amministrazioni di appartenenza.

## DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO

SETTIMANALE DI AMMINISTRAZIONE,  
GESTIONE DEL PERSONALE,  
RELAZIONI INDUSTRIALI  
E CONSULENZA DEL LAVORO

EDITRICE  
Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, Italia

INDIRIZZO INTERNET:  
Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione  
on line della Rivista, consultabile all'indirizzo [www.edicolaprofessionale.com](http://www.edicolaprofessionale.com)

DIRETTORE RESPONSABILE  
Giulietta Lemmi

COMITATO SCIENTIFICO  
Enrico Barraco, Alfredo Casotti, Maria Rosa Gheido,  
Eufrazio Massi, Michele Miscione, Pierluigi Rausei,  
Francesco Rotondi, Angelo Sica,  
Gianluca Spolverato

REDAZIONE  
Federica Calcagno, Antonella Carrara,  
Claudia Faravelli, Massimo Mutti

REALIZZAZIONE GRAFICA a cura di:  
Ipsoa - Gruppo Wolters Kluwer

FOTOCOPOSIZIONE  
Sinergie Grafiche Srl  
Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)  
Tel. 02/57789422

STAMPA  
GECA S.r.l. - Via Monferrato, 54  
20098 San Giuliano Milanese (MI)  
Tel. 02/99952

PUBBLICITÀ:

 **Wolters Kluwer**

E-mail: [advertising-it@wolterskluwer.com](mailto:advertising-it@wolterskluwer.com)  
[www.wolterskluwer.it](http://www.wolterskluwer.it)  
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3  
20142 Milano, Italia

### REDAZIONE

Per informazioni in merito  
a contributi, articoli ed argomenti trattati  
scrivere o telefonare a:

**IPSOA Redazione** **DIRITTO & PRATICA  
DEL LAVORO**  
**Casella Postale 12055 - 20120 Milano**  
**telefono 02.82476.550**  
**telefax 02.82476.436**

### AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri  
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

**IPSOA Servizio Clienti**  
**Casella postale 12055 - 20120 Milano**  
**telefono 02.824761 - telefax 02.82476.799**  
**Servizio risposta automatica:**  
**telefono 02.82476.999**

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 578  
del 24 dicembre 1983

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in  
abbonamento Postate - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27  
febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano  
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa  
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991  
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

### ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare:  
gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data  
di sottoscrizione, e si intendono rinnovati,  
in assenza di disdetta da comunicarsi entro  
60 gg. prima della data di scadenza a mezzo  
raccomandata A.R. da inviare a  
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia n. 97 -  
Edificio B3 - 20142 Milano, Italia.  
Servizio clienti: tel. 02 824761 -  
e-mail: [servizio.clienti@ipsoa.it](mailto:servizio.clienti@ipsoa.it) -  
[www.ipsoa.it/servizioclienti](http://www.ipsoa.it/servizioclienti)

ITALIA - Abbonamento annuale: Euro 380,00

ESTERO - Abbonamento annuale: Euro 760,00

Prezzo copia: Euro 18,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso  
all'atto della richiesta

A decorrere dal 1° gennaio 2002, a seguito dell'introduzione dell'Euro nell'ordinamento nazionale per effetto del D.Lgs. 24 giugno 1998, n. 213, tutti gli importi espressi in lire nelle vigenti disposizioni normative si intendono espressi in Euro, secondo il tasso di conversione ufficiale (1 EURO = Lire 1936,27). Il provvedimento n. 213/98 disciplina inoltre le regole di arrotondamento secondo la natura degli importi da convertire.

### DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.

Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI).

Profilazione dei candidati

# Gamification: il gioco che seleziona

Enrico Barraco e Stefano Iacobucci - Studio legale Barraco

## Digitale, gioco e selezione del personale

Il fenomeno della “*Gamification*” - neologismo derivato dal verbo anglosassone *to game*, cioè giocare - può essere descritto come un sistema di valutazione delle attitudini di un soggetto, che emergono applicando le regole dei giochi fuori dal contesto dell’attività ludica.

Il gioco è notoriamente uno dei momenti fondamentali dell’esistenza dell’individuo, qualunque ne sia la forma (1), e permette di “staccare” dalla *routine* e dal quotidiano, imponendo di attuare dei comportamenti che normalmente non emergono in un contesto sociale codificato; l’individuo che gioca esprime le sue componenti più naturali, istintive e normalmente represses.

L’applicazione del gioco nell’ambito dei rapporti di lavoro offre non pochi vantaggi, primo tra i quali quello dell’emersione di caratteri personali del lavoratore, in un contesto di obiettivi e di limiti; infatti, il gioco, fondamentalmente, consiste in una situazione ricreativa che pone un obiettivo (che può essere competitivo o cooperativo) che consiste nel raggiungere un determinato risultato (vincere) nel rispetto di una serie di parametri e limiti prestabiliti e noti ai giocatori (regole del gioco).

Applicando lo schema del gioco (specialmente di quello competitivo) nell’ambito della valutazione del lavoratore è possibile comprendere quale sarà il tipo di mansione che si adatterà meglio allo stesso e se è idoneo a ricoprire un certo tipo di ruolo.

Queste tecniche di valutazione attraverso il gioco sono presenti ormai da un decennio e spesso si basano sulla costruzione di emulatori di realtà

(come il noto gioco *sims*) ma strutturati in modo da riprodurre una realtà ben specifica, cioè quella dell’impresa reclutatrice (2).

L’uso della strategia di *gamification* ha indubbi meriti orientativi nella selezione del personale; infatti, permette di far emergere il miglior lavoratore per capacità di *problem solving*, adattamento, *skills*, ecc.

Per contro, la *gamification* è prevalentemente orientata al risultato, per cui le regole del gioco sono dirette a far emergere quella personalità che maggiormente è in grado di superare la concorrenza nel perseguire l’obiettivo. Detto in altri termini, l’obiettivo è vincere.

Nello svolgimento del gioco la *gamification* porta il lavoratore a esprimere la propria personalità, non già come lavoratore in un contesto lavorativo preciso ma come persona mossa dalla competizione e dalla attitudine alla vittoria.

In un contesto di soggetti messi in competizione, la *gamification* permette di valutare quale lavoratore avrà la tempra del *leader*, quale ha capacità strategiche e quale, invece, risulta subalterno (se non proprio sottomesso), incapace di gestire lo *stress* e quale, ancora, non sarà portato per la competizione (magari perché tenta di aggirare le regole).

Come si vede l’impiego della *gamification* implica la valutazione di aspetti particolarmente “sensibili” dell’individuo, il che impone di riflettere sulla questione dell’indagine sul lavoratore e di valutare eventuali profili di violazione della *privacy* del lavoratore.

La *gamification* mostra però indubbi vantaggi rispetto alla gestione del personale e all’organizzazione del lavoro, consentendo, previa analisi del comportamento dei singoli prestatori in un conte-

(1) In tema sia sufficiente ricordare che il gioco viene individuato quale base della struttura sociale in J. Huizinga, *Homo ludens*, Einaudi, 2002.

(2) Per “toccare con mano” questo sistema si può provare il gioco *My marriot* usato dalla catena alberghiera Marriot, per selezionare il personale.

# Percorsi

sto competitivo, di organizzare al meglio l'ambiente di lavoro, con assegnazione di mansioni e ruoli sulle basi delle attitudini del soggetto.

Sotto il profilo "ambientale" questo aspetto è da tenere in particolare considerazione, poiché la gamification può diventare uno strumento per migliorare le condizioni ambientali-organizzative sul posto di lavoro.

## Profili giuslavoristici della gamification

Passando all'analisi giuridica della gamification di seguito si prenderanno in considerazione solo i profili inerenti al tema della privacy tralasciando, in questa sede, la questione dell'organizzazione dell'ambiente di lavoro.

### **Gamification e privacy: l'assimilazione ai questionari e ai test attitudinali**

Il primo profilo di cui ci si deve occupare è quello del trattamento dei dati personali nonché della tutela della privacy.

In primo luogo si deve valutare se la gamification ponga problemi rispetto all'art. 8, legge n. 300/1970, da cui discende il divieto d'indagine sulle opinioni del dipendente.

L'art. 8, legge n. 300/1970 stabilisce che "è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore".

Notoriamente questa disposizione viene interpretata nel senso di vietare al datore di lavoro di svolgere indagini sulla persona del lavoratore, al fine di trarre dalle stesse delle informazioni non attinenti al rapporto di lavoro (3); oltre a questo specifico senso, la fattispecie può risultare ostativa alla gestione delle informazioni acquisite per il tramite di test attitudinali.

Sul punto va richiamata la Raccomandazione del Consiglio d'Europa R (89)2 con la quale veniva chiarito che "in linea di massima, i dati a carattere personale dovranno essere raccolti dal lavoratore interessato".

Coniugando la Raccomandazione europea con l'orientamento della giurisprudenza (4) nazionale (invero non molto ampia sul tema) si ottiene un'apertura all'uso dei test per la valutazione preselettiva ma con restringimenti operativi derivanti dalla disciplina privacy non di poco conto.

La valutazione del personale per il mezzo dei test attitudinali dev'essere chiaramente esplicitata nelle modalità operative al lavoratore, il quale dev'essere in grado di comprendere in che modo i suoi dati verranno trattati; inoltre, tali dati dovranno essere solo ed esclusivamente quelli che il lavoratore ha acquisito direttamente dal lavoratore.

Risalente, ma ancora utilissima, giurisprudenza ha dettato dei parametri ben chiari per distinguere tra acquisizione d'informazioni rilevanti ai fini della valutazione del personale e informazioni vietate in ragione dell'art. 8, legge n. 300/1970. In particolare, va esclusa la legittimità dell'indagine mediante test in cui vengano richieste le seguenti informazioni:

- la condizione personale di divorziato o separato;
- la precisazione, in riferimento agli obblighi militari, dell'arma e del grado di appartenenza nonché, per l'opposto, l'eventuale motivo di non assolvimento del servizio militare;
- la dichiarazione se il precedente datore di lavoro è al corrente delle intenzioni del candidato di mutare lavoro;
- le referenze morali, con l'indicazione di tre persone non di famiglia che conoscano l'aspirante "intimamente" da almeno cinque anni;
- i passatempi e le attività sportive con l'indicazione di appartenenza ad "associazioni tecniche, commerciali, ecc.";
- la dichiarazione relativa ad eventuali pregresse detenzioni per condotte penalmente rilevanti ("eccetto violazioni di minore importanza al codice stradale") o coinvolgimento in processi penali, ed altre eventuali informazioni.

Si ritiene che le regole già dettate per questionari e per i test attitudinali possano essere applicate anche fuori da questo contesto e che possano essere riproposte nel caso della gamification.

(3) In tema si è detto di recente in E. Barraco-S. Iacobucci, *La selezione del personale si fa social*, in *Dir. prat. lav.*, 2018, 34-35, 2045.

(4) Cfr. Pret. Pisa 30 marzo 1999; Trib. Monza 18 giugno 1981.

In particolare, chi volesse ricorrere a questo strumento per il *recruiting* o per la *job analysis* dovrebbe prestare molta attenzione al tipo di informazioni che ne potrà derivare e al tipo d'informazione che dovrà sottoporre al lavoratore.

Sotto il primo aspetto, come accennato, può applicarsi l'orientamento giurisprudenziale in tema di test e quindi il gioco dovrà essere strutturato in modo da non far emergere delle caratteristiche non rilevanti al fine di valutare la personalità del lavoratore.

I limiti posti in passato per il caso dei test attitudinali o dei questionari non sono da applicarsi, dunque, sulle modalità, ma - dando peso alla sostanza del divieto - rispetto agli effetti, cioè rispetto alle informazioni che si possono ricavare dal comportamento del lavoratore nel gioco (5).

Sotto il secondo aspetto non v'è dubbio che se la somministrazione di un test richiede che il lavoratore sia informato delle ragioni e della finalità per cui lo stesso viene richiesto, allora, il test dovrà essere accompagnato da una specifica informativa (art. 13 ss., GDPR) rispetto alle modalità di acquisizione dei dati, al trattamento degli stessi e al fine per cui sono trattati.

### **Gamification e privacy: la gamification digitale integra un trattamento automatizzato dei dati?**

Il secondo aspetto di cui ci si deve occupare è quello della rilevanza del trattamento dei dati operato tramite sistemi di gamification digitali, in cui, cioè, la tecnica di gamification non è realizzata per il tramite di una situazione di gioco/simulazione ma per mezzo di un gioco digitale.

Uno spunto per articolare questo discorso può essere il metodo di selezione del personale utilizzato da una delle più importanti multinazionali presenti sul mercato.

Questa società seleziona già da anni i propri dipendenti mediante un sistema a doppio filtro digitale: primo attraverso un algoritmo che filtra i *curricula* dei candidati in base alla conformità ai parametri di selezione del personale, così riducendo sensibilmente il carico di lavoro dei responsabili HR (6).

Dopo questa prima scrematura, i candidati risultati compatibili con le esigenze aziendali passano alla prova di selezione tramite gamification, quindi sono "testati" sul campo come gamers.

Rispetto a questo sistema di selezione ci si deve chiedere se l'impiego di algoritmi e giochi per la selezione del personale sia o meno legittima. In particolare la domanda da porsi è la seguente: *gli algoritmi e i game costituiscono uno strumento per la selezione del personale realizzata mediante sistemi automatizzati di trattamento dei dati?*

La risposta alla domanda - pressoché retorica - dev'essere positiva. Tanto gli algoritmi di selezione, quanto i game costituiscono un sistema mediante il quale le informazioni fornite dal candidato (come pure dal lavoratore) sono trattate automaticamente dal sistema computerizzato in cui vengono incanalate al fine di elaborare i risultati, in base ai parametri impostati dall'amministratore di sistema o dal programmatore, fornendo un output consistente nella graduatoria o selezione.

A fronte di una simile qualificazione va detto che nel caso di specie non può non avere applicazione l'art. 22 GDPR, rubricato "*Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione*", che stabilisce:

"1. 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.

2. Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione:

*a)* sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento;

*b)* sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato;

*c)* si basi sul consenso esplicito dell'interessato.

3. Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere *a)* e *c)*, il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interes-

(5) Per esempio il gioco non dovrebbe spingere il lavoratore a rivelare informazioni sul proprio passato, come i precedenti penali, ovvero non dovrebbe esporre lo stesso a situazioni da cui possa emergere una sua tendenza alla violazione della leg-

ge per eccesso di difesa o tutela del diritto.

(6) Questo sistema è già stato descritto in E. Barraco - S. Iacobucci, *La selezione del personale nel mercato 4.0*, in *Dir. prat. lav.*, 2018, 32-33, 1977.

# Percorsi

si dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

4. Le decisioni di cui al paragrafo 2 non si basano sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, a meno che non sia d'applicazione l'articolo 9, paragrafo 2, lettere a) o g), e non siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato”.

Analizzando la disposizione si vede chiaramente come il candidato e il lavoratore che prendano parte al game abbiano diritto a “non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato”; ciò significa che il sistema di selezione del personale o di definizione della job position non può avvenire solo per il tramite della macchina. In definitiva sarà sempre necessario il parere di una persona fisica.

Qui sorge, però, un problema: se nel processo di selezione vengono impiegati algoritmi basati sul sistema di *deep learning* (7), il modello decisionale potrebbe essere sconosciuto anche al programmatore o all'amministratore di sistema, con la conseguenza dell'impossibilità di esplicitare le ragioni per cui la selezione sia avvenuta proprio in quel determinato modo.

Tolto il caso del *deep learning* va ora precisato che se da un lato l'art. 22 GDPR vieta il trattamento automatizzato puro, dall'altro, invece, lo rende nuovamente possibile per il caso in cui il trattamento sia reso necessario per la “conclusione o l'esecuzione di un contratto” ovvero quando “si basi sul consenso esplicito dell'interessato” (8).

Per comprendere se la norma apra o meno alla gamification come modalità di selezione od organizzazione del personale ci si deve chiedere se il

trattamento dei dati sia necessario per concludere o eseguire il contratto tra datore e lavoratore.

Si ritiene che la soluzione da adottare sia distinta a seconda del tempo della selezione:

**a)** per il candidato è evidente che se il metodo di selezione del personale si basa sulla preselezione mediante algoritmo e sulla gamification e che se il dipendente intende essere assunto, allora il trattamento automatizzato dei dati si renderà necessaria per la conclusione del contratto di assunzione;

**b)** per il lavoratore in forze che intendesse partecipare a un programma interno di organizzazione del personale secondo attitudini, capacità e competenze, il trattamento automatizzato non dovrebbe vincolare il lavoratore, poiché, l'organizzazione del personale (che può intendersi come fattore ambientale-organizzativo) non rientra nei casi di esecuzione del contratto ma costituisce un interesse dell'impresa rispetto all'organizzazione.

Queste valutazioni vanno sottoposte agli stringenti limiti dei principi dettati dall'art. 5 ss., GDPR, e in particolare ai principi di necessità e proporzionalità, sui quali, nell'economia del presente scritto, non ci si può soffermare.

Prudenzialmente e strategicamente, in ogni caso, il problema qualificatorio può essere risolto - ma ciò non necessariamente elimina il problema della proporzionalità - richiedendo al candidato ovvero al lavoratore di esprimere il consenso al trattamento automatizzato dei dati.

Qualunque sia la modalità di trattamento (per conclusione/esecuzione ovvero per consenso) l'impresa selezionatrice dovrà attuare “misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione”.

(7) Il *deep learning* consiste in una particolare intelligenza artificiale capace di elaborare dati in modo autonomo sulla base di un precedente “addestramento”. In pratica il sistema, a fronte di un determinato *input*, produce un *output* che non necessariamente è prevedibile dal programmatore.

(8) La disposizione contenuta nell'art. 22, c. 2, lett. b) non

viene presa in considerazione poiché non direttamente pertinente al caso di specie; infatti, a quanto consta, l'ordinamento è ben distante dal regolare la materia del trattamento dei dati mediante strumenti automatizzati, nonché le stesse intelligenze artificiali e i sistemi di gamification.

Conversione in legge del Decreto Dignità

## La somministrazione di lavoro dopo la riforma

Pierluigi Rausei - Adapt professional fellow (\*)

Il Decreto legge 12 luglio 2018, n. 87, recante “*Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese*”, cosiddetto “*Decreto Dignità*”, nel testo modificato dalla legge 9 agosto 2018, n. 96, di conversione, introduce, fra le altre, rilevanti innovazioni in tema di somministrazione di lavoro.

In particolare si interviene sul rapporto di lavoro subordinato a termine instaurato fra l’agenzia per il lavoro autorizzata alla somministrazione e il lavoratore somministrato, ma anche sul contingentamento dei contratti di somministrazione a tempo determinato, nonché sul sistema sanzionatorio per la somministrazione irregolare con la reintroduzione del reato di somministrazione fraudolenta.

L’intervento normativo del D.L. n. 87/2018, in effetti, dopo la conversione in legge n. 96/2018 incide anche sulla disciplina del contratto di somministrazione di lavoro in quanto tale, oltreché sugli ambiti regolatori dei contratti di lavoro con i quali il somministratore assume i lavoratori da inviare presso i singoli utilizzatori.

### Estensione della disciplina per gli assunti a termine in somministrazione di lavoro

Anzitutto la regolamentazione del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato di cui agli artt. 19-29 del Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, come modificati in parte dal D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018, trova ora pressoché integrale applicazione, anche ai contratti di lavoro a termine instaurati dalle agenzie di somministrazione per l’invio in missione dei lavoratori nell’ambito di contratti di somministrazione di lavoro.

L’art. 2, comma 1, D.L. n. 87/2018 sostituisce integralmente il contenuto dell’art. 34, comma 2, primo periodo, D.Lgs. n. 81/2015, per prevedere che “*in caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III, con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 21, comma 2, 23 e 24*”.

Nella versione previgente la norma prevedeva che il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore somministrato assunto a termine fosse soggetto alla disciplina dettata dal Capo III, D.Lgs. n. 81/2015 limitatamente a quanto compatibile, secondo una valutazione da effettuarsi caso per caso, e con l’esclusione espressa delle disposizioni riguardanti:

- l’apposizione di un termine non superiore a 36 (oggi 24) mesi (art. 19, comma 1);
- il limite massimo di 36 (oggi 24) mesi per la durata dei rapporti a termine fra le stesse parti per le mansioni di pari livello e categoria legale (art. 19, commi 2 e 3);
- le limitazioni rispetto al numero delle proroghe e agli intervalli obbligatori in caso di rinnovo dello stesso contratto a termine (art. 21);
- il limite percentuale di contingentamento legale rispetto al numero massimo dei contratti a termine attivabili contemporaneamente (art. 23);
- i diritti di precedenza nell’assunzione (art. 24).

Ora, invece, al lavoratore somministrato occupato con contratto di lavoro a tempo determinato si applicano tutte le disposizioni contenute negli artt. 19-29, D.Lgs. n. 81/2015, con i nuovi più rigorosi limiti dettati dal D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018, senza alcuna preventiva verifica di compatibilità per singolo caso, con la sola eccezione delle norme che disciplina-

(\*) L’Autore è anche dirigente dell’Ispettorato Nazionale del Lavoro.

# Approfondimenti

no gli intervalli obbligatori in caso di rinnovo dello stesso contratto a termine (art. 21, comma 2), la clausola di contingentamento per il numero massimo dei contratti a termine (art. 23) e i diritti di precedenza nell'assunzione (art. 24).

Ne consegue che il rapporto di lavoro a termine fra Agenzia di somministrazione e lavoratore destinato ad essere inviato in missione in somministrazione presso uno o più utilizzatori ha ora una durata massima di 12 mesi senza alcuna causale. In ogni caso la durata complessiva massima del rapporto a tempo determinato col lavoratore somministrato andrà calcolata in base ai periodi di missione presso ogni singolo utilizzatore, essendo al singolo utilizzatore collegata la condizione di legittimità causativa che consente la prosecuzione in proroga o il rinnovo del medesimo rapporto di lavoro, una volta superato il limite massimo di durata (1).

Infatti, superati i primi 12 mesi il rapporto di lavoro può essere rinnovato o prorogato soltanto in presenza delle causali giustificative introdotte dal D.L. n. 87/2018. D'altro canto acausale rimane soltanto il contratto a termine che ha durata di 12 mesi fin dall'origine, giacché se il contratto ha durata iniziale infrannuale, il suo rinnovo, anche all'interno dei primi 12 mesi, avrà necessità di una causale giustificativa, per quanto tale disposizione riguardi soltanto i rinnovi dei contratti a termine stipulati dopo il 14 luglio 2018 ovvero quelli riferiti ai contratti stipulati precedentemente, ma che vengono disposti a partire dal 1° novembre 2018 (art. 1, comma 2, D.L. n. 87/2018, nel testo modificato dalla legge n. 96/2018).

Peraltro, l'art. 2, comma 1-ter, D.L. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018, stabilisce espressamente che le condizioni di cui all'art. 19, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015, come sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera a), D.L. n. 87/2018, nel caso di utilizzo del contratto di somministrazione di lavoro, "si applicano esclusivamente all'utilizzatore". La norma va intesa, dunque, nel senso che le causali giustificative delle assunzioni a termine per la somministrazione a tempo determinato devono essere valutate in funzione delle condizioni oggettive del datore di lavoro utilizzatore. L'attività produttiva, commerciale o di

servizio dell'utilizzatore, pertanto, sarà l'unica a rendere verificabili le condizioni limitative dell'assunzione a tempo determinato introdotte dal D.L. n. 87/2018, sia con riguardo alle *esigenze estranee all'ordinaria attività aziendale*, che devono essere di natura temporanea e oggettivamente valutabili, sia in merito alle *esigenze che afferiscono all'attività ordinaria dell'azienda* che devono risultare connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili dell'attività dell'utilizzatore, sia, infine, alle *esigenze di sostituzione* di altri lavoratori, indipendentemente dalla circostanza che il personale da sostituire sia assente per ragioni imprevedibili e non programmate e abbia un diritto legale e non convenzionale, alla conservazione del posto di lavoro.

Ne consegue, dunque, che sia nel contratto di lavoro a tempo determinato fra Agenzia e lavoratore somministrato, sia nel contratto commerciale di somministrazione fra Agenzia e utilizzatore sarà necessario indicare la causale riferita all'impresa utilizzatrice che necessita della prestazione lavorativa in somministrazione. Soltanto la duplice e coerente evidenziazione della causale (nel contratto di lavoro rispetto alle esigenze del soggetto terzo utilizzatore e nel contratto commerciale rispetto alle esigenze della controparte contrattuale) salvaguarda l'Agenzia da potenziali contenziosi ispettivi e giudiziari.

La durata massima consentita per il contratto a termine fra Agenzia e lavoratore somministrato è pari a 24 mesi, tale limite massimo di durata riguarda sia il contratto a tempo determinato acausale dei primi 12 mesi, sia i contratti inizialmente più brevi che a seguito di rinnovi e proroghe superano i 12 mesi di durata complessiva. La norma prevede che il rapporto di lavoro deve considerarsi a tempo indeterminato nel caso in cui il contratto a termine sia durato complessivamente più di 24 mesi.

D'altra parte, l'art. 34, comma 2, ultimo periodo, D.Lgs. n. 81/2015 - non toccato direttamente dal D.L. n. 87/2018 - seguita a prevedere che il termine inizialmente posto al contratto di lavoro a termine può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore somministrato, mediante atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal

(1) La norma, invero, consente anche una lettura differente che svincola la legittimazione della causale giustificativa dalla durata massima del rapporto con l'agenzia di somministrazione, a punto da ritenere non attivabile un ulteriore rapporto di

lavoro subordinato a termine con la medesima agenzia presso un nuovo utilizzatore, raggiunto il limite massimo dei 24 mesi col primo utilizzatore.