

IANUS

Diritto e Finanza



Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 24 - dicembre 2021

Le sfide del diritto del lavoro
nell'era del digitale e
dell'intelligenza artificiale

IANUS

Diritto e Finanza

N. 24 - 2021

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 24 - dicembre 2021

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

LE SFIDE DEL DIRITTO DEL LAVORO NELL'ERA DEL DIGITALE E DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Presentazione	5
Appunti su linguaggio, complessità e comprensibilità del lavoro 4.0: verso una nuova proceduralizzazione dei poteri datoriali, di LOREDANA ZAPPALÀ	9
La digitalizzazione del lavoro tra intelligenza artificiale e gestione algoritmica, di LAURA TEBANO	43
La proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale: quali implicazioni sul versante giuslavoristico?, di ROCCO IODICE	55
Intelligenza artificiale, poteri datoriali e tutela del lavoro: ragionando di poli regolativi, di MARCO PERUZZI	71
Brevi spunti di riflessione sull'evoluzione delle relazioni sindacali nell'economia digitale, di CLAUDIA FALERI	93

ALTRI SAGGI

<i>Decent work</i> e catene globali del valore: il diritto “in azione”, di VANIA BRINO	115
A skill-based approach to labour law in the European digital strategy, di CARLO VALENTI	133

GIURISPRUDENZA

Qualche riflessione a partire dai primi orientamenti della giurisprudenza di merito in tema di “discriminazioni algoritmiche”, di MATTEO BORZAGA	151
La qualificazione del rapporto di lavoro su piattaforma digitale nel diritto vivente: <i>old wine in a new bottle?</i> , di MARCO TUFO	169

PRESENTAZIONE

Il presente fascicolo di Ianus, coordinato dalla Professoressa Claudia Faleri, intende proporre una riflessione sulle profonde trasformazioni indotte dai processi di digitalizzazione che stanno interessando, quasi come un fiume in piena, il diritto del lavoro; la finalità scientifica perseguita è quella di analizzare i cambiamenti innescati dal progresso tecnologico nel mondo del lavoro, decodificarne le dinamiche e ipotizzarne le ricadute nell'ambito dei rapporti di lavoro individuali e collettivi, nonché quella di ragionare intorno al cambio di paradigma, anche dal punto di vista metodologico, che le tecnologie emergenti impongono al diritto del lavoro. I contributi proposti indagano sugli strumenti e i criteri interpretativi che il diritto del lavoro è chiamato a privilegiare affinché i valori della materia mantengano la loro centralità e non si raffiguri il rischio di ineffettività – fortemente avvertito dalla dottrina giuslavorista – che attanaglia il diritto laddove questo rinunci a comprendere la realtà e rifiuti di adeguare i propri contenuti precettivi e le proprie categorie interpretative alle nuove esigenze emergenti. Nella sezione monografica che introduce il fascicolo ad essere prese in considerazione sono le tematiche più rilevanti e complesse attinenti alla digitalizzazione del lavoro; in particolare si riflette sulle ricadute lavoristiche discendenti dall'utilizzo delle intelligenze artificiali e dalla gestione algoritmica dei rapporti di lavoro, in relazione anche a quanto previsto dalla recente proposta di regolamentazione europea sull'IA e alle problematiche che essa pone all'interprete. La sezione dedicata ad altri saggi contiene due contributi, volti a considerare le sfide che il diritto del lavoro si trova ad affrontare dinanzi alle recenti trasformazioni socioeconomiche: uno riguarda i processi di scomposizione dell'impresa nella cornice del mercato globale, l'altro concerne il ruolo delle politiche attive del lavoro nel processo di transizione verso il nuovo contesto produttivo e organizzativo. Nella sezione dedicata alla giurisprudenza completano il fascicolo due contributi in cui sono presi in esame gli orientamenti giurisprudenziali finora emersi su alcune tra le questioni più dibattute in materia di lavoro digitale: il primo affronta il tema delle “discriminazioni algoritmiche” rispetto al quale si riflette sulle potenzialità del diritto antidiscriminatorio c.d. “di seconda generazione” nel combatterle; il secondo interviene in materia di qualificazione dei lavoratori delle piattaforme digitali, approfondendo in particolare la questione relativa all'inquadramento dei *riders* tra subordinazione e autonomia.

**LE SFIDE DEL DIRITTO DEL LAVORO
NELL'ERA DEL DIGITALE E
DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE**

**APPUNTI SU LINGUAGGIO,
COMPLESSITÀ E COMPRESIBILITÀ DEL LAVORO 4.0:
VERSO UNA NUOVA PROCEDIMENTALIZZAZIONE
DEI POTERI DATORIALI[°]**

Loredana Zappalà

*Professoressa Associata di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Catania*

Il saggio riflette sul come la dimensione linguistica e comunicativa svolga un ruolo profondamente diverso nei luoghi di lavoro morfologicamente trasformati dalla tecnologia. La complessità è tale che il diritto del lavoro è chiamato a compiere lo sforzo di saper leggere nei processi comunicativi che caratterizzano i rapporti di lavoro odierni una pluralità di registri e di «giochi linguistici» che, a seconda dei casi, richiedono interventi di valorizzazione e di promozione dei processi comunicativi medesimi, ove funzionali a sviluppare e abilitare le capacitazioni della persona; oppure interventi "correttivi" finalizzati a correggere le sempre più rilevanti asimmetrie informative, ma anche a stimolare una trasparenza della comunicazione, come condicio sine qua non per il mantenimento nei luoghi di lavoro governati dal management algoritmico di un legame sociale, e soprattutto come veicolo per consentire forme di controllo dell'esercizio dei poteri datoriali disumanizzati, potenzialmente lesivi della dignità della persona e dei suoi diritti come prestatore di lavoro.

The essay reflects on how the linguistic and communicative dimension plays a profoundly different role in the workplaces morphologically transformed by technology. The complexity is such that labor law is called upon to make the effort to be able to read in the communication processes that characterize today's employment relationships a plurality of registers and "language games" which, depending on the case, require interventions to enhance and promotion of the communication processes themselves, where functional to develop and enable capability; or "corrective" interventions aimed at correcting the increasingly significant information asymmetries, but also at stimulating transparency in communication, as a condition for maintaining a social bond even in the workplaces governed by algorithmic management, and above all as a vehicle to allow forms control of the exercise of dehumanized employer powers, potentially damaging to the dignity of the person and his rights as a worker.

Sommario:

1. Lavoro digitale e linguaggio della complessità nel diritto del lavoro 4.0
2. Centralità linguistica degli ambienti di lavoro digitali e performatività della formazione/informazione/partecipazione
3. Trasparenza e spiegabilità delle condizioni contrattuali e dimensione abilitativa dell'informazione
4. La direttiva 2019/1152 e la trasparenza delle condizioni contrattuali tra presunzioni confutabili e prospettiva sanzionatoria

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

5. Trasparenza e comprensibilità delle condizioni contrattuali dei lavoratori delle piattaforme nella proposta di direttiva europea
6. Il diritto alla supervisione umana e alla umanizzazione del linguaggio dell'algoritmo. La necessità di una comunicazione antropocentrica
7. Il decreto trasparenza 2022 e la corsa in avanti del legislatore italiano
8. Trasparenza e supervisione umana: prospettive e potenzialità delle nuove forme di proceduralizzazione dei poteri datoriali

1. Lavoro digitale e linguaggio della complessità nel diritto del lavoro 4.0

Se nella fabbrica fordista l'attività lavorativa era muta, la produzione era una catena silenziosa, in cui era tagliata ogni correlazione interattiva tra processi simultanei, «nella metropoli postfordista, il processo lavorativo materiale è descrivibile empiricamente come complesso di atti linguistici, sequenza di asserzioni, interazione simbolica. In parte, perché l'attività del lavoro vivo si esplica, ora, a fianco del sistema di macchine, con compiti di regolazione, sorveglianza e coordinamento. Ma soprattutto perché il processo produttivo ha per 'materia prima' il sapere, l'informazione, la cultura, le relazioni sociali»¹. L'informatizzazione della società, e con essa l'essere divenuta la conoscenza la principale forza produttiva, ha prodotto un profondo mutamento dei processi comunicativi che caratterizzano e connotano i legami sociali². È tema ampiamente studiato dalle scienze sociali come il passaggio dalla modernità alla postmodernità della società postindustriale, prima, e della società digitale, dopo, abbia dato vita all'età della complessità³, dell'incertezza⁴, dell'insicurezza, del rischio⁵, cui è corrisposta una dilagante situazione di disagio⁶ della persona, un'elevazione della velocità⁷ a categoria concettuale unificante dell'esperienza umana, un'accelerazione sociale⁸ e un sovraccarico della dimensione comunicativa, delle informazioni e della conoscenza, dagli effetti ambigui e ambivalenti, una crisi della capacità regolativa del diritto. La società dell'informazione e della digitalizzazione, veloce, massificata, globale, è tuttavia connotata da una “fatica linguistica”⁹, che risulta preponderante in tutti i settori produttivi, materiali e immateriali, e che piuttosto che annullare le differenze le amplifica, dando vita a un potenziale processo di annullamento dello stesso valore informativo; ciò, in quanto, come bene è stato colto, «l'eccesso di velocità equivale ad una perdita

⁰ Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

¹ VIRNO, *Lavoro e linguaggio*, in ZANINI - FADINI (a cura di), *Lessico postfordista*, Milano, 2001, 181 ss.

² LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, 2019, 33.

³ MORIN, *La sfida della complessità*, Firenze, 2017.

⁴ BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999; GALBRAITH, *L'età dell'incertezza*, Milano, 1977.

⁵ BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2001; più in generale, per una riflessione più prettamente scientifica sul tema, PRIGOGINE, *La fine delle certezze. Il tempo, il caos e le leggi della natura*, Torino, 2014.

⁶ BAUMAN, *Il disagio della postmodernità*, Milano, 2002.

⁷ VIRILIO, *Velocità e politica: saggio di dromologia*, Milano, 1981. Sulla velocità della modernizzazione HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità. Dodici lezioni*, Bari, 2003.

⁸ BELL, *Notes on the Post-Industrial Society*, in *The Public Interest*, 1967, n. 6, 24 ss., e n. 7, 102 ss.; AUGÉ, *Nonluoghi. Introduzione a una Antropologia della surmodernità*, Milano, 2005; ROSA, *Social Acceleration: Ethical and Political Consequences of a Desynchronized High-Speed Society*, in *Constellations*, 2003.

⁹ ZANINI - FADINI (a cura di), *Lessico postfordista*, cit., 19 ss.

progressiva del contenuto informativo, del suo valore. Se in passato il valore del messaggio trasmesso risultava dalla rapidità della sua consegna, oggi l'istantaneità cumulativa tende a svuotare il messaggio del suo valore o per lo meno ad accelerare l'obsolescenza»¹⁰.

A fronte di un tale sovraccarico della funzione comunicativa e della sua centralità quale meccanismo in grado di rinsaldare o distruggere i legami sociali, la questione del linguaggio, della sua complessità e della sua comprensibilità, è divenuta centrale nell'analisi giuridica, sempre più costretta a decifrare l'apparente neutralità di cui è avvolto il linguaggio della programmazione e della tecnologia¹¹, con la chiara consapevolezza della profonda ambiguità di tutti i grandi processi di innovazione tecnologica, capaci di imprimere una netta discontinuità alle dinamiche evolutive della società¹². In maniera del tutto condivisibile, è stato infatti scritto come oggi si assista a un nuovo modo di essere del diritto e, conseguentemente, a un processo in cui compito del giurista è quello di farsi interprete delle trasformazioni che si stanno verificando nella società sulla base dello sviluppo della tecnologia, e dell'impatto che questa sta avendo sul diritto; emergono, infatti, dalla coscienza sociale, e a seguito dello sviluppo tecnologico, dei "nuovi diritti", i quali, sebbene non godano di un loro esplicito riconoscimento normativo, «hanno un forte e chiaro "tono costituzionale", che li colloca, implicitamente, all'interno della costituzione, riservando all'interprete il compito di estrapolarli da essa»¹³.

Per i giuslavoristi, il lavoro digitale¹⁴, le questioni a esso connesse, e anche il suo linguaggio di riferimento, rappresentano una «sineddoche divisiva»¹⁵: il frutto di un processo ricostruttivo, interpretativo e linguistico che associa realtà

¹⁰ VIRILIO, *L'orizzonte negativo*, Genova, 1986.

¹¹ ZANICHELLI, *Ecosistemi, opacità, autonomia: Le sfide dell'intelligenza artificiale in alcune proposte recenti della Commissione Europea*, in D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 77.

¹² RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 199 ss.

¹³ FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. Inf.*, 2020, 465 ss.

¹⁴ Sulle trasformazioni del lavoro a seguito del processo di digitalizzazione dell'economia la letteratura è sterminata, per alcuni riferimenti essenziali cfr. MINGIONE (a cura di), *Lavoro: la Grande trasformazione*, Milano, 2020; MINGIONE - PUGLIESE, *Il lavoro*, Roma, 2020; DE MASI, *Lavoro 2025*, Venezia, 2017; GRAMOLATI - MARI, *Il lavoro dopo il novecento. Da produttori ad attori sociali*, Firenze, 2016; BRYNJOLFSSON - MCAFEE, *La nuova rivoluzione delle macchine*, Milano, 2015; BALDWIN, *Rivoluzione Globotica*, Bologna, 2019; CIPRIANI - GREMOLATI, MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze, 2018; F. RULLANI - E. RULLANI, *Dentro la rivoluzione digitale*, Torino, 2018; DNEGRYSE, *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, Brussels, 2016; VALENDUC - VENDRAMIN, *Work in the digital economy: sorting the old from the new*, Brussels, 2016; SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano, 2016.

¹⁵ CARUSO, *Il lavoro digitale: una sineddoche divisiva*, disponibile in: <https://www.labourlawcommunity.org/ricerca/il-lavoro-digitale-una-sineddoche-divisiva/>.

differenti, ma dipendenti o contigue tra loro. Il lavoro digitale dove il digitale, nella prospettiva parte-tutto, fagocita in senso negativo il lavoro; il lavoro digitale che provoca una frattura culturale tra «noi e loro»¹⁶, vale a dire tra noi giuristi del lavoro e gli esperti/tecnici del settore; il lavoro digitale che, in una logica singolare-plurale, attrae tutte le forme di innovazione tecnologica che caratterizzano le nuove realtà lavorative; il lavoro digitale che, nell'accezione genere-specie, si eleva a meta concetto di forme diversificate di lavoro morfologicamente trasformate dalla tecnologia. Una sineddoche divisiva, in quanto, su ognuna delle relazioni oppostive citate, la dottrina lavoristica si divide tra tecno-ottimisti (pochi) e tecno-pessimisti (i più). Non è certamente revocabile in dubbio l'esistenza del lato oscuro del digitale¹⁷, di un modello di società panottica¹⁸, caratterizzato da sistemi inintelligibili di *big data* capaci di accogliere le informazioni e le stesse esistenze di un numero indefinito (e potenzialmente infinito) di soggetti, profilate attraverso le analisi dei loro comportamenti tracciati dalla rete. Così come non è revocabile in dubbio che in molti casi il lavoro, o comunque buona parte di esso, soprattutto in alcuni settori come la logistica o le piattaforme sia stato oggetto di un processo di parcellizzazione, di datizzazione delle attività umane e di esternalizzazione delle stesse¹⁹; si tratta di contesti nei quali la tecnologia non rappresenta una opportunità di crescita e di sviluppo per tutti gli attori coinvolti, bensì un determinante fattore di debolezza del lavoratore che, di fatto, sembra tramutarsi in un nuovo aspetto di "subordinazione tecnologica/informativa"²⁰ - oltre che informatica -, utilizzando indici, non solo di supervisione, controllo ed etero-direzione ma anche di soggezione all'uso di algoritmi²¹; indici che tratteggiano nuovi aspetti della subordinazione, legati allo strumento tecnologico e a contesti organizzativi sempre più digitalizzati e dematerializzati²². Se, dunque, il lato oscuro del digitale si palesa incombente e pericolosamente dilagante, è anche vero che la digitalizzazione del lavoro 4.0²³ è

¹⁶ ROMAGNOLI, «Noi e loro»: diritto del lavoro e nuove tecnologie, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 377 ss.

¹⁷ GRANELLI, *Il lato (ancora più oscuro) del digitale. Nuovo breviario per (soprav)vivere nell'era della Rete*, Milano, 2017.

¹⁸ ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

¹⁹ CASILLI, *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo*, Milano, 2020.

²⁰ ZAPPALÀ, *Le condizioni di lavoro nelle piattaforme: quale strategia europea di tutela del lavoro digitale?* in *Professionalità Studi*, 2021, 4 ss.

²¹ Si rinvia a ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 446/2021.

²² ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?* in *Labour Law Issues*, 2022, 15.

²³ DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in CIPRIANI - GREMOLATI - MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0*, cit., 225 ss.

il motore di un cambiamento cui corrispondano effetti plurimi e differenziati, riconducibili a diversi macro scenari caratterizzanti i luoghi di lavoro del nuovo secolo²⁴: il modello “virtuoso” di Industria 4.0, nella sua declinazione di modello sociale e organizzativo dell’ “impresa integrale”, ampiamente analizzata negli studi di Federico Butera²⁵; i nuovi servizi di *e-commerce* e di logistica globalizzati, organizzati e gestiti dall’algoritmo²⁶; il lavoro delle piattaforme²⁷ nelle diverse declinazioni, spesso caratterizzato da «una combinazione specifica di tecnologie *online* altamente sofisticate con manifatture ad alta intensità di lavoro che operano a bassi livelli tecnologici»²⁸.

A fronte di una tale complessità sistemica e dei luoghi di lavoro, da oltre un decennio, i giuristi del lavoro si sono assunti il difficile compito di confrontarsi con il nuovo mondo digitale e con le nuove scienze sociali computazionali, frutto di una intersezione tra tecnologie, scienze sociali, scienze dell’informazione e scienze della complessità, provando innanzitutto a mettere ordine nel caos della terminologia utilizzata in rete, nel mondo del lavoro e, oggi, sempre di più anche

²⁴ CARUSO - ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze, 2022, 23 ss.

²⁵ BUTERA, *Organizzazione e società*, Venezia, 2020; ma v. anche CERRUTI, *Lavorare al tempo del cliente nel post fordismo*, Milano, 2010; BENTIVOGLI, PIRRONE, *Fabbrica futuro*, Milano, 2019; D’ALOISO, *Partecipare all’impresa globale*, Milano, 2021; MARINI, *Fuori classe*, Bologna, 2018.

²⁶ ALESSI, *Formazione e competenze nel settore della logistica*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 408 ss.; BOLOGNA - CURI, *Relazioni industriali e servizi di logistica: uno studio preliminare*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2019, 125 ss.; BONARDI, *Tra governance delle global value chains e frammentazione del tessuto produttivo nazionale: quale regolazione per il lavoro nel settore della logistica?*, in ALLAMPRESE, BONARDI (a cura di), *Logistica e Lavoro*, in *Quad. riv. giur. lav.*, 2019, 17 ss.; FAIOLI - FANTONI - MANCINI (a cura di), *Lavoro e organizzazione nella logistica 4.0*, Roma, WP. Fondazione G. Brodolini, n. 14, 2018.

²⁷ PRASSL, *Human as a service*, Oxford, 2018; PRASSL - RISAK, *Uber, Taskrabbit, and co.: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2018, 619 ss.; ID., *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 219 ss. DAUGAREILH - DEGRYSE - POCHE, *The platform economy and social law: Key issues in comparative perspective*, Brussels, Working Paper, 2019; DE GROEN, KILHOFFER - WESTHOFF - POSTICA - SHAMSAKHR, *Digital Labour Platforms in the EU: Mapping and Business Models*, 2021, disponibile in: <https://www.ceps.eu/ceps-publications/digital-labour-platforms-in-the-eu/>; GUARASCIO, SACCHI, *Le piattaforme digitali in Italia, un’analisi della dinamica economica e occupazionale*, in *INAPP Policy Brief*, 2018, 4 ss.; ILO, *The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Geneva, ILO Report, 2021, disponibile in: <https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/lang-en/index.htm>; PERULLI, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro: verso un nuovo sistema di tutele?*, in PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Padova, 2018, 115 ss.; DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bologna, 2019.

²⁸ LÜTHE, *Platform Capitalism «Made in China»? Intelligent Manufacturing, Taobao Villages and the Restructuring of Work*, in *Science, Technology & Society*, 199 ss.; GRAPPI, *La governance delle catene del valore e le sfide per l’organizzazione dei lavoratori: una prospettiva globale*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 368 ss.

nella legislazione e nella giurisprudenza²⁹. Concetti e parole come algoritmi, *big data*, piattaforme, criptovaluta, creano nel giurista una forma di “subalternazione” e di sudditanza conoscitiva forse paragonabile, in termini storico-sociali, al rapporto tra l’uomo comune e il soprannaturale, che da sempre ha creato condizioni di subalternazione multiple, complesse, articolate³⁰. Se, in generale, dunque, nel secolo scorso è stato rilevato come «i giuristi, i tecnici del diritto, affrontano in genere le questioni semantiche, che si aprono nel loro lavoro, in prospettive piuttosto ristrette, senza allargare l’orizzonte oltre l’universo della cultura giuridica. Evitare le questioni semantiche il giurista non può: le operazioni da lui compiute», è anche vero che «riguardano il linguaggio ed hanno come strumento il linguaggio, e ad ogni passo egli deve determinare e foggare significati, riconoscere, costruire o ricostruire relazioni semantiche, e sintattiche e pragmatiche»³¹. Il nuovo secolo ha posto il giurista, soprattutto quello del lavoro, di fronte all’esigenza di compiere uno sforzo dunque definitorio finalizzato a far emergere l’esistenza di quelle parti di “diritto muto”³², non verbalizzate, ma presenti nel sistema. Si tratta di fenomeni, prassi, modelli organizzativi e strumentazioni, di cui oggi il diritto del lavoro è chiamato a interessarsi, a cercare di comprenderne le ricadute e la possibilità di riconduzione alle disposizioni “tradizionali” poste a tutela della persona che lavora (ne è dimostrazione il continuo interrogativo sulla applicabilità alle nuove tecniche digitalizzate di controllo del lavoro³³ - tecnologie indossabili, prassi di *gamification*, esercizio del potere direttivo informatizzato o, più in generale, modelli di gestione algoritmica del lavoro - ai limiti previsti dallo Statuto dei lavoratori). Nel solco

²⁹ In questa prospettiva si rinvia al lavoro di BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, 2022. La letteratura giuslavoristica sul tema delle tecnologie è ormai amplissima, per alcuni riferimenti essenziali ulteriori si rinvia a NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Torino, 2022; TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017; ALESSI - BARBERA - GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale*, Bari, 2019; DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in CIPRIANI - GREMOLATI - MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, cit., 223 ss.; ALOISI - DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari, 2020; DAGNINO, *Dalla fisica all’algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019; FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Torino, 2018; DEL PUNTA, *Innovazioni tecnologiche e diritto del lavoro*, in *Riv. infort.*, 2019, 261 ss.

³⁰ SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.

³¹ SCARPELLI, *Semantica giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1969.

³² SACCO, *Il diritto muto*, Bologna, 2015.

³³ TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, 2017; TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Napoli, 2020; INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy. Una lettura integrata*, Bari, 2018; NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Napoli, 2018; PISANI - PROIA - TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, 2022.

dell'insegnamento di Massimo D'Antona³⁴, a fronte delle nuove e potenziali *anomalie*, vale a dire delle «difficoltà crescenti di comprensione dei fenomeni giuridici attraverso gli schemi generalmente accolti», è stato necessario e opportuno che i giuristi - soprattutto quelli del lavoro - siano stati attratti verso un «pluralismo metodologico eclettico e in larga misura non consapevole». Nella consapevolezza di come l'approccio giuridico alle "anomalie" per essere discusso e proposto all'accettazione debba prima di tutto essere "detto", ossia reso comprensibile nel mondo interno del diritto, e nel suo linguaggio, che inevitabilmente si pone come il frutto di una osmosi continua fra discorso giuridico e fatti materiali, i giuristi del lavoro si sono confrontati, dunque, con parole "nuove" evocative e produttive di cambiamenti nel paradigma del diritto del lavoro, con ciò dimostrando una estrema sensibilità ermeneutica verso la "porosità" dei sistemi giuridici moderni di comprendere prima di tutto l'ambiente esterno. Di fronte al dilemma del se la tecnologia sia suscettibile di essere regolata o se, invece, «per le caratteristiche proprie e per la rapidità di evoluzione che la caratterizza, essa sfugga quasi naturalmente ad ogni tentativo di regolazione, esaurendosi gli sforzi di disciplinarla in una inutile, illusoria, rincorsa»³⁵, parte della dottrina lavoristica ha preferito invertire lo schema usuale dell'analisi giuridica diretta a vagliare, interpretare e applicare le categorie e gli istituti ai fenomeni nuovi, ed ha scelto di confrontarsi a monte con i fenomeni nuovi, con le tecnologie, con la loro comprensione fattuale e linguistica³⁶, prima ancora che giuridica.

Preso atto di come le modalità di gestione della conoscenza siano diventate il principale problema politico, tecnico e valoriale, in termini non solo di accesso e disseminazione della conoscenza, ma anche di «lotta all'entropia informativa e all'uso della conoscenza per la creazione tanto di poteri sottratti al controllo democratico come di immense disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza»³⁷, oggetto della presente riflessione è l'analisi della complessità del linguaggio del lavoro digitale, e allo stesso tempo l'analisi del come la dimensione linguistica e comunicativa svolga un ruolo profondamente diverso nei diversi luoghi di lavoro morfologicamente trasformati dalla tecnologia. La complessità³⁸ è tale che il diritto del lavoro è chiamato a compiere lo sforzo di saper leggere nei processi comunicativi che caratterizzano i

³⁴ D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo* (in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 207 ss.), ora in *Opere*, CARUSO, SCIARRA (a cura di), Milano, 2000, vol. I, 53 ss.

³⁵ NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 2.

³⁶ È questo l'approccio che ha ispirato il volume di BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 11 ss.

³⁷ TRONTI, *Economia della conoscenza, innovazione organizzativa e partecipazione cognitiva: un nuovo modo di lavorare*, disponibile in: https://web.uniroma1.it/masterlavoro/sites/default/files/allegati/Tronti%20-%20Economia%20della%20conoscenza%20-%20innovazione%20organizzativa%20e%20partecipazione%20cognitiva_1.pdf.

³⁸ Su complessità dei saperi e approccio giuslavoristico CARUSO - DEL PUNTA - TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *CSDLE "Massimo D'Antona"* 2020, 16 ss.

rapporti di lavoro odierni una pluralità di registri e di «giochi linguistici»³⁹ che, a seconda dei casi, richiedono interventi di valorizzazione e di promozione dei processi comunicativi medesimi, ove funzionali a sviluppare e abilitare le capacitazioni della persona; oppure interventi “correttivi” finalizzati a correggere le sempre più rilevanti asimmetrie informative, ma anche a stimolare una trasparenza della comunicazione, come *condicio sine qua non* per il mantenimento anche nei luoghi di lavoro governati dal *management* algoritmico di un legame sociale, e soprattutto come veicolo per consentire forme di controllo dell’esercizio dei poteri datoriali disumanizzati, potenzialmente lesivi della dignità della persona e dei suoi diritti come prestatore di lavoro.

2. Centralità linguistica degli ambienti di lavoro digitali e performatività della formazione/informazione/partecipazione

Nella società dell’informazione e dell’accelerazione comunicativa la persona può assumere il ruolo di detentore dell’informazione e di padrone del linguaggio digitale oppure, in alternativa ma anche in concomitanza, il ruolo di oggetto dell’informazione, di datizzazione, di profilazione, di gestione algoritmica del lavoro. A fronte di questa molteplicità e interscambiabilità dei ruoli informativi che caratterizza anche i luoghi di lavoro è possibile osservare come la dimensione linguistica assuma connotati assolutamente differenti a seconda che si guardi a quello che è stato definito l’ambiente di lavoro 4.0 oppure a quello disintermediato delle piattaforme e della *gig economy*, ma anche a quello più tradizionale nel quale però i poteri datoriali (selezioni, promozioni, trasferimenti, ecc.) vengano affidati ai moderni oracoli rappresentati dagli algoritmi.

Sicuramente, le tecnologie digitali hanno accelerato la trasformazione del lavoro, che diventa esso stesso, soprattutto nella cosiddetta fabbrica intelligente, «atto linguistico performativo»⁴⁰: nel modello di organizzazione che produce comunicando, persone, cose e macchine intelligenti si trovano coinvolte in un costante livello di comunicazione. In una dimensione che prevede l’interconnessione continua tra virtuale e fisico, sempre più frequentemente i luoghi di lavoro si strutturano attraverso «tre livelli di comunicazione che si interconnettono costantemente: uomo/uomo (H2H), macchina/macchina (M2M), uomo/macchina (H2M)»⁴¹. In particolare, con l’acronimo M2H si fa riferimento a una tecnologia intelligente e interconnessa che consente la comunicazione costante e interattiva *machine-to-human*, basata su dispositivi di visualizzazione,

³⁹ LYOTARD, *La condizione postmoderna*, cit., 20 ss.

⁴⁰ MARI, *Il lavoro 4.0 come atto linguistico performativo. Per una svolta linguistica nell’analisi delle trasformazioni del lavoro*, in CIPRIANI - GREMOLATI - MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0*, cit., 315 ss.

⁴¹ IBIDEM, 317.

su sensori connessi in rete e *alert*, funzionale a realizzare un processo collaborativo/correttivo, appunto uomo-macchina, in grado di assicurare l'ottimale funzionamento di un sistema di produzione⁴². Una organizzazione, dunque, che produce comunicando tramite i sensori *IoT* (*Internet of Things*) integrati in un dispositivo connesso in rete, che si tratti di un macchinario, di un nastro, di un elevatore o di un'intera fabbrica. Le soluzioni basate sulla comunicazione M2H sono in grado di rilevare i primi segni di stress, gli errori o le semplici imperfezioni e prevedere il momento del guasto del dispositivo o dell'apparecchiatura. Il sistema può quindi allertare i responsabili del mantenimento in funzione dei dispositivi o delle apparecchiature o direttamente il lavoratore, può consultare immediatamente i manuali per suggerire l'aggiustamento da fare, avviare una consultazione immediata con altri specialisti o colleghi, oppure può inviare in loco un essere umano in grado di risolvere il problema. Si tratta, insomma, di un sistema di comunicazione che interviene tra "cose e cose e decisori", in un flusso continuo di informazioni «cui niente e nessuno può sottrarsi»⁴³. Nel modello di fabbrica intelligente, dunque, il lavoro cognitivo, la persona e il suo linguaggio si muovono - o comunque in astratto dovrebbero muoversi - nel quadro di un'«etica della comunicazione»⁴⁴ e di una logica cooperativa⁴⁵ che, però, per essere genuina e conforme allo statuto epistemologico del diritto del lavoro, non può che essere agganciata e sostenuta da politiche e da prassi di formazione continua e costante delle persone⁴⁶ e delle loro competenze che interagiscono con le macchine nell'infosfera⁴⁷. Le connessioni tra tecnica e diritto, tra comunicazione e aspetti pragmatici fondati su una narrazione emancipativa⁴⁸ del lavoro chiara, che esplicita le proprie regole e che attiva meccanismi abilitanti della persona e delle sue capacitazioni, consente di «allargare l'orizzonte teorico dei giuslavoristi oltre la subordinazione e la struttura necessariamente bilaterale delle sue relazioni, individuali e collettive; ciò per confrontarsi con i problemi del lavoratore come persona, come soggetto, e non solo come mero oggetto di sfruttamento del datore di lavoro e di protezione da

⁴² DAUGHERTY - WILSON, *Human+Machine. Ripensare il Lavoro nell'età dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2018.

⁴³ MARI, *Il lavoro 4.0 come atto linguistico performativo*, cit., 315.

⁴⁴ ID., *Libertà nel lavoro. La sfida della rivoluzione digitale*, Bologna, 2019, 26.

⁴⁵ CARUSO, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 81 ss.; v. pure BARBERA, *Statuto, contesti organizzativi e lavori cinquant'anni dopo*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 54 ss.; NOVELLA, *Impresa*, in NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 5 ss.; NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *Lav. dir.*, 2021, 451 ss.

⁴⁶ TRENTIN - REPETTO (a cura di), *Using Network and Mobile Technology to Bridge Formal and Informal Learning*, Hull, 2013.

⁴⁷ FLORIDI, *La rivoluzione dell'informazione*, Torino, 2010.

⁴⁸ LYOTARD, *La condizione postmoderna*, cit., 110 ss.

parte della legge o del contratto collettivo»⁴⁹. La formazione, dunque, svolge il ruolo di «contromisura alle asimmetrie distributive delle competenze abilitanti»⁵⁰, ma anche di vettore di «soggettivazione regolativa» per l'acquisizione da parte dei lavoratori di un maggiore spazio di libertà sostanziale nel rapporto di lavoro e nelle traiettorie professionali⁵¹. In questa prospettiva, coerentemente, la dottrina che si è occupata del tema ha proposto, quale contraltare delle potenziali ricadute negative delle trasformazioni digitali sulla professionalità, una valorizzazione dell'apprendimento continuo e della formazione che travalica i ristretti limiti dell'art. 2013 c.c.⁵², per ascendere a vero e proprio modello di *learning organization*⁵³ che cresce, produce e migliora comunicando e formando in un continuo scambio *win-win*, in cui al lavoratore vengono richiesti più impegno e responsabilità, ma gli vengono al contempo riconosciuti una maggiore fiducia e un più ampio grado di discrezionalità e di autodeterminazione, individuale o in gruppo, stimolandone la creatività, l'intelligenza e la relazionalità.

Nel contesto organizzativo dell'ambiente di lavoro 4.0 sopra delineato, il carattere linguistico e comunicativo del lavoro è, e deve essere, pertanto, affiancato da una piena disponibilità delle informazioni e da una dimensione comunicativa performativa che passa anche e soprattutto da una strategia⁵⁴ di apprendimento continua, che rende accettabili - per il lavoratore della fabbrica intelligente - il continuo cambiamento delle «mosse» organizzative aziendali e, quindi, delle «regole linguistiche del gioco»⁵⁵. Il linguaggio performativo, dunque, passa attraverso diritti di nuovo conio e non: non solo il diritto alla formazione, soprattutto tecnologica, ma anche il diritto a essere coinvolto almeno

⁴⁹ CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 1 ss.

⁵⁰ CIUCCIOVINO, *Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale*, in *federalismi.it*, 2022, 129 ss.

⁵¹ PERULLI, *La «soggettivazione regolativa» nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT*, n. 365/2018, 11 ss.

⁵² CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Torino, 2013; CIUCCIOVINO, *Contrattazione collettiva e politiche attive del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2021, 641 ss.; CIUCCIOVINO, *Apprendimento permanente*, in *Libro dell'Anno del Diritto*, Roma, 2013, 42 ss.; ALESSI, *Professionalità, contratto di lavoro e contrattazione collettiva, oggi*, in *Professionalità Studi*, 2018, 23 ss.

⁵³ TRONTI, *Economia della conoscenza, innovazione organizzativa e partecipazione cognitiva*, cit., 8 ss.

⁵⁴ In cui si inseriscono alcune specifiche misure previste, ad esempio, Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, all'interno della Missione 5, Coesione e inclusione, ove si prevede che «Per i lavoratori occupati, in particolare, è rafforzato il Fondo nuove competenze, istituito sperimentalmente nel 2020 per consentire alle aziende di rimodulare l'orario di lavoro, al fine di favorire attività di formazione sulla base di specifici accordi collettivi con le organizzazioni sindacali. In tal modo, individuato il fabbisogno formativo per la specifica azienda, il settore o il territorio, si assicura l'aggiornamento professionale richiesto mettendo in capo alle risorse del Fondo il costo delle ore trascorse in formazione», 206.

⁵⁵ LYOTARD, *La condizione postmoderna*, cit., 79 ss.

a titolo informativo nell'elaborazione dei modelli organizzativi, il diritto a essere interpellato prima di atti gestionali che lo riguardano; ciò anche «attraverso meccanismi istituzionali di governo dell'impresa (ridefinizione dei diritti delle rappresentanze del personale, anche per adeguare i diritti statutari all'era informatica; normative premiali per l'adozione di modelli organizzativi incentrati sull'assegnazione di obiettivi e sulla conseguente responsabilizzazione, di *team* e/o individuale, dei suoi protagonisti; modelli più fortemente partecipativi di gestione della sicurezza; meccanismi di partecipazione/proceduralizzazione a livello individuale)»⁵⁶ come viatico di un «riconoscimento reciproco» di impresa e lavoratore che mette al centro la persona⁵⁷.

3. Trasparenza e spiegabilità delle condizioni contrattuali e dimensione abilitativa dell'informazione

Diametralmente diverso è l'approccio alla dimensione linguistica del lavoro digitale nei contesti lavorativi, tradizionali e soprattutto delle piattaforme, dove il linguaggio delle macchine è impenetrabilmente rinchiuso in quella che è stata definita la *black box*⁵⁸, le informazioni sono massificate nei *big data*, correlate su base probabilistica, inferenziale, frutto di *bias* cognitivi, se non di vere e proprie opzioni discriminatorie⁵⁹: in altre parole, inintelligibili dall'essere umano non in possesso di specifiche competenze tecnico/informatiche. È ampiamente dibattuta e provata l'esistenza di sistemi automatizzati di creazione di conoscenza e di decisione, che si basano sugli algoritmi, che hanno ristrutturato la gestione del personale, tanto nel settore privato (piattaforme e non) quanto nelle pubbliche amministrazioni, sostituendo progressivamente le funzioni manageriali

⁵⁶ Così CARUSO - DEL PUNTA - TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit., 24 ss.

⁵⁷ IBIDEM, 24 ss., nonché PERULLI - SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Bologna, 2022, 19, che richiamano il pensiero di HONNETH, *La libertà negli altri*, Bologna, 2017.

⁵⁸ PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard, 2015; HILDEBRANDT, *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, Amsterdam, Digital Enlightenment Yearbook, 2012.

⁵⁹ BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour Law Issues*, 2021; BALLESTRERO, *Ancora su rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 2021, 104; FASSINA, *L'algoritmo Frank, cieco ma non troppo*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 1; PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour Law Issues*, 2021, 48 ss.; v. pure LAZZERONI, *Voce Discriminazioni digitali*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 99 ss. Il tema è ampiamente affrontato anche nel dibattito internazionale, per alcuni riferimenti v. GERARDS - XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU equality law*, 2020, disponibile in: <https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmicdiscrimination-in-europe-challenges-and-opportunities-for-eu-equality-law/>; XENIDIS, *Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience*, in *Maastricht Law Journal of European and Comparative Law*, 2020, 736 ss.; PRINCE - SCHWARCZ, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, 2020, 1257 ss.

tradizionali, come la selezione del personale, l'assegnazione delle mansioni, la valutazione del lavoro svolto, l'incentivazione o l'irrogazione di sanzioni, anche con effetti estintivi del rapporto di lavoro. In altre parole, in tali contesti, gli algoritmi acquisiscono il grado di asimmetria informativa e lo squilibrio di potere tra le parti contraenti: l'esercizio del potere direttivo si realizza attraverso dispositivi e applicazioni digitali, il lavoratore è sottoposto a forme di controllo permanente e di supervisione continua esercitati dal *software* e tutto ciò «rende il datore di lavoro onnipotente e le sue prerogative potenziate»⁶⁰.

In questi contesti, il ruolo del lavoratore come soggetto delle comunicazioni sulle condizioni di lavoro che lo riguardano⁶¹ e sulla concreta gestione del rapporto stesso si svuota di contenuti a fronte della incapacità del lavoratore di comprendere le informazioni: ciò in quanto la velocità dell'informazione è tale che lo stesso non ha la capacità giuridica e/o tecnologica di capire la *ratio* gestionale e/o la modifica, lo sguardo d'insieme per comprenderne le implicazioni, la forza per chiedere i chiarimenti necessari e, in ultima analisi, per opporsi alle scelte decisionali che lo riguardano. In tale prospettiva, il lavoratore è oggetto di una comunicazione datoriale a volte troppo veloce e imprevedibile, destinatario di un linguaggio tecnico/giuridico che non sempre comprende o nemmeno percepisce; il lavoratore è soggetto muto di un dialogo che non c'è, il quale abita un ambiente informazionale, senza occuparne il centro⁶².

Come è stato scritto in maniera lungimirante da Stefano Rodotà, le trasformazioni indotte dall'innovazione tecnologica, realizzando la «separazione tra il mondo delle persone e il mondo degli oggetti dotato di una propria crescente autonomia», coinvolgono così il principio fondativo della società moderna e costitutivo del suo ordine giuridico: l'autonomia dell'individuo, che diviene estremamente vulnerabile di fronte al potere digitale⁶³. Le trasformazioni tecnologiche dell'organizzazione sociale, dunque, producono asimmetrie nella distribuzione e nell'esercizio del potere e determinano una frattura sociale tra individui sempre più trasparenti e poteri sempre più opachi e incontrollabili»⁶⁴.

⁶⁰ SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, in *Lav. dir. Eur.*, 2022; TOPO, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *Lav. dir.*, 2018, 453 ss.; NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *Lav. dir.*, 2021, 451 ss. Su tale profilo, sia consentito rinviare a ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit. e alla letteratura ivi citata, nonché alle diverse *Voci*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 150 ss.

⁶¹ GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, 1996; FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Milano, 2007.

⁶² FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino, 2009, 106 ss.

⁶³ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 312 ss.; ID., *Antropologia dell'homodignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 547 ss.

⁶⁴ ID., *Il diritto di avere diritti*, cit., 337 ss.

Sulla scorta di questa consapevolezza, in oltre un ventennio, si è ampiamente sviluppato il diritto alla protezione dei dati personali, che innova la categoria semantica della *privacy* per trasferire nella dimensione tecnologica la garanzia di fondamentali libertà della persona umana⁶⁵. Obiettivo della disciplina sulla *privacy* contenuta nel GDPR è la sicurezza della circolazione dei dati personali e la tutela giuridica della persona tramite la garanzia effettiva del diritto fondamentale al controllo dei processi di costruzione e utilizzazione dell'identità personale quale «dispositivo di socializzazione»⁶⁶. Tale obiettivo risulta affidato a una strategia complessa incentrata, in primo luogo, su un principio sistemico: la trasparenza dei processi di trattamento dei dati.

Se tuttavia nella disciplina in materia di *privacy*, che si candida a diventare «*the law of everything*»⁶⁷, una sorta di polo regolativo attrattivo supervisionato nel contesto italiano dal Garante, la trasparenza si pone l'obiettivo funzionale di garantire all'individuo la libertà di costruzione della propria identità, svolgendo anche una significativa funzione protettiva dei dati personali del lavoratore⁶⁸, nel diritto del lavoro la trasparenza, e con essa il linguaggio e la comunicazione, svolgono anche una diversa funzione. Si tratta di una funzione abilitativa, tale da consentire al lavoratore di verificare non solo come sia costruita la sua identità lavorativa (se sia un lavoratore poco produttivo, potenzialmente negligente, ecc.), ma anche tale da aprire spazi a una «soggettivazioni regolativa»⁶⁹ consapevole⁷⁰, che si muove in spazi di determinazione delle condizioni contrattuali prevedibili; e, non ultimo, tale da fungere da porta di ingresso di un potenziale controllo sui

⁶⁵ ID., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, XXX.

⁶⁶ MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contr. Impr.*, 2019, 861 ss.

⁶⁷ PERUZZI, *Intelligenza artificiale, poteri datoriali e tutela del lavoro: ragionando di poli regolativi*, in q. *Fasc.*; v. pure TULLINI, *Dati*, in NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 105 ss.

⁶⁸ INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Bari, 2018; NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Napoli, 2018; TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, collana diretta da FIORILLO - PERULLI, Torino, 2017.

⁶⁹ PERULLI, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, cit.

⁷⁰ Sul requisito della conoscibilità algoritmica, con particolare riferimento al suo ruolo di pre-condizione per un esercizio consapevole del consenso individuale al trattamento dei dati personali, v. l'interessante posizione della Cass. n. 14381 del 25 maggio 2021, che ha ritenuto come il consenso possa dirsi validamente prestato solo se riferito «a un trattamento chiaramente individuato»; con la conseguenza che «il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati»; v. sul punto TULLINI, *Dati*, cit., 122.

poteri datoriali⁷¹ e sulla legittimità⁷² degli atti di gestione del rapporto di lavoro “disumanizzati”, ma soprattutto sorretti da logiche non sempre comprensibili dall’essere umano. Tanto maggiore è la complessità dei contesti lavorativi digitalizzati, tanto più la trasparenza, la comunicazione, l’informazione e il linguaggio divengono strumenti per creare una “ambiente di fiducia”⁷³, per ridurre i comportamenti opportunistici fondati sulla consapevolezza delle difficoltà che incontra il lavoratore per “conoscere” i dati “gestionali” che lo riguardano e la loro elaborazione velocissima, per facilitare una gestione del lavoro prevedibile, ma anche strumenti abilitanti potenziali forme di controllo sugli atti datoriali⁷⁴, e sulla loro intrinseca razionalità oscurata dalla *black box*.

A differenza degli obblighi di informazione di prima e di seconda generazione⁷⁵, come si dirà nelle pagine che seguono, la tendenza che sembra rinvenirsi nel diritto del lavoro eurounitario e nazionale è volta all’individuazione di diritti di informazione di “terza generazione”, che puntano, da una parte, sull’aspetto dinamico dell’informazione stessa (la prevedibilità delle condizioni di lavoro e delle modifiche sempre più veloci delle stesse); dall’altra, sulla traduzione linguistica del linguaggio delle macchine e, con esso, della loro logica e razionalità operativa, in un linguaggio comprensibile dall’uomo e pertanto verificabile sulla base di parametri di razionalità e di ragionevolezza umana, disvelando tutto ciò che nell’agire degli algoritmi è irrazionale, non spiegabile, frutto di *bias*, potenzialmente discriminatorio. L’informazione e la trasparenza, in altre parole, non hanno solo una funzione comunicativa, ma anche una funzione

⁷¹ Sulle trasformazioni dei poteri datoriali v., di recente, le analisi di NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell’impresa digitale*, cit., 454 ss.; TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, cit.

⁷² Fondamentale risulta, a questo proposito, la “lezione” del Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019, sulla mobilità dei docenti della scuola, nella quale - ferma restando la generale ammissibilità di tali strumenti nei processi decisionali, pubblici e privati - l’organo di giustizia amministrativa ha evidenziato quali siano gli “elementi di garanzia minima” dell’utilizzo di algoritmi, vale a dire «a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l’imputabilità della decisione all’organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all’algoritmo». Conoscibilità, dunque, e sindacabilità dal punto di vista logico. Laddove la “conoscibilità” sconta la “caratterizzazione multidisciplinare” dell’algoritmo, che richiede non solo competenze giuridiche, ma anche tecniche, informatiche e statistiche, amministrative, ma che - come appunto ha chiarito il Consiglio di Stato - «non esime dalla necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l’algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile».

⁷³ Sul ruolo della fiducia nel processo di costruzione del diritto GRECO, *La legge della fiducia*, Bari-Roma, 2021.

⁷⁴ In generale, sul tema, cfr. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell’imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 87 ss.; MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Tomo secondo, *Diritti e obblighi*, Padova, 2012, 1271 ss.; ZOLI, *Subordinazione e poteri dell’imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. dir.*, 1997, 241.

⁷⁵ FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 58 ss.

commutativa del linguaggio delle macchine, che - anche in altri campi del diritto - sta aprendo le porte al dibattito sulla *fairness* algoritmica e sulla *Corporate Digital Responsibility*, quale veicolo per la ricerca di un punto di equilibrio tra apporto automatizzato e fattore umano, ossia tra razionalità della macchina e pensiero gestionale umano⁷⁶.

La digitalizzazione, infatti, precostituisce di per sé «un’architettura di coordinamento»⁷⁷ nella quale diventano sempre meno evidenti, si potrebbe dire meno “coscienti”, le prerogative datoriali esercitate, abilitando il lavoratore ad attivare forme di controllo sull’esercizio del potere organizzativo aziendale; la trasparenza, l’informazione e il linguaggio, dunque, permettono al lavoratore di disvelare i «giochi linguistici» antagonistici⁷⁸ che puntano proprio sulla opacità e, di conseguenza, stimolano l’operatività dei limiti esterni al potere datoriale previsti da fonti giuslavoristiche, così consentendo a monte al lavoratore di autodeterminarsi, ma anche eventualmente di sottrarsi alla situazione pregiudizievole in via di autotutela individuale conservativa, ovvero a valle al giudice di effettuare il sindacato di legittimità⁷⁹.

4. La direttiva 2019/1152 e la trasparenza delle condizioni contrattuali tra presunzioni confutabili e prospettiva sanzionatoria

Sul presupposto del profondo mutamento dei contesti produttivi, il pilastro europeo dei diritti sociali, proclamato a Göteborg il 17 novembre 2017⁸⁰ ha puntato l’attenzione lavoristica sul del tema della trasparenza: ha, infatti, stabilito che i lavoratori abbiano il diritto di essere informati per iscritto all’inizio del rapporto di lavoro dei diritti e degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro e delle condizioni del periodo di prova; che, prima dell’eventuale licenziamento,

⁷⁶ ABRIANI - SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, Bologna, 2021, 275 ss.

⁷⁷ NOVELLA, *Impresa*, cit., 13.

⁷⁸ LYOTARD, *La condizione postmoderna*, cit., 23 ss.

⁷⁹ PERUZZI, *Intelligenza artificiale, poteri datoriali e tutela del lavoro*, cit.; TULLINI, *La questione del potere nell’impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo*, in *Lav. dir.*, 2021, 442 ss.

⁸⁰ CARUSO, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 1005 ss.; HENDRICKX, *European Labour Law and the Millennium Shift: From Post to (Social) Pillar*, in HENDRICKX - DE STEFANO (eds.), *Game Changers in Labour Law*, in *Boston College Law Review*, 2018, 49 ss.; KILPATRIK, *Social Europe via EMU: Sovereign Debt, the European Semester and the European Pillar of Social Rights*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 737 ss.; ROGOWSKI, *The European Employment Strategy, the European Social Pillar and their Impact on Labour Law Reform in the European Union*, in *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations*, 2019, 283 ss.; LÖRCHER - SCHÖMANN, *The European pillar of social rights: critical legal analysis and proposals*, Brussels, Etui report, 2016, 139; BELL, *The Principle of Equal Treatment and the European Pillar of Social Rights*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 783 ss.; GIUBBONI, *L’insostenibile leggerezza del pilastro europeo di diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 2018, 557 ss.

essi abbiano il diritto di essere informati delle motivazioni, il diritto di ricevere un ragionevole periodo di preavviso, il diritto di accedere a una risoluzione delle controversie efficace e imparziale e, in caso di licenziamento ingiustificato, il diritto di ricorrere e ottenere una compensazione adeguata. Nel solco del pilastro sociale citato è stata così adottata la direttiva 2019/1152⁸¹ sulla trasparenza e sulla prevedibilità delle condizioni di lavoro, che fissa un principio generale di trasparenza applicabile a una vasta platea di lavoratori, cui dovrebbe essere garantito il diritto ad ottenere una corretta informazione sulle condizioni di lavoro a loro applicabili. Preso atto della “inadeguatezza” della direttiva 91/533/CEE⁸² a governare i profondi cambiamenti dei mercati del lavoro a seguito dei processi di digitalizzazione, e nella consapevolezza che alcune nuove forme di lavoro si distanziano notevolmente dai rapporti di lavoro tradizionali in termini di prevedibilità, creando incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti applicabili per i lavoratori interessati, l’UE ha, infatti, avvertito l’esigenza di una nuova regolamentazione. Ciò al fine di garantire ai lavoratori, anche a quelli che operano nelle piattaforme e ai “falsi autonomi”, il diritto di essere «pienamente e tempestivamente informati per iscritto» sulle condizioni di lavoro. Si è così introdotto un vero e proprio principio trasversale⁸³ di trasparenza e prevedibilità delle condizioni di lavoro (programmazione e organizzazione del lavoro, fasce orarie, retribuzione, ma anche il diritto di impiego in parallelo presso altri datori, il diritto alla «prevedibilità minima del lavoro» e il diritto di rifiutare la prestazione nel caso in cui questa manchi, l’obbligo di formazione, ecc.) destinato a trovare ampia applicazione tanto nei luoghi di lavoro tradizionali, quanto in quelli digitalizzati. Come nella direttiva 91/533/CEE, l’informazione ha il compito di attenuare quello «stato di disorientamento del prestatore di lavoro che le stratificazioni di discipline legali e contrattuali possono determinare,

⁸¹ Direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione europea. Su tale direttiva v. BORELLI, ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Quest. giust.*, 2019; BERGAMASCHI, *Trasparenza e prevedibilità delle condizioni di lavoro alla luce della Direttiva UE 20 giugno 2019*, in *Guida Lav.*, 2019, 22 ss.; MARCADER UGUINA, *Los “tiempos” de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos*, in *Documentacion laboral*, 2021, 9 ss.; MECHELYNCK, *La directive (UE) 2019/1152 du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles : enjeux pour le travail atypique en Belgique*, in *Revue de droit social*, 2021, 421 ss.; GEORGIU, *The new EU Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the context of new forms of employment*, in *European Journal of International Relations*, 2022, 193 ss.

⁸² Su tale disciplina FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 69 ss.; IZZI, *La Direttiva sugli obblighi di informazione del datore di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, 395 ss.; RIVARA, *La Direttiva sull’informazione e l’effettività dei diritti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, 134 ss. In generale, sul tema dell’informazione nel rapporto di lavoro si rinvia a PERULLI, *I diritti di informazione*, Torino, 1991.

⁸³ CARUSO - ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, cit., 23 ss.

ostacolando così una piena comprensione dei diritti e dei doveri di cui il lavoratore stesso assume la titolarità con la stipula del contratto»⁸⁴, disorientamento che potrebbe tra l'altro precludere al lavoratore la possibilità di rivendicare quei diritti derivanti dal rapporto, ma di fatto non riconosciuti dalla controparte datoriale; i diritti di informazione contenuti nella nuova direttiva 2019/1152 si attecchiscono tuttavia a diritti di informazione di “terza generazione”, in quanto puntano sull'aspetto dinamico dell'informazione stessa. Il principio di trasparenza e prevedibilità delle condizioni contrattuali punta, infatti, su un diritto di informazione diretto non solo a “fotografare” l'esistente, bensì dinamico, che - attraverso l'esplicazione in postulati linguistici - deve garantire non solo la conoscenza e conoscibilità delle condizioni contrattuali applicate, ma anche la prevedibilità delle possibili modifiche che, in mondo del lavoro “ad alta velocità”, rischiano di rendere la vita del lavoratore non programmabile, con una evidente dilatazione della *working time porosity* che potenzialmente impedisce qualunque capacità di autodeterminazione della persona e dei suoi spazi di vita.

Al fine di garantire l'effettività degli obblighi informativi previsti, inoltre, la direttiva (art. 15) prevede che gli Stati membri provvedano ad applicare almeno uno dei seguenti sistemi: un meccanismo generale di «presunzione favorevole» che evidentemente i lavoratori possono far valere in occasione di contestazioni sulla validità/invalidità di una o più condizioni di lavoro imprevedibili e non trasparenti, che poi i datori di lavoro hanno la possibilità di confutare; oppure la garanzia della possibilità del lavoratore di sporgere denuncia a un'autorità o a un organo competente e di ricevere un'adeguata riparazione in modo tempestivo ed efficace. Si tratta di due prospettive rimediali diverse, una che incide sui meccanismi processuali rendendo meno oneroso il carico probatorio del lavoratore nelle ipotesi in cui egli contesti l'applicabilità/non applicabilità/legittimità di una determinata condizione contrattuale, l'altra sanzionatoria/riparatoria, che la direttiva propone come alternative, ma che in realtà solo applicate congiuntamente si prestano a garantire una reale effettività ed efficacia della *ratio* cui si ispira la direttiva medesima.

La direttiva citata, con il suo contenuto di *hard law*⁸⁵, a differenza della “vecchia” direttiva 91/533/CEE, che espressamente (art. 6) affermava di non intervenire a pregiudicare le legislazioni e/o le prassi nazionali in materia di forma del contratto o del rapporto di lavoro, di regime delle prove di esistenza e del contenuto del contratto o del rapporto di lavoro e di norme procedurali applicabili in materia, si candida a fonte di diritti non solo procedurali, ma anche sostanziali che potranno essere fatti valere giudizialmente dai lavoratori non sufficientemente informati sui profili previsti dalla direttiva medesima. La trasparenza e prevedibilità delle condizioni contrattuali e l'informativa scritta dettagliata su tutti

⁸⁴ FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 69 ss.

⁸⁵ Sull'attivismo europeo in materia sociale v. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *federalismi.it*, 2022.

gli elementi indicati nella direttiva, da una parte, richiamano quella tendenza “tradizionale” – ampiamente studiata nel contesto nazionale – diretta alla «valorizzazione del formalismo giuridico e della procedimentalizzazione dei comportamenti e degli atti gestionali del personale», quale contrappeso alla crescente «liberalizzazione e proliferazione (...) dei modelli flessibili e articolati di impiego del lavoro dipendente»⁸⁶; dall'altra, assumono i connotati nuovi di strumenti abilitanti della capacitazioni dei lavoratori coinvolti, della programmazione e della prevedibilità dei propri spazi e tempi di vita e di lavoro, della retribuzione e dei suoi elementi, della possibilità di accettare altri impieghi; insomma l'informativa come strumento abilitante di una programmabilità e prevedibilità delle proprie condizioni di vita, prima ancora che di lavoro, come diritto di ultima generazione che valorizza – nella prospettiva della «soggettivazione regolativa» di cui si è detto – la possibilità di acquisizione da parte dei lavoratori di un maggiore spazio di libertà sostanziale nel rapporto di lavoro e nelle traiettorie professionali⁸⁷; dall'altra ancora, come si dirà, si configurano come potenziali strumenti abilitativi di indagini (se non anche di spazi di sindacabilità) sulle modalità di esercizio dei poteri datoriali, soprattutto - come si dirà - di quelli gestiti tramite meccanismi decisionali automatizzati.

5. Trasparenza e comprensibilità delle condizioni contrattuali dei lavoratori delle piattaforme nella proposta di direttiva europea

La medesima prospettiva di valorizzazione della trasparenza ispira poi la proposta di direttiva sulla trasparenza delle retribuzioni in un'ottica di parità di genere⁸⁸, ma soprattutto la più nota proposta di direttiva COM (2021) 762 del 9 dicembre 2021⁸⁹, la quale si prefigge l'obiettivo di migliorare le condizioni di

⁸⁶ FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1989, 568 ss.

⁸⁷ PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, cit.

⁸⁸ Commissione europea, *Proposta di direttiva volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza delle retribuzioni e meccanismi esecutivi*, Bruxelles, 4.3.2021 COM(2021) 93 final.

⁸⁹ La proposta è stata ampiamente commentata dalla dottrina, solo per alcuni riferimenti essenziali v. ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?* in *Labour Law Issues*, 2022; ALAIMO, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, 639 ss.; GAUDIO, *L'algorithmic management e il problema della opacità algoritmica nel diritto oggi vigente e nella Proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni dei lavoratori tramite piattaforma*, in *Lav. dir. Eur.*, 2022; DONINI, *Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme*, in *Labour Law Issues*, 2022; BIASI, *Lavoro tramite piattaforma e presunzione relativa di subordinazione: ABC-Test californiano e proposta di Direttiva europea a confronto*, in *Lav. dir. Eur.*, 2022; BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle*

lavoro e incrementare i livelli di tutela di coloro che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali. Proprio quest'ultima direttiva, in particolare, si pone l'obiettivo: di «garantire che le persone che lavorano mediante piattaforme digitali abbiano, o possano ottenere, la corretta informativa sulla situazione occupazionale alla luce del loro effettivo rapporto con la piattaforma di lavoro digitale e abbiano accesso ai diritti applicabili in materia di lavoro e protezione sociale»; di «garantire l'equità, la trasparenza e la responsabilità nella gestione algoritmica nel contesto del lavoro mediante piattaforme digitali»; di «accrescere la trasparenza, la tracciabilità e la consapevolezza degli sviluppi nel lavoro mediante piattaforme digitali e migliorare l'applicazione delle norme pertinenti per tutte le persone che lavorano mediante piattaforme digitali, comprese quelle che operano a livello transfrontaliero». Nella logica della Commissione europea, dunque, «la direttiva proposta mira a conseguire l'obiettivo specifico di garantire equità, trasparenza e responsabilità nella gestione algoritmica introducendo nuovi diritti materiali per le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali. Tra queste figura il diritto alla trasparenza per quanto riguarda l'uso e il funzionamento dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, che specifica e integra i diritti esistenti in relazione alla protezione dei dati personali». La trasparenza e la tracciabilità del lavoro mediante piattaforme digitali – nell'approccio della Commissione – è, inoltre, strumentale «al fine di sostenere le autorità competenti nell'applicazione dei diritti e degli obblighi esistenti in relazione alle condizioni di lavoro e alla protezione sociale».

La recente proposta della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforme digitali, in particolare, ha considerato la “opacità” degli algoritmi che governano la relazione di lavoro nelle piattaforme, il vero elemento nuovo di debolezza che potrebbe e dovrebbe fungere da spartiacque tra autonomia e subordinazione: ciò sul presupposto della mancanza di trasparenza e di informazioni chiare su come funziona l'algoritmo nella piattaforma che, di fatto, impedisce ai lavoratori (anche a quelli che vorrebbero genuinamente lavorare in forma autonoma) di prendere decisioni consapevoli e responsabili che li riguardano. Proprio nelle piattaforme, dunque, che sono l'esempio più emblematico di gestione tramite il *management*

condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma, in *Labour Law Issues*, 2021, 3 ss.; GIUBBONI, *La proposta di direttiva della Commissione europea sul lavoro tramite piattaforma digitale*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 16 gennaio 2022, n. 164; VALENTE, *La direttiva UE sui rider, tra subordinazione e autonomia*, in *lavoce.info* del 15.12.2021; FERRANTE, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori “delle piattaforme”*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.INT, n. 158/2022; BRONZINI, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell’“umanesimo digitale”* in *Lav. dir. Eur.*, 2022; MAGNANI, *La proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali*, in *Bollettino Adapt* 9 maggio 2022; TOSI, *Riflessioni brevi sulla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, in *Lav. dir. Eur.*, 2022.

algoritmico⁹⁰, la Commissione ha ipotizzato di introdurre una cosiddetta presunzione confutabile⁹¹ di relazione di lavoro subordinato, con inversione dell'onere della prova della natura autonoma del rapporto. La presunzione confutabile della natura subordinata del rapporto, dunque, quale baluardo contro il potere computazionale delle piattaforme, che obbligherebbe - ancora una volta - il *management* algoritmico a dare la prova dei “controfattuali algoritmici”; vale a dire la prova di come e perché il rapporto del lavoratore delle piattaforme, nonostante la “subordinazione tecnologica-informativa” che caratterizza il rapporto stesso dovrebbe considerarsi genuinamente autonomo.

Per ovviare ai rischi di opacità e imperscrutabilità della gestione algoritmica, poi, la recente proposta di direttiva citata del 2021 ha previsto una serie di obblighi informativi/esplicativi per le piattaforme di lavoro digitali (cfr. artt. 6, 7 e 8) che vanno oltre il semplice e generico diritto ad essere «pienamente e tempestivamente informati per iscritto» delle condizioni di lavoro già previsto dalla direttiva 2019/1152, già applicabile ai lavoratori delle piattaforme⁹²; quale l'obbligo di informare i lavoratori in merito ai sistemi di monitoraggio automatizzati utilizzati per monitorare, supervisionare o valutare l'esecuzione del lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali con mezzi elettronici; nonché l'obbligo di informare i lavoratori medesimi in merito ai sistemi decisionali automatizzati utilizzati per prendere o sostenere decisioni che incidono significativamente sulle condizioni di lavoro, quali, ad esempio l'accesso agli incarichi, i guadagni, la salute e sicurezza sul lavoro, l'orario di lavoro, le promozioni, le eventuali sospensioni o la chiusura del loro *account*, ecc. La sopra citata proposta di direttiva del 2021, dunque, ha imposto alle piattaforme di lavoro, un vero e proprio obbligo di rendere ai lavoratori le informazioni richieste in tempi rapidi, in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. L'oggetto delle informazioni si presenta più ampio rispetto a quello delle norme del GDPR: le informazioni riguardano sia l'introduzione che l'uso dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, le categorie di azioni monitorate, supervisionate o valutate anche tramite procedure di *rating*, le categorie di decisioni e i principali parametri che i sistemi impiegano per assumerle. Allo stesso tempo, inoltre, la proposta di direttiva sulle piattaforme digitali ha previsto un obbligo di monitoraggio umano

⁹⁰ Si rinvia a ZAPPALÀ, Voce *Management algoritmico*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 150 ss.; SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, cit.

⁹¹ Sul punto si rinvia ad ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, cit., 10 ss.; DONINI, *Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme*, cit.

⁹² ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, cit., 18.

dei sistemi automatizzati (su cui v. *infra* par. 6), nonché un obbligo di spiegazione scritta della decisione e di riesame motivato della stessa, cui potrebbe seguire - in caso di accertamento della violazione della decisione automatizzata dei diritti del lavoratore - un obbligo di immediata rettifica della decisione presa dal *management* algoritmico, o - ove ciò non sia possibile - una compensazione adeguata.

Se, pertanto, nell'ambito del GDPR il cosiddetto *right to explanation* è ancora da ricercare con difficoltà tra le pieghe dell'art. 22⁹³, nel diritto del lavoro esso si presta ad assicurare a vero e proprio diritto alla comprensibilità della decisione automatizzata che riguarda il lavoratore delle piattaforme e non, la sua promozione, il suo trasferimento, la sua produttività. Si tratta di un diritto alla spiegazione che, presumibilmente, non andrà confuso con il diritto alla motivazione degli atti datoriali già - come è noto - legificato a partire dagli anni sessanta e, soprattutto, settanta con lo Statuto dei lavoratori⁹⁴, ma che, di fronte a comportamenti datoriali non spiegabili (come nel caso dell'algoritmo di assegnazione *Frank* di *Deliveroo* ampiamente analizzato da Tribunale di Bologna⁹⁵), consente spazi di valutazione ulteriori sugli atti datoriali unilaterali non giustificabili e nemmeno spiegabili in sede processuale⁹⁶, non solo in funzione

⁹³ Per alcuni riferimenti al dibattito cfr. WATCHER - MITTELSTADT - FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 105 ss., secondo i quali «The right to contest a decision, to obtain human intervention or to express views granted in Article 22 (3) may be meaningless if the data subject cannot understand how the contested decision was made. To this end, a right to explanation can be introduced requiring data controllers to provide information about the rationale of the contested decision»; v. pure MALGIERI - COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017; GOODMAN - FLAXMAN, *EU Regulations on Algorithmic Decision-Making and a Right to Explanation*, in *AI Magazine*, 2017; SELBST - POWLES, *Meaningful Information and the Right to Explanation*, in *International Data Privacy Law*, 2017; v. anche GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *Labour Law Issues*, 2020, 21 ss.

⁹⁴ Sull'informazione come motivazione dell'atto v. FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 64 ss.; GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, cit., 20 ss.; nonché PERULLI, *I diritti di informazione*, cit., 24 ss.

⁹⁵ Cfr. ordinanza del Tribunale di Bologna, 31 dicembre 2020 su cui BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit.; BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit.; PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, 1 ss.; BORELLI - RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*, in *Labour Law Issues*, 2021; PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit.

⁹⁶ Nell'ordinanza di Bologna, infatti, fondamentale per l'accertamento della discriminazione è stata «la mancata allegazione e prova, da parte della società resistente, del concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo che elabora le statistiche dei rider preclude in radice una più approfondita disamina della questione» e «la società [...] non ha mai chiarito quali specifici criteri

di verifica della discriminarietà degli atti stessi, tenuto conto che l'algoritmo cieco quando vuole può togliersi la benda, ma più in generale in funzione di controllo della razionalità degli atti datoriali, sulla cecità e incoscienza delle scelte e sui presupposti di esercizio delle stesse prerogative imprenditoriali gestite tramite sistemi automatizzati e/o di apprendimento automatico.

6. Il diritto alla supervisione umana e alla umanizzazione del linguaggio dell'algoritmo. La necessità di una comunicazione antropocentrica

La riduzione, se non l'azzeramento degli spazi di intervento umano nell'attività contrattuale è tema che già da qualche anno attraversa e divide i civilisti⁹⁷ che studiano i fenomeni degli *Smart contracts*, delle *Blockchains*⁹⁸, delle *Distributed Ledger Technologies (DTL)*, vale a dire di tecnologie che consentono di affidare in modo sicuro alle macchine le fasi di conclusione ed esecuzione dell'accordo, secondo lo schema in base al quale la macchina legge il *code*, valida, archivia su una pluralità di registri ed esegue⁹⁹. In base al principio *Code is law*¹⁰⁰, il contratto è governato da un codice che opera secondo una struttura logica automatica - *if this then that* - integralmente governata da una macchina, che ne garantisce, o meglio ne dovrebbe garantire, la corretta e puntuale esecuzione. Sebbene il dibattito dei civilisti si concentri sull'applicabilità o meno, e con quali adattamenti, della disciplina sui contratti agli *Smart Contracts*, il fenomeno dei codici che implementano regole di condotta umane è oggetto di interventi regolativi - eurolunitari e nazionali - che tuttavia, pur adottando una serie di precauzioni per le parti più deboli coinvolte, non ne mettono in dubbio le potenzialità applicative, anche in termini di certezza del diritto.

La fiducia nei codici e nei processi automatizzati, come è noto, è invece fortemente revocata in dubbio, quando il processo decisionale non umano, quello governato da forme di intelligenza artificiale, sia destinato ad avere effetti sulla vita delle persone e sui suoi diritti fondamentali. In questa prospettiva, al fine di creare un «ecosistema di fiducia», l'Unione europea¹⁰¹ ha proposto lo sviluppo di

di calcolo vengano adottati per determinare le statistiche di ciascun rider, né tali specifici criteri vengono pubblicizzati sulla piattaforma».

⁹⁷ Per una riflessione generale sui cambiamenti del diritto privato a seguito della diffusione delle nuove tecnologie v. QUARTA - SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020.

⁹⁸ Sull'applicazione di tale tecnologia al diritto del lavoro, v. FALERI, Voce *Blockchain*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 33 ss.

⁹⁹ MAUGERI, *Smart Contracts*, in *Enciclopedia del diritto, Contratto*, diretto da D'AMICO, Milano, 2021, 1132 ss.

¹⁰⁰ LESSIG, *Code and Other Law of Cyberspace*, New York, 1999; QUARTA - SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., 59 ss.

¹⁰¹ Da meno di un decennio l'IA ha suscitato l'interesse delle istituzioni europee; interesse che ha portato alla pubblicazione del Libro bianco del febbraio del 2020 sull'intelligenza artificiale

una IA antropocentrica, basata su una tecnologia “affidabile”, trasparente, conoscibile, pertinente, controllata, sorvegliata dall’uomo, responsabile. Le decisioni automatizzate, per rimanere antropocentriche dovrebbero essere ispirate all’approccio *human-in-the-loop* (HITL)¹⁰², vale a dire a un approccio tecnologico e organizzativo che colloca la conoscenza e l’esperienza delle persone al centro dei processi decisionali governati da algoritmi, assicurando appunto la sorveglianza umana sul funzionamento dei processi decisionali automatizzati; ciò per evitare effetti “distorsivi dell’automazione”, per interpretare correttamente e con criteri e valori umani gli *output*, preservando la possibilità per l’uomo addetto alla sorveglianza di decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare l’*output* medesimo, di ignorarlo, annullarlo o ribaltarlo.

Cruciale per il diritto del lavoro è, pertanto, il tema delle decisioni non umane e delle cosiddette «tecnologie di decisione»¹⁰³, ad alto rischio¹⁰⁴, vale a dire quelle destinate ad incidere sul rapporto di lavoro e sulla vita e dignità della persona che lavora. La dottrina lavoristica sta ampiamente studiando come la perfetta razionalità algoritmica, per definizione neutra, oggettiva, e dunque sempre in astratto preferibile rispetto ad un intervento umano cognitivamente limitato o intenzionalmente viziato da finalità illecite, possa in realtà produrre decisioni irrazionali se non discriminatorie: algoritmi irrazionali, ciechi, specchio¹⁰⁵, deterministici, non-deterministici e di apprendimento automatico¹⁰⁶, producono discriminazioni¹⁰⁷, mettono in crisi il diritto del lavoro, stimolano l’attivazione di tutti i formanti della regolazione: quello legislativo, di cui alla proposta di direttiva

(COM (2020) 65 del 19 febbraio 2020, il Libro Bianco si inserisce nella strategia europea L’intelligenza artificiale per l’Europa, COM (2018) 237 del 25 maggio 2018), ma anche - più di recente - alla nuova proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale presentata di recente dalla Commissione europea (COM(2021) 206 del 21 maggio 2021).

¹⁰² Cfr. ZAPPALÀ, Voce *Human-in-the-loop*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 126 ss.

¹⁰³ LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, in *federalismi.it*, 2022.

¹⁰⁴ Nella Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione [COM(2021) 206 final del 21.4.2021, nell’Allegato III - dedicato alla individuazione dei sistemi di Intelligenza Artificiale considerati “ad alto rischio” - sono stati inclusi «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l’assunzione o la selezione di persone fisiche, in particolare per pubblicizzare i posti vacanti, vagliare o filtrare le candidature, valutare i candidati nel corso di colloqui o prove [nonché] per adottare decisioni in materia di promozione e cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro».

¹⁰⁵ Su tale differenziazione si rinvia a LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, cit.

¹⁰⁶ PERUZZI, *Intelligenza artificiale, poteri datoriali e tutela del lavoro*, cit.

¹⁰⁷ ID., *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit., 48 ss.

sul lavoro mediante piattaforme digitali, alla proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale; ma anche quello giurisprudenziale¹⁰⁸.

Di particolare interesse sono soprattutto le previsioni contenute nella proposta di direttiva sul lavoro nelle piattaforme di lavoro digitali più volte richiamata, che ha stabilito un vero e proprio obbligo di monitoraggio umano, finalizzato appunto a valutare periodicamente l'impatto sulle condizioni di lavoro delle decisioni individuali prese o sostenute dai sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati; in maniera molto specifica, peraltro, la proposta di direttiva citata (cfr. art. 7) si spinge a prevedere un vero e proprio obbligo per le piattaforme di garantire risorse umane sufficienti per monitorare l'impatto delle decisioni individuali prese o sostenute dai sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, stabilendo altresì che le persone incaricate dalla piattaforma di lavoro digitale di svolgere la funzione di monitoraggio dispongono della competenza, della formazione e dell'autorità necessarie per esercitare tale funzione; nonché che, in virtù di tale ruolo, gli operatori addetti alla descritta attività di supervisione godano di protezione "rafforzata" contro il licenziamento, le misure disciplinari o altri trattamenti sfavorevoli per non aver accolto le decisioni automatizzate o i suggerimenti del sistema in tal senso. Così come, in maniera molto specifica, la proposta medesima prevede un obbligo per gli Stati membri di imporre alle piattaforme digitali di fornire ai lavoratori del settore la possibilità di rivolgersi a una persona di contatto (competente, adeguatamente formata al ruolo e con l'autorità necessaria a svolgere tale funzione) designata dalla piattaforma per discutere e chiarire i fatti, le circostanze e i motivi di tale decisione algoritmica; ed ancora, un obbligo di fornire al lavoratore una motivazione scritta per qualsiasi decisione presa o sostenuta da un sistema decisionale automatizzato di limitare, sospendere o chiudere l'*account* del lavoratore delle piattaforme digitali medesime, qualsiasi decisione di non retribuire il lavoro svolto dal lavoratore, qualsiasi decisione in merito alla situazione contrattuale del lavoratore o qualsiasi decisione con effetti analoghi; ed, infine, la proposta prevede, ove i lavoratori non siano soddisfatti della spiegazione o della motivazione scritta ottenuta o ritengano che la decisione algoritmica violi i loro diritti, il diritto dei lavoratori stessi di chiedere alla piattaforma di lavoro digitale di riesaminare tale decisione, cui corrisponde l'obbligo per la piattaforma di rispondere a tale richiesta fornendo al lavoratore una risposta motivata senza indebito ritardo e in ogni caso entro una settimana dal ricevimento della richiesta, rettificando la decisione automatizzata ove risultati accertato che la stessa abbia violato i diritti del lavoratore oppure, qualora tale rettifica non sia possibile, offrendo al lavoratore una "compensazione adeguata".

¹⁰⁸ Cfr. LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, cit.

7. Il decreto trasparenza 2022 e la corsa in avanti del legislatore italiano

Il legislatore italiano, poche settimane fa, ha approvato il d.lgs. n. 104 del 27 giugno 2022, con il quale è stata data attuazione alla direttiva 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili. Si tratta di una disciplina molto complessa che riscrive il d.lgs. n. 152 del 1997 e, con esso, il diritto all'informazione sugli elementi essenziali del rapporto di lavoro e sulle condizioni di lavoro e la relativa tutela del personale che opera nelle imprese private e nelle pubbliche amministrazioni. Diverse sono le informazioni che (ai sensi dell'art. 4) il datore di lavoro deve comunicare a ciascun lavoratore in modo chiaro e trasparente, in formato cartaceo oppure elettronico, curando di conservarle e renderle accessibili al lavoratore, conservandone la prova della trasmissione o della ricezione per la durata di cinque anni dalla conclusione del rapporto di lavoro. Di particolare interesse, per quel che concerne il tema oggetto del presente lavoro, è la previsione (art. 4, comma 8) che introduce nel citato d.lgs. n. 152 del 1997, un nuovo art. 1-*bis*, intitolato «Ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati», il quale prevede - innovando anche il dettato della direttiva 2019/1152 - che il datore di lavoro o il committente pubblico e privato «è tenuto a informare il lavoratore dell'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300».

Chiariti, in generale, gli ambiti oggetto di informazione, in maniera ancora più dettagliata, il comma 2, del nuovo art. 1-*bis*, prevede inoltre che ai fini dell'adempimento degli obblighi di cui sopra, il datore di lavoro o il committente sia tenuto a fornire al lavoratore, prima dell'inizio dell'attività lavorativa, le seguenti ulteriori informazioni: a) gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati; b) gli scopi e le finalità di tali sistemi; c) la logica ed il funzionamento degli stessi; d) le categorie di dati e i parametri principali utilizzati per programmarli o addestrarli, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni; e) le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità; f) il livello di accuratezza, robustezza e *cybersicurezza* e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse. Accanto a tali obblighi di informazione, il comma 3, del citato art. 1-*bis*, prevede, inoltre, un ampio diritto di accesso a tali informazioni: si prevede, infatti, che - in ogni momento - il lavoratore, direttamente o per il tramite delle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali, abbia diritto di accedere ai dati e di richiedere

ulteriori informazioni concernenti gli obblighi informativi citati. A sua volta, inoltre, il decreto in commento, prevede che il datore di lavoro o il committente siano tenuti a trasmettere i dati richiesti e a rispondere per iscritto entro trenta giorni dalla richiesta.

I commi successivi del nuovo art. 1-*bis* prevedono, inoltre, misure di coordinamento con il GDPR¹⁰⁹, nonché una tempistica molto stretta in materia di comunicazione di modifica delle condizioni contrattuali, prevedendosi un diritto dei lavoratori di essere informati per iscritto, almeno 24 ore prima, di ogni modifica incidente sulle informazioni precedentemente fornite, che comportino variazioni delle condizioni di svolgimento del lavoro. Il comma 6, dell'art. 1-*bis* citato, infine, ribadisce i requisiti “linguistici” e strutturali delle informazioni, prevedendosi che le informazioni medesime debbano essere comunicate dal datore di lavoro o dal committente ai lavoratori in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico. Si tratta, come si è detto, di un diritto di informazione “di terza generazione” che si fonda su un obbligo, posto in capo al datore di lavoro, di trasformare e commutare il linguaggio e la logica delle macchine in un linguaggio comprensibile all'uomo, razionalmente spiegabile e, di conseguenza, verificabile nella sua potenziale lesività di tutti i diritti posti dalla legislazione lavoristica a tutela della persona coinvolta nel rapporto di lavoro.

La comunicazione delle medesime informazioni e dati deve essere effettuata anche alle rappresentanze sindacali aziendali ovvero alla rappresentanza sindacale unitaria e, in assenza delle predette rappresentanze, alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e l'Ispettorato nazionale del lavoro possono richiedere la comunicazione delle medesime informazioni e dati e l'accesso agli stessi.

È di tutta evidenza come la disciplina citata rappresenti una vera e propria corsa in avanti del legislatore italiano, il quale - pur senza esservi ancora tenuto - ha individuato un obbligo informativo che si spinge addirittura a imporre una spiegazione delle logiche e del funzionamento dei sistemi automatizzati, le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di

¹⁰⁹ Ai sensi del comma 4, del nuovo art. 1-*bis*, «Il datore di lavoro o il committente sono tenuti a integrare l'informativa con le istruzioni per il lavoratore in merito alla sicurezza dei dati e l'aggiornamento del registro dei trattamenti riguardanti le attività di cui al comma 1, incluse le attività di sorveglianza e monitoraggio. Al fine di verificare che gli strumenti utilizzati per lo svolgimento della prestazione lavorativa siano conformi alle disposizioni previste dal Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, il datore di lavoro o il committente effettuano un'analisi dei rischi e una valutazione d'impatto degli stessi trattamenti, procedendo a consultazione preventiva del Garante per la protezione dei dati personali ove sussistano i presupposti di cui all'articolo 36 del Regolamento medesimo».

correzione e il responsabile “umano” del sistema di gestione della qualità, le metriche e le valutazioni di impatto dei possibili effetti discriminatori. Si tratta di previsioni nuove e certamente dirimenti, sulle quali occorrerà approfondire, soprattutto in quanto la loro applicazione potrebbe essere foriera di contenzioso. Il diritto di accesso, di informativa e di chiarimento della logica e del funzionamento dei sistemi automatizzati è attribuito al singolo, ma anche alle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali, che quindi potranno svolgere un ruolo attivo di verifica della comprensibilità delle informazioni rese. Per fornire ai lavoratori le informazioni richieste il datore di lavoro dovrà analizzare puntualmente i sistemi automatizzati in uso per descriverne, ad esempio logica e funzionamento, dati e parametri di programmazione, impatti potenzialmente discriminatori e così via. Il datore di lavoro dovrà, dunque, censire gli strumenti decisionali automatizzati o di monitoraggio automatizzati in uso e, per ciascuno strumento, dovrà rendere leggibile e spiegabile la finalità di utilizzo, i dati personali trattati, i profili del rapporto di lavoro impattati, le misure previste per garantire sicurezza e affidabilità del sistema. In caso di strumenti che risultino particolarmente invasivi, determinare anche le logiche del sistema, dati e parametri usati per programmarlo, meccanismi di valutazione e misure di controllo in caso di decisioni automatizzate, parametri per la valutazione del sistema e relativi impatti potenzialmente discriminatori, che dunque dovranno essere esplicitati in una logica prevenzionale. Una volta identificate le informazioni rilevanti, queste devono essere “linguisticamente tradotte” in un formato strutturato e di uso comune e rese fruibili anche da dispositivi automatici. L’onere informativo, come si è detto, è ulteriormente proceduralizzato, prevedendo il decreto l’obbligo di condividere le informazioni anche con soggetti terzi (le rappresentanze sindacali aziendali e, su richiesta, il Ministero del lavoro e l’Ispettorato nazionale del lavoro, che – ai sensi dell’art. 4 del d.lgs. n. 152 del 1997, come modificato dal d.lgs. n. 104 in commento – ha il ruolo di compiere i necessari accertamenti, nonché di esercitare gli specifici poteri sanzionatori previsti dall’art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003¹¹⁰).

Si tratta di disposizioni che certamente confermano come, nel prossimo futuro, le prospettive di controllo dei poteri datoriali automatizzati siano destinate a passare anche e soprattutto per la trasparenza, l’informazione e la spiegazione, insomma, per una logica procedurale-esplicativa che obbliga i datori di lavoro a dotarsi di vere e proprie figure di *explainer*, di *transparency analyst*, di *explainability strategist*¹¹¹, vale a dire di figure in grado di spiegare il funzionamento dei processi decisionali automatizzati, di *machine learning*, le logiche sottese, le ricadute gestionali, il tutto tramite una riumanizzazione del

¹¹⁰ Vale a dire la sanzione amministrativa pecuniaria da 250 a 1.500 euro per ogni lavoratore interessato.

¹¹¹ DAUGHERTY - WILSON, *Human+Machine. Ripensare il Lavoro nell’età dell’intelligenza artificiale*, cit., 24 ss.

linguaggio che permetta di comprendere il processo generativo della decisione e che, inevitabilmente, aprirà spazi di controllo su quello che decidono gli algoritmi e sulle ricadute in termini di compressione dei diritti “tradizionali” della persona che lavora.

8. Trasparenza e supervisione umana: prospettive e potenzialità delle nuove forme di proceduralizzazione dei poteri datoriali

Trasparenza, spiegazione e riesame umano delle decisioni automatizzate presuppongono atti linguistici estrinsecabili in un testo, ma da inquadrare in un contesto, da rapportare a un destinatario che deve poterlo comprendere, verificare e razionalizzare con le proprie capacità umane. In materia di lavoro, dunque, il diritto alla trasparenza delle condizioni di lavoro, all’informazione “umanizzata di terza generazione”, alla spiegazione delle decisioni automatizzate e alla supervisione e al riesame umano confermano, in chiave prospettica, il modello antropocentrico di IA proposto dalle istituzioni eurounitarie. Se è vero infatti che sono elevati i rischi di una supervisione umana «eccessivamente “compiacente” rispetto alla decisione algoritmica cui invece dovrebbe sovrintendere»¹¹², per cui la necessaria presenza di un intervento umano potrebbe rivelarsi di scarsa incisività dal momento «che il validatore/decisore umano potrà incorrere nella comprensibile tentazione di conformarsi alla decisione algoritmica, al fine di scongiurare le conseguenze negative che egli potrebbe dover fronteggiare a seguito di una eventuale divaricazione»¹¹³, è anche vero che i citati nuovi diritti in via di definizione, ma in parte già “giuridificati” con il d.lgs. n. 104 del 2022, agli occhi del giurista del lavoro nazionale, si collocano in una dimensione contrattuale che non può non influenzarne le dinamiche. Tale dimensione contrattuale si presta, infatti, a essere vagliata alla luce della teoria dei limiti alle prerogative datoriali, quali limiti interni (nell’accezione che esclude il riferimento alle tecniche di funzionalizzazione del potere e alla ipotetica sussistenza di un vincolo di scopo), vale a dire quelli ricavabili dall’oggetto del contratto che condizionano l’esercizio del potere direttivo¹¹⁴, ma anche e soprattutto come limiti esterni, *in primis* il principio della buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.)¹¹⁵, interpretato

¹¹² ZERILLI - KNOTT - MACLAURIN - GAVAGHAN, *Algorithmic Decision-Making and the Control Problem*, in *Minds and Machines. Journal for Artificial Intelligence, Philosophy and Cognitive Science*, 2019, 555 ss.

¹¹³ LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, cit., 15.

¹¹⁴ MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, cit., 1285.

¹¹⁵ Solo sinteticamente sul punto si richiama MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 723 ss.; ID., *L’applicazione giurisprudenziale*

quale forma di attuazione del principio costituzionale di solidarietà, che impone al creditore dell'obbligazione di lavoro di porre in essere atti giuridici compatibili con gli equilibri generali dell'ordinamento giuridico¹¹⁶.

Come è stato lucidamente analizzato da Patrizia Tullini in un recente saggio¹¹⁷, «l'irruenza dei fattori condizionanti nello scenario globalizzato ha indebolito la dottrina dei limiti esterni e interni, eppure - per quanto possa apparire curioso - la legislazione inaugurata dal nuovo secolo non se n'è molto allontanata»; per cui, da una parte, «le riforme succedutesi a catena non hanno introdotto un nuovo lessico giuridico né criteri inediti per il controllo dell'autorità aziendale; hanno influito piuttosto sul dosaggio del garantismo per via giudiziale»; dall'altra, è accaduto che «la dottrina dei limiti del potere datoriale - in certe sue espressioni - abbia decisamente spostato l'asse sulla protezione dei diritti umani, con un'impronta meta-positiva e (quasi) giusnaturalistica, che traspare dalla referenza del termine "inviolabile"»¹¹⁸. A fronte della diffusione di modelli gestionali del lavoro algoritmici che stravolgono le logiche di esercizio del potere e la stessa razionalità tecnico-produttiva non più identificabile con la razionalità umana è, pertanto, più che mai attuale la riproposizione di domande sul se possa ancora servire la dottrina dei limiti interni ed esterni, sulle modalità che può assumere il controllo del potere tecnologico, sul futuro del garantismo giurisprudenziale dei diritti dei lavoratori. Se, tuttavia, l'*habitat* tecnologico può indurre al pessimismo¹¹⁹ sulla incisività e sulla possibile operatività di posizioni strumentali quali il diritto alla spiegazione, alla leggibilità del processo informatico, alla trasparenza, così come sulla possibilità di riproporre le forme consuete del sindacato giudiziale su un potere, quello datoriale organizzativo oggettivizzato dalla tecnologia, pare preferibile ritenere che proprio in questa fase di potenziale rivincita dell'organizzazione sul contratto sia compito del giurista del lavoro riprendere in mano "gli attrezzi del mestiere", individuando limiti ai poteri datoriali tecnologizzati in grado di consentire un controllo sulla "ragionevolezza" degli atti gestionali posti in essere sulla base di parametri di valutazione umani. Se compito del diritto del lavoro è quello di «intervenire sul rapporto di potere,

del principio di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro, in *Lav. dir.*, 1996, 139 ss.; PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, 135 ss.; TULLINI, *Clauseole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990.

¹¹⁶ PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, 3 ss.

¹¹⁷ TULLINI, *La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo*, in *Lav. dir.*, 2021, 429 ss.

¹¹⁸ ID., *La questione del potere nell'impresa*, cit., 433.

¹¹⁹ TULLINI, *La questione del potere nell'impresa*, cit., 437. Scettico sulle reali possibilità di riumanizzare le decisioni algoritmiche è anche GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro, le decisioni automatiche e i loro limiti. La regolazione di fenomeni incomprensibili*, in D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., 461 ss. Più possibilista, come si è detto, è la posizione di PERUZZI, *Intelligenza artificiale, poteri datoriali e tutela del lavoro*, cit.

rendendolo più equo e meno asimmetrico»¹²⁰, riconducendolo a razionalità, è indubitabile che oggi tale compito debba essere ripensato anche nell'ottica di una riconduzione a una razionalità spiegabile, verificabile e soprattutto che resti tipicamente umana.

In tale prospettiva, deve ritenersi che l'obbligo di trasparenza, le informazioni da rendere, le spiegazioni e il riesame umano, identifichino strumenti e tecniche per costruire un «mondo comune giustificabile»¹²¹; strumenti che, collocati all'interno della logica del contratto di lavoro entro cui si inseriscono, connotano una nuova e inedita forma di proceduralizzazione dei poteri datoriali esercitati tramite ausilio di sistemi automatizzati, aprendo potenziali e nuove breccie al governo della discrezionalità: trasparenza, spiegabilità, comprensibilità e umanizzazione della decisione, si candidano a operare in funzione di nuovi strumenti di limite-controllo esterno ed interno dei poteri che l'imprenditore esercita nell'ambito delle prerogative che gli sono riconosciute dal contratto di lavoro, riconducendo entro margini di ragionevolezza e di temperamento degli interessi il potere datoriale, in funzione di riequilibrio della dimensione mercantile, digitalizzata e disumanizzata del rapporto obbligatorio a favore di quella sociale. L'informativa, la spiegazione, il riesame umano, come sembra confermare anche il d.lgs. n. 104 del 2022, si atteggiano a strumenti di proceduralizzazione del potere potenzialmente in grado di controllare l'esercizio del potere stesso: i diritti che da essi discendono in capo ai lavoratori, in altre parole, a secondo della forza con la quale verranno esercitati, reclamati e giudizialmente pretesi dal singolo, ma anche dall'organizzazione sindacale, potranno tramutarsi in «vincoli gravanti sull'imprenditore, di rispettare, nell'esercizio delle sue prerogative, procedimenti in cui intervengono, con gli strumenti per influenzarne il corso, i destinatari dell'atto finale, o i loro rappresentanti, allo scopo di costringere l'autore a tenere conto dei loro interessi»¹²² in linea con i valori espressi nella grammatica costituzionale.

L'obbligo di trasparenza, le informazioni da rendere, le spiegazioni e il riesame umano, assurgono alla categoria di nuovi e inediti obblighi integrativi e/o di protezione¹²³, che ampliano il contenuto del rapporto obbligatorio, e - integrando l'obbligazione datoriale principale - assicurano e si pongono come funzionali alla garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni che il contratto pone a favore della parte contrattuale più debole, il lavoratore. Obblighi informativi, di spiegazioni e di riesame umano che, attraverso una integrazione secondo buona fede del contratto, hanno la funzione di tutelare la parte contrattuale più debole

¹²⁰ PERULLI - SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, cit., 69.

¹²¹ IBIDEM, 25.

¹²² ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Milano, 1988, 168.

¹²³ MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. *Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 185 ss.,

contro i rischi specifici cui essa si espone nella svolgimento della prestazione sotto la direzione di un datore di lavoro con poteri computazionali non umani, che possono ledere - in maniera più o meno occulta, opaca, o scarsamente comprensibile - la sua dignità, la sua identità e i suoi diritti di prestatore di lavoro subordinato.

La sfida del diritto del lavoro 4.0, oltre alla riproposizione anche in forma innovativa e modulare¹²⁴ delle tecniche di tutela tradizionali, alla corretta prospettiva di valorizzazione del diritto antidiscriminatorio¹²⁵ e del necessario ruolo sindacale¹²⁶, nonché della disciplina degli oneri probatori nelle azioni fondate sulla violazione di un limite legale all'esercizio dei poteri datoriali¹²⁷, è pertanto anche quella di ripensare la teoria dei limiti interni ed esterni alle prerogative datoriali, e con essa l'assoggettamento al controllo di razionalità e proporzionalità dell'esercizio del potere¹²⁸; ciò anche servendosi dei concetti valvola che consentono al diritto di fornire soluzioni al dinamismo sociale, laddove le diverse tecniche della fattispecie¹²⁹ e della tipizzazione non sempre appaiono in grado di fotografare una realtà troppo veloce e troppo complessa. L'obbligo di trasparenza, le informazioni da rendere, le spiegazioni e il riesame umano, interpretati alla luce del principio di buona fede, in altre parole, nel consentire l'individuazione di comportamenti social-tipici, integrativi, obbligatori, accettabili nella coscienza sociale in un dato momento storico, devono

¹²⁴ CARUSO - ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, cit., 23 ss.

¹²⁵ DE SIMONE, *Discriminazioni*, in NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 127 ss.

¹²⁶ CARUSO, *Il lavoro digitale: una sineddoche divisiva*, cit., che ricorda come «sul piano sindacale, oltre a nuovi strumenti di aggregazione, reclutamento e conflitto, attraverso i *social*, anche un uso più strategico del diritto processuale collettivo: l'art. 28 in alternativa ragionata, caso per caso, tribunale per tribunale, alle azioni collettive antidiscriminatorie; novità recente, la sperimentazione per la prima volta in Italia, a tutela dei lavoratori delle piattaforme, della *class action*, come ha fatto la CGIL a Milano; non si disdegna, infine, neppure la strategia di "penalizzazione" del diritto del lavoro, come dimostra il sostegno di una parte della dottrina giuslavorista (anche non necessariamente giustizialista) all'azione repressiva della procura di Milano, che ha avuto un primo esito positivo, in questi giorni, con le condanne per il reato di caporalato digitale e ampi risarcimenti alle parti civili: i 44 fattorini e il sindacato (la vicenda di flash road che operava per conto di *Uber Eat*)». V. inoltre BORELLI, *Voce Contrattazione dell'algoritmo*, FALERI, *Voce Cyber sindacato*, ID, *Voce Diritti collettivi dei lavoratori digitali*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit.; DE STEFANO, "*Negotiating the Algorithm*": *Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2019, 15 ss.

¹²⁷ GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, cit., 33 ss.; PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit.

¹²⁸ PERULLI - SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, cit., 74. Cfr. pure PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, 1 ss.

¹²⁹ Su cui si rinvia ampiamente a ZOPPOLI, *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Torino 16-17 giugno 2022.

pertanto porsi l'obiettivo di costituire parametri di riumanizzazione dei poteri datoriali, solo apparentemente oggettivizzati in maniera asettica degli algoritmi, e di riequilibrio dell'assetto contrattuale, in funzione correttiva degli squilibri anche informativi e di rafforzamento dei diritti più tradizionali della persona che lavora.

Per tornare al tema iniziale che ha ispirato il presente lavoro, è possibile concludere affermando che il linguaggio delle tecnologie sia spesso oscuro, complesso, divisivo, crea opportunismi, accentua le disuguaglianze e gli squilibri di potere. Però è anche da lì che si deve ripartire per ricercare nuovi criteri di razionalità nel diritto del lavoro, nonché nuovi equilibri e nuovi bilanciamenti valoriali. Ancora una volta nella storia, il diritto in generale, e quello del lavoro in particolare, attraverso il linguaggio, la spiegazione, la comunicazione e la supervisione umana, deve aspirare a poter funzionare da «trasformatore», garantendo che tramite l'agire comunicativo «non si spezzi la rete della comunicazione generale che tiene insieme tutta la società»¹³⁰; vale a dire che, seppure in una frantumazione di possibili sottosistemi, «i vincoli illocutivi degli atti linguistici siano utilizzati per coordinare tra loro i piani di azione di attori diversi» tramite, appunto, «un linguaggio intersoggettivamente condiviso»¹³¹, ma anche accettabile dal punto di vista valoriale nella prospettiva costituzionale.

¹³⁰ HABERMAS, *Fatti e norme*, Bari, 2013, 69.

¹³¹ ID., 26 e 35. Sul ruolo dei processi comunicativi nel diritto del lavoro DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, 37 ss.

LA DIGITALIZZAZIONE DEL LAVORO TRA INTELLIGENZA ARTIFICIALE E GESTIONE ALGORITMICA[°]

Laura Tebano

*Professoressa Ordinaria di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Napoli Federico II*

Il contributo offre un esame delle recenti proposte dell'Unione europea sul tema delle ricadute delle tecnologie sul lavoro concentrandosi in particolare sulla proposta di direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro tramite piattaforme e sulla proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale. L'autrice propone alcune considerazioni sulle difformi impostazioni delle fonti europee, sulle ricadute delle tecnologie intelligenti sulla fisionomia del potere datoriale e sulla portata dell'obbligo di trasparenza, auspicando, in chiusura, un intervento diretto ad affidare a un organismo (nazionale o europeo) un controllo a tutela dei soggetti deboli esposti agli effetti dei sistemi intelligenti.

The essay examines recent European Union proposals on the impact of technologies on work, focusing on the proposed directive on improving working conditions through platforms and the proposed regulation on artificial intelligence. The author makes some considerations on the divergent approaches of European sources, the effects of smart technologies on the physiognomy of employer power and the scope of the obligation of transparency, hoping, in closing, for a direct intervention to entrust a body (national or European) with a control to protect the weak subjects exposed to the effects of intelligent systems.

Sommario:

1. Introduzione: tecnologie e fonti regolative
2. Strumenti regolativi: base giuridica e ruolo dei soggetti collettivi
3. Tecnologie intelligenti e fisionomia del potere datoriale
4. Obbligo di trasparenza e meccanismi di funzionamento degli algoritmi: prospettive *de iure condendo*

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Introduzione: tecnologie e fonti regolative

La diffusione di nuove tecnologie nei contesti lavorativi viene costantemente accompagnata dall'ingresso (anche) nel lessico specialistico di numerose e variegata formule linguistiche atte a decriptare la realtà¹. Alla tradizionale riflessione sulla relazione che lega lavoro e tecnologia², si affianca progressivamente quella generata dall'ingresso nel mondo produttivo di strumentazioni sempre più sofisticate e quella originata dagli inediti scenari profilatisi in occasione della pandemia e del *lockdown*. Sul piano linguistico prendono piede espressioni nuove (*big data*, metaverso, algoritmo, piattaforme e tante altre), parole vecchie che si colorano di nuovi significati (*badge*, controlli, *privacy* etc.), formule introdotte pre-pandemia che acquistano rinnovata (e inattesa) centralità (per esempio disconnessione e lavoro a distanza).

Al di là degli approcci catastrofisti o per converso entusiasti rispetto alle potenzialità insite negli strumenti tecnologici messi in campo (o rafforzati) dalla quarta rivoluzione industriale, occorre essere consapevoli che le problematiche giuridiche sollevate presentano una replicata attualità e alimentano crescenti difficoltà operative. Si consideri per esempio che inizialmente l'archiviazione massiva di dati coinvolgeva solo quelli volontariamente rilasciati e, invece, i *big data* muovono da tale concetto per ricomprendere altresì i dati rilevati, vale a dire quelli estratti dai comportamenti degli utenti ed elaborati a partire dalle informazioni possedute. Proprio tale nuovo e più complesso scenario per un verso presenta straordinarie potenzialità commerciali per altro verso lascia affiorare i limiti dei classici schemi di protezione dei dati personali³.

È questo il motivo per cui sul piano sovranazionale si delinea un susseguirsi (invero non sempre ordinato) di fonti regolative. Nel giro di circa un decennio l'attenzione delle istituzioni europee sul tema delle ricadute delle tecnologie (intese in senso lato) sul lavoro ha conosciuto una significativa accelerazione e si è assistito a un'inevitabile proliferazione di strumenti di regolazione (o talora di embrioni di regolazione). Basti pensare al passaggio dal Libro bianco del febbraio 2020 dedicato all'intelligenza artificiale (d'ora in poi IA) alla proposta di regolamento sull'IA presentata alla Commissione europea il 21 aprile 2021⁴; alla proposta di direttiva per migliorare le condizioni del lavoro mediante piattaforme digitali presentata dalla Commissione europea il 9 dicembre 2021 e alla Proposta

¹ BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, 2022.

² VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Pol. dir.*, 1986, 1 ss.

³ Cfr. sul valore giuridico (ed economico) del dato come bene in sé TULLINI, *Dati*, in NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Torino, 2022, 106.

⁴ COM(2021) 206.

di Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2022⁵; alla proposta di direttiva sul diritto di disconnessione allegata alla risoluzione del Parlamento europeo del gennaio 2021⁶, alla Direttiva 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, al più datato (ma non meno centrale) Regolamento 2016/679 (d'ora in poi GDPR).

Proprio muovendo dal carattere composito dell'architettura normativa appena accennata e dei suoi contenuti, il presente contributo privilegerà la prospettiva di individuare le trame (e le trappole) affioranti dietro le regole dedicate in particolare al lavoro tramite piattaforme digitali e all'IA.

L'obiettivo sarà perseguito avendo riguardo alle tecniche di regolazione (par. 2); alle ricadute delle tecnologie intelligenti sulla fisionomia del potere datoriale (par. 3); alla trasparenza della gestione algoritmica (par. 4).

2. Strumenti regolativi: base giuridica e ruolo dei soggetti collettivi

Muovendo dagli strumenti regolativi sovranazionali (e focalizzando l'attenzione sulla proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforme digitali e sulla proposta di regolamento sull'IA), va sottolineato che la natura dello strumento prescelto risulta tutt'altro che neutra sul piano dello spazio di intervento degli Stati membri. Al riguardo occorre avvertire che la proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforme digitali si radica sull'art. 153, par. 1, lett. b) TFUE, una base giuridica che consente all'Ue di fissare norme minime relative alle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme⁷. Come dire che lo strumento utilizzato dalle istituzioni europee non preclude (e, anzi incentiva) l'innalzamento delle tutele da parte degli Stati membri. Del resto l'art. 20 della menzionata proposta enuncia a chiare lettere che "resta impregiudicata la prerogativa degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni ... più favorevoli ai lavoratori".

Non altrettanto la proposta di regolamento sull'IA che si propone di migliorare il funzionamento del mercato interno e garantire la libera circolazione (transfrontaliera) di beni e servizi basati sull'IA⁸. L'obiettivo consiste cioè nel fissare regole armonizzate in materia per promuovere lo sviluppo, l'uso e

⁵ COM(2021) 762. Su cui, da ultimo ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, in *Labour Law Issues*, 2022, R.1- R.28

⁶ FIATA, *L'iniziativa europea sul diritto alla disconnessione*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021.

⁷ Sulla proposta di direttiva e alcuni suggerimenti di rettifica v. ABRAHA - ADAMS - PRASSL - KELLY - LYTH, *Finetuning the EU's Platform Work Directive*, Oxford Business Law Blog, 2022, disponibile in: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/05/finetuning-eus-platform-work-directive>

⁸ Nella relazione di accompagnamento alla proposta (punto 2.1 - Base giuridica) si legge che la base giuridica è costituita *inanzitutto* dall'art. 114 TFUE. E soltanto nella parte finale viene indicato anche l'art. 16.

l'adozione dell'IA nel mercato interno. Rispetto a tali scopi (si legge nei considerando) gli interventi normativi nazionali rischiano di generare una frammentazione del mercato interno e di intaccare la certezza del diritto per gli operatori che sviluppano o utilizzano sistemi di IA. Tale passaggio solleva molti interrogativi sia rispetto al margine di manovra che residua in capo agli Stati membri sia rispetto alla sorte di (preesistenti) legislazioni nazionali più protettive⁹.

In linea teorica va ricordato che l'introduzione di regole armonizzate tramite regolamento non paralizza del tutto l'azione degli Stati membri. Basti pensare, con riguardo al GDPR (che presenta una base giuridica solo in parte coincidente con la proposta di regolamento sull'IA, ossia l'art. 16 TFUE) che l'AG De La Tour nelle conclusioni presentate il 3 dicembre 2020 nel caso Facebook Ireland¹⁰ ha sottolineato che, a prima vista, il regolamento *privacy* tende a un'armonizzazione completa (non limitandosi quindi a fissare norme minime che gli Stati membri potrebbero rendere più stringenti) e senza lasciare agli Stati la scelta di derogare, integrare o attuare le sue disposizioni. Eppure, ha aggiunto lo stesso AG, la realtà si è rivelata più complessa e la presenza di "clausole di apertura" nel GDPR denota che i governi nazionali godono di un margine di manovra nel senso che hanno la possibilità di adottare regole specifiche in settori come il diritto del lavoro. Insomma l'armonizzazione operata dal regolamento 2016/679 è circoscritta agli aspetti specificamente trattati e, al di fuori di essi, gli Stati membri restano liberi di legiferare, ma tali interventi non possono (e non devono) violare gli obiettivi del regolamento stesso.

La situazione che si profila con riguardo alla proposta di regolamento sull'IA appare molto diversa vuoi in ragione della principale base giuridica indicata nella proposta (cioè l'art. 114 che presenta una connotazione tutta orientata al mercato) vuoi perché alla consueta formula che preclude interventi idonei a pregiudicare il conseguimento degli obiettivi dell'iniziativa europea, si affianca una chiara delimitazione dell'azione nazionale, tutta rivolta all'organizzazione interna del sistema di vigilanza del mercato e all'adozione di misure destinate a promuovere l'innovazione¹¹. Insomma il pericolo che gli Stati si ritrovino con le mani legate

⁹ Se il Regolamento non viene corretto, la legislazione nazionale più protettiva rischia di essere superata da questo strumento Ue: il Regolamento, in altre parole, rischia di funzionare come un «tetto massimo» piuttosto che come un «livello minimo» di protezione sul lavoro (ALOISI - DE STEFANO, *La Commissione europea ha pubblicato la proposta di Regolamento Ue sull'«Approccio europeo all'Intelligenza artificiale»: a un primo esame, la proposta è del tutto insufficiente ad assicurare una protezione ai lavoratori*, disponibile in: <https://www.rivistailmulino.it/a/regolamento-ue-sull-intelligenza-artificiale-una-minaccia-alla-protezione-dei-lavoratori>, 4 maggio 2021).

¹⁰ Causa C- 319/20 punti 50 ss. delle Conclusioni dell'AG e punto 60 della sentenza.

¹¹ Per uno sguardo alla letteratura straniera sulla proposta di regolamento sull'IA v. almeno ADAMS - PRASSL, *Regulating Algorithms at Work: Lessons for a 'European Approach to Artificial Intelligence'*, in *European Labour Law Journal*, 2022, 30-50; BIBER, *Machines Learning the Rule of Law: EU Proposes the World's first Artificial Intelligence Act*, in *VerfBlog*, 2021, disponibile in: <https://verfassungsblog.de/ai-rol/>; DE STEFANO - WOUTERS, *AI and digital tools in workplace management and evaluation. An assessment of the EU's legal framework*, Scientific Foresight Unit (STOA), 2022; KELLY - LYTH, *European Union*,

rispetto a sistemi di IA utilizzati in ambito lavoristico (e classificati dallo stesso regolamento come sistemi ad alto rischio) appare tutt'altro che infondato.

Un'ulteriore difformità di approccio tra la proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforme digitali e la proposta di regolamento sull'IA attiene al ruolo degli attori collettivi nei differenti ambiti di regolazione. E infatti nella proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforme digitali si registra una promozione del dialogo sociale con riguardo alla gestione algoritmica: l'art. 9 introduce un obbligo in capo alle piattaforme di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori¹². Si tratta di un passo avanti, ancorché timido e parziale, da salutare con favore. Timido perché il piano individuale resta privilegiato dal momento che, in mancanza di rappresentanti, tali prerogative vengono attribuite direttamente ai lavoratori¹³. Parziale perché il campo di applicazione oggettivo degli obblighi di informazione e consultazione risulta circoscritto a “decisioni che possono comportare l'introduzione o modifiche *sostanziali* nell'uso dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati”. Il che indebolisce la portata della previsione in quanto introduce una variante, ossia il carattere sostanziale delle modifiche, dai contorni evanescenti e astrattamente suscettibile di valutazioni antitetiche e contraddittorie.

Ciò nondimeno il potenziamento della dimensione collettiva appare positivo innanzitutto se messo a confronto con il meno incisivo tenore dell'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue in cui gli attori collettivi figurano equivalenti ai lavoratori e non già destinatari “naturali” dei diritti di informazione e consultazione (come nella proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforme digitali)¹⁴. Inoltre il rafforzamento delle prerogative sindacali appare viepiù apprezzabile se si considera il silenzio sul punto di altri strumenti diretti a regolare situazioni magari in parte coincidenti dal punto di vista fenomenico. Il piano collettivo, come noto, non figura contemplato nel GDPR che opta per un assetto

the AI Act and Algorithmic Management, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2021; KULLMANN-CEFALIELLO, *The draft Artificial Intelligence Act (AI Act): offering false security to undermine fundamental workers' rights*, 2021, disponibile in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3993100.

¹² Si tratta di una previsione che si pone in linea con la direttiva 2002/14/Ce, quindi, anche la sua interpretazione va condotta alla luce dell'analogia formulazione della direttiva 2002/14/Ce sui diritti di informazione e consultazione. Va poi sottolineato che l'art. 6.4 della proposta di direttiva prevede anche che le informazioni relative ai sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati sono messe a disposizione dei rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali (e delle autorità nazionali del lavoro su loro richiesta). Sul nesso con la direttiva 2002/14/Ce sui diritti collettivi di informazione e consultazione, anche SENATORI, *La tutela dei gig worker*, Relazione al seminario *Il lavoro dei gig worker e i recenti sviluppi del diritto dell'Unione europea*, Università degli studi di Napoli, 4 maggio 2022.

¹³ Sul carattere sintetico del rinvio e la persistente rilevanza del livello individuale, in mancanza di rappresentanze sindacali, TULLINI, *Dati*, cit., 122 ss.

¹⁴ L'art. 27, rubricato *Diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa*, recita: “Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali”.

di garanzie basate sul consenso dell'interessato e sui diritti della singola persona (accesso, rettifica, cancellazione etc. di cui agli artt. 12 ss.). Il regolamento europeo sulla *privacy*, infatti, è caratterizzato da un approccio prevalentemente individualistico: l'unico presidio esplicito contro il rischio che si verifichino conseguenze negative "per le libertà e i diritti degli interessati" (considerando 89-92) è rappresentato dall'autodeterminazione informativa dell'interessato¹⁵.

A ciò si aggiunga, infine, che la proposta di regolamento sull'IA trascura completamente il piano collettivo: le parti sociali non sono titolari di alcun diritto di informazione, né sono coinvolte nella regolamentazione dei sistemi di IA utilizzati nel contesto lavorativo, salvo naturalmente che si tratti di piattaforme di lavoro digitale, nel qual caso si ricade nell'ambito di applicazione della proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforme digitali¹⁶.

Il quadro sinteticamente tracciato lascia trasparire un assetto di regole ancora in cerca di una linea di sviluppo coerente e suscettibile di progressivo affinamento. Da un lato un *aggravio* di oneri informativi quando il lavoro viene svolto mediante piattaforma digitale perché (come si legge nella relazione di accompagnamento) i diritti contenuti nella proposta di direttiva integrano e specificano quelli esistenti in materia di protezione dei dati personali. Dall'altro una tutela dei lavoratori a macchia di leopardo: al supporto degli attori collettivi nei casi appena richiamati, si affianca il vuoto della dimensione sindacale al cospetto di sistemi che utilizzano l'IA sul lavoro, e non siano piattaforme di lavoro digitale (es. robot automatici, auto a guida autonoma).

3. Tecnologie intelligenti e fisionomia del potere datoriale.

Passando al secondo profilo, vale a dire alle ricadute delle tecnologie intelligenti sulla fisionomia del potere datoriale, come rilevato altrove nei contesti ad alto tasso di innovazione il potere direttivo si contamina e si confonde con il potere di controllo lasciando affiorare un inedito potere di controllo direttivo¹⁷. Per un verso, infatti, le macchine e le tecnologie sono fedeli servitrici e affidabili testimoni di chi detiene (lo eserciti o meno) il potere direttivo; per altro verso le

¹⁵ In direzione parzialmente diversa sembra muoversi l'art. 88 GDPR che però fa riferimento al solo lavoro subordinato.

¹⁶ Al riguardo va ricordato che la proposta di regolamento sull'IA elenca i sistemi di IA utilizzati nel settore dell'occupazione, nella gestione dei lavoratori e nell'accesso al lavoro autonomo che devono essere considerati ad alto rischio e detta requisiti obbligatori che i sistemi di IA ad alto rischio devono rispettare e obblighi per gli utenti e per i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio. Sull'assenza di un ruolo specifico delle parti sociali in tale proposta di regolamento, TULLINI, *La nuova proposta europea sull'intelligenza artificiale e le relazioni di lavoro*, in *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, 107. Nello stesso senso, KLENGEL - WENCKEBACH, *Artificial intelligence, work, power imbalance and democracy - why co-determination is essential*, in *Italian Labour Law E-Journal*, 2022, 157-171.

¹⁷ TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Napoli, 2020, 193 ss.

trasformazioni organizzative intercettano in maniera vistosa il monitoraggio del personale. Proprio l'inserimento della prestazione in un processo decisionale spiccatamente automatizzato implica la circolazione di una pluralità di dati che finisce con il produrre un effetto regolativo in quanto i numerosi *inputs* provenienti dagli impianti (e non solo) influenzano i comportamenti del personale¹⁸.

Minimo comun denominatore dei diversi modelli organizzativi è la capacità dello strumentario informatico e/o tecnologico di esercitare una consistente influenza sui comportamenti dei dipendenti e un penetrante controllo orizzontale tra i lavoratori, sì da generare meccanismi di autodisciplina e di autoregolamentazione¹⁹. In questa prospettiva, la tecnologia, sia essa intesa come prassi organizzativa o come strumentario, non si profila neutra, ma “*socially shaped*” e viene utilizzata da chi progetta l'organizzazione con l'obiettivo di orientare i comportamenti²⁰. Come dire che i controlli si rivelano funzionali a orientare i comportamenti e ad allinearli alle caratteristiche (performanti e di efficienza) del contesto in cui la prestazione viene resa²¹. Con la conseguenza che diventa sempre più sfumata la linea di confine tra verifica di funzionamento dell'impianto e di qualità del prodotto (si pensi al sistema *andon*) e monitoraggio dell'attività lavorativa (che viene indirettamente indirizzata verso il miglioramento dell'efficienza).

Questa tendenza risulta sensibilmente avvalorata dall'impostazione adottata nella proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma, che esalta il ruolo del controllo (anche) come veicolo di direzione e organizzazione del lavoro altrui. Se, dunque, in generale nella fabbrica digitale si registra un'ibridazione dei poteri datoriali, la stessa risulta sublimata nel contesto delle piattaforme digitali ove la contaminazione arriva a ricomprendere financo il potere disciplinare²². Basti pensare alle conseguenze derivanti dalla disponibilità parziale dei lavoratori delle piattaforme o alle reazioni generate dalle valutazioni degli utenti. Così ad esempio

¹⁸ Sul punto v. anche NOVELLA, *Impresa*, in NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 22 ss.

¹⁹ MARTINEZ - PEZZILLO IACONO, *Dealing with critical IS research: artifacts, drifts, electronic panopticon and illusions of empowerment*, in BASKERVILLE - DE MARCO - SPAGNOLETTI (eds.), *Designing Organisational Systems - An Interdisciplinary Discourse*, Berlin, 2013, 98 s.

²⁰ IBIDEM, p. 85.

²¹ Per un approccio nel senso che *critical performativity is a more “constructive” direction for Critical Management Studies*, SPICER - ALVESSON - KÄRREMAN, *Resisting resistance. Critical performativity. The unfinished business of critical management studies*, in *Human Relations*, 2009, 537 ss.

²² Per una diversa lettura dell'impatto dell'IA sul potere datoriale nel senso che *la puissance prëtée à l'IA assure à la décision un «pouvoir» qui peut dispenser de rappeler qu'elle procède de l'exercice d'u pouvoir-prërogative, à laisser celui-ci dans l'ombre, comme d'il s'était évanoui ou étai occulté!*, v. JEAMMAUD, *Le pouvoir de l'employer, renforcé ou altéré?*, in ADAM - LE FRIANT - TARASEWICZ (sous la direction de), *Intelligence artificielle, gestion algorithmique du personnel et droit du travail, Le travaux de l'AFDT*, Paris, 2020, 36.

si è constatato che “a una valutazione negativa o a una mancata disponibilità nello svolgimento degli incarichi corrisponde in quattro casi su dieci un peggioramento del tipo di incarichi assegnati, con la riduzione delle occasioni di lavoro più redditizie rispetto al complesso degli incarichi”²³. In prospettiva analoga un abbassamento del grado di affidabilità del lavoratore per effetto del feedback degli utenti può sfociare nella disattivazione dell’*account*²⁴.

Proprio con riguardo alla limitazione, sospensione o disattivazione dell’*account* la proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma introduce alcune garanzie perché prevede, tra l’altro, l’obbligo della piattaforma di comunicare per iscritto ai lavoratori i motivi alla base della decisione. Meno significativa in termini di novità, ma anch’essa testimonianza di un’insistita preoccupazione, la delimitazione dell’ambito di operatività delle regole sulla gestione algoritmica che si applicano a “qualsiasi persona fisica che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, indipendentemente dalla qualificazione contrattuale da parte delle parti interessate, del rapporto tra tale persona e la piattaforma di lavoro digitale”²⁵. Sul piano della contaminazione dei poteri tale previsione non contiene nulla di veramente innovativo, in quanto prevede un’estensione generalizzata dell’obbligo di comunicazione dei motivi della decisione, ma l’attivazione del procedimento disciplinare, con tutte le garanzie previste dall’art. 7 St. lav., resta a tutt’oggi ancorata alla qualificazione del rapporto in termini di subordinazione.

Né l’esigenza di continuare a riflettere sulle categorie tradizionali per una nuova (e più adeguata) lettura dell’impatto delle nuove tecnologie sui poteri datoriali può ritenersi superata dalla presunzione di subordinazione contenuta nell’art. 4, par. 1 della proposta di direttiva²⁶. E ciò in quanto tale soluzione non incide sull’ancoraggio della nozione di subordinazione all’assoggettamento dei poteri datoriali che, piuttosto, possono essere esercitati in modo indiretto e/o sotto

²³ Cfr. BERGAMANTE - DELLA RATTA - DE MINICIS - MANDRONE, *Lavoro virtuale nel mondo reale: i dati dell’indagine INAPP-PLUS sui lavoratori delle piattaforme in Italia*, Roma, Inapp, Policy Brief, 2022.

²⁴ Sul punto v. LAZZERONI, *Voce Rating*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 176 ss.; G. BIRGILLITO - M. BIRGILLITO, *Algorithms and ratings: tools to manage labour relations. Proposals to renegotiate labour conditions for platform drivers*, in *Labour Law Issues*, 2018, C. 25-50.

²⁵ Art. 2, co. 1, n. 3, COM(2021) 762 del 9 dicembre 2021. Per un quadro delle previsioni della proposta di direttiva applicabili al solo lavoro subordinato o anche al lavoro autonomo BORELLI, *Voce Disconnessione, subita dal lavoratore*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 96 s.

²⁶ Sulla presunzione di subordinazione v. ROSIN, *Towards a European Employment Status: The EU proposal for a Directive on Improving Working Conditions in Platform Work*, in *Industrial Law Journal*, 2022; KULLMANN, ‘Platformisation’ of work: An EU perspective on Introducing a legal presumption, in *European Labour Law Journal*, 2021, 66-88.

mentite spoglie²⁷. Peraltro l'opzione sposata a livello europeo risente della diversità di approcci nei sistemi di *civil law* e di *common law*²⁸ e, al contempo, palesa alcune incognite in quanto la discrezionalità degli Stati membri nel richiedere la presenza anche di più indici rispetto ai due indicati in via presuntiva nell'art. 4, par. 3 della proposta di direttiva rischia di vanificare l'effetto di armonizzazione e lascia aperte le porte a una possibile differenziazione fra ordinamenti²⁹.

4. Obbligo di trasparenza e meccanismi di funzionamento degli algoritmi: prospettive *de iure condendo*.

La rapida incursione nei recenti interventi europei (che, giova ribadire, presentano un ambito di applicazione diverso: la proposta di direttiva attiene alle piattaforme digitali, la proposta di regolamento interessa tutti i fornitori o gli utenti di sistemi di IA) attesta la necessità di ritornare al linguaggio. La relazione tra IA e algoritmo, infatti, richiede un'accorta delimitazione per evitare frettolose ed erronee assimilazioni. Tanto per cominciare l'IA di per sé non costituisce un sistema automatico o autonomo in quanto sono i costruttori del sistema a stabilire come impiegare le informazioni elaborate dall'intelligenza artificiale, quindi il sistema che impiega l'IA non è *necessariamente* autonomo, ma può essere reso autonomo dai costruttori³⁰. Inoltre la formula IA è caratterizzata da una spiccata indeterminatezza semantica. Basti pensare che nell'ambito dell'IA si distinguono tre concetti: l'IA debole o ristretta che viene utilizzata per attendere a un specifico compito, di solito semplice, ma è inadeguata allo svolgimento di compiti complessi; l'IA forte o generale (allo stato, sembra, inesistente) che indica quelle

²⁷ TULLINI, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in *Labour Law Issues*, 2022, R.43-56. Sulla presunzione come meccanismo processuale che rende meno oneroso il carico probatorio del lavoratore nelle ipotesi in cui egli contesti la qualificazione giuridica del contratto con la piattaforma, DONINI, *Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme*, in *Labour Law Issues*, 2022, R.29-42. Per un confronto tra la misura allo studio del legislatore europeo e le soluzioni approntate nell'esperienza statunitense, cfr. GOULD - BIASI, *The Rebuttable Presumption of Employment Subordination in the US ABC-Test and in the EU Platform Work Directive Proposal: A Comparative Overview*, in *Italian Labour Law E-Journal*, 2022, 85-98; sull'ABC-Test; cfr. altresì, DAVIDOV - SHENKER, *The ABC Test: A New Model for Employment Status Determination?*, in *Industrial Law Journal*, 2022, 235-276.

²⁸ Cfr. A. ZOPPOLI, *Prospettiva rimediabile, fattispecie, sistema*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Torino 16-17 giugno 2022, 5 ss.

²⁹ Cfr. DELFINO, *I diritti nazionali in dialogo: lo Statuto dei lavoratori fra "debiti" e "crediti" ordinamentali*, Relazione al convegno *Diritti nazionali in dialogo. Il ruolo della comparazione*, Sapienza Università di Roma, 11-12 luglio 2022.

³⁰ In questi termini ITALIANO - PRATI, *Storia, tassonomia e sfide future dell'intelligenza artificiale*, in SEVERINO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, Roma, 2022, 59.

intelligenze munite di capacità di intuizione nel senso che sono abili nell'interpretazione della realtà non mediata dall'apprendimento dei dati; e l'IA estesa, cioè la stretta interrelazione fra essere umano e IA nel senso che le capacità delle IA vengono arricchite e potenziate dalla supervisione di un essere umano capace di intervenire e di assumere decisioni in particolari momenti (si pensi per esempio alla chirurgia robotica supervisionata dal medico)³¹.

Quanto all'interazione con gli algoritmi, è vero che l'IA è composta di algoritmi, ma è altresì vero che quando si parla di IA si fa riferimento a determinati algoritmi che non sono certo quelli classici di ottimizzazione, ossia quelli accomunati dall'offrire risultati che dipendono dai dati disponibili e giammai da dati esterni (si pensi al semplice comando impartito al pc di catalogare i *files* disponibili in ordine alfabetico). In altre parole la famiglia degli algoritmi risulta plurale e variopinta e la sua origine risale agli albori dell'informatica, sì da ricomprendere pure algoritmi privi di qualsiasi forma di complessità o di intelligenza³².

L'algoritmo dell'IA (nella versione poc'anzi definita estesa) è piuttosto il *machine learning*: gli algoritmi di apprendimento supportano la macchina nell'attività di apprendimento e adattamento alla realtà con continue e complesse interazioni uomo-macchina³³. Futuristico e allo stato puramente teorico, invece, l'algoritmo intelligente, capace di autoapprendimento e che sostanzia l'IA forte. Insomma dietro la parola algoritmo c'è una realtà variegata e in continua evoluzione, a dispetto di un approccio generalista che pare consentire l'utilizzo dell'espressione sia per indicare l'algoritmo classico, sia l'IA intesa in senso lato. E invece la complessità traspare nitidamente dal Libro bianco sull'IA ove si afferma che “le (*stesse*) autorità preposte e le persone interessate potrebbero non disporre dei mezzi per verificare come sia stata presa una decisione con il coinvolgimento di sistemi di IA e, di conseguenza, se sia stata rispettata la normativa” (mio il corsivo)³⁴.

Proprio tale notazione suggerisce qualche considerazione sul (problematico) nesso tra dinamismo della realtà virtuale e staticità delle regole. La normativa europea punta tutto (o almeno molto) sulla trasparenza: così in particolare la proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforme (capo III, artt. 6 ss.), ma pure la proposta di regolamento sull'IA che già nella definizione del suo oggetto fa riferimento alle regole di trasparenza armonizzate e contempla una previsione *ad*

³¹ Cfr. MARINO, *L'intelligenza artificiale. Saga fantascientifica o realtà scientifica*, Soveria Mannelli, 2020, 39 ss.

³² FISCHMAN - GOMES, *Intelligences artificielles et droit du travail: contribution à l'étude du fonctionnement des plateformes numériques*, in ADAM - LE FRIANT - TARASEWICZ (sous la direction de), *Intelligence artificielle*, cit., 40 ss.

³³ ZAPPALÀ, *Voce Machine learning*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologia*, cit., 147 ss.

³⁴ Cfr. Libro bianco IA p. 13. Sul punto TULLINI, *Dati*, cit., 124.

hoc sulla trasparenza del funzionamento dei sistemi di IA ad alto rischio³⁵. Eppure la trasparenza passa attraverso lo studio dei meccanismi di funzionamento degli algoritmi, uno studio complesso e altamente specialistico.

Ne consegue che la trasparenza non offre una tutela soddisfacente, in ragione degli ingenti investimenti necessari a verificare le informazioni fornite e dello squilibrio di potere (anche economico) del comune lavoratore che intenda per ipotesi contestare quanto comunicato, andrebbe valutata l'opportunità di imboccare strade alternative all'autotutela (e forse anche alla tutela collettiva). Penso all'esperienza francese dove a partire dal settembre 2020 è stato creato un *Pôle d'Expertise de la Régulation Numérique* (PEReN) che accentra in capo allo Stato i meccanismi di studio e di controllo del funzionamento degli algoritmi³⁶. Si tratta di un'opzione interessante perché se opporsi all'IA non sembra una strada praticabile (anche per preservare la competitività delle imprese e dell'economia europea), si fa sempre più pressante l'esigenza di predisporre meccanismi di eterotutela dei lavoratori. Si potrebbe dunque immaginare di affidare a organismi statali, sulla falsariga della Francia, l'analisi del funzionamento delle piattaforme digitali (e infatti il PEReN non ha una funzione regolatoria, ma di studio ed eventualmente di supporto tecnico alle autorità preposte alla regolazione) o, in alternativa, si potrebbe affidare a un'Agenzia (nazionale o europea) il compito di approntare forme di IA "difensiva" a tutela dei soggetti deboli (come i lavoratori o i consumatori).

³⁵ Cfr. art. 1 e art. 13.

³⁶ Il PEReN può intervenire in presenza di due situazioni. Innanzitutto, può fornire supporto ai servizi con competenze normative in sede di attuazione: il quadro di intervento viene definito da accordi che vanno a integrare le specificità normative dell'autorità o dell'amministrazione, con particolare riguardo alla capacità di raccogliere dati o di ricorrere ad agenti esterni. Inoltre il PEReN può fornire un supporto nei lavori di ricerca commissionati dai servizi statali, realizzando studi esplorativi o scientifici: e in tal caso agisce come centro di ricerca. In ogni caso il PEReN (che non è un organismo di regolamentazione) ha il compito di studiare le piattaforme e, quindi, può essere tenuto a raccogliere dati personali, ma solo nell'ambito dell'oggetto di studio, tramite accordi firmati con le autorità amministrative indipendenti che assiste e supporta nelle loro missioni di regolamentazione. Questi accordi garantiscono il rispetto del GDPR e fissano nel dettaglio le autorizzazioni concesse al PEReN.

LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO UE SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE: QUALI IMPLICAZIONI SUL VERSANTE GIUSLAVORISTICO?[°]

Rocco Iodice

*Dottorando in Diritto del lavoro
Università degli Studi di Napoli Federico II*

Il saggio offre una disamina, di taglio giuslavoristico, della recente proposta di regolamento UE sull'IA. L'indagine condotta rivela la consapevolezza, da parte dell'Unione, dei rischi, oltre che delle opportunità, derivanti dallo sviluppo dell'IA. Nondimeno, essa evidenzia anche lo scarso coordinamento della proposta con gli altri interventi dell'Unione e con le previsioni di diritto interno, da cui nasce il rischio che la proposta medesima diventi un ostacolo alla certezza del diritto e un fattore di rischio per la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori.

The essay offers an examination, of a labour law nature, of the recent proposal for an EU regulation on AI. The survey conducted reveals the Union's awareness of the risks, as well as the opportunities, deriving from the development of AI. Nevertheless, it also highlights the poor coordination of the proposal with the other Union interventions and with the provisions of domestic law, from which the risk arises that the proposal itself becomes an obstacle to legal certainty and a risk factor for the protection of fundamental rights of workers.

Sommario:

1. Premessa
2. L'intelligenza artificiale tra rischi, opportunità ed esigenze di regolazione
3. Una "legge" sull'Intelligenza artificiale
4. *Segue.* L'impiego dell'IA nella costituzione e nella gestione del rapporto di lavoro
5. Profili di incoerenza dell'azione europea e tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori
6. Conclusioni

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Premessa

Muovendosi lungo il solco tracciato dal Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale (IA)¹, il 21 aprile 2021 la Commissione europea ha adottato la proposta di regolamento sull'IA², che è attualmente all'esame del Consiglio e del Parlamento europeo. Si tratta, indubbiamente, di un'iniziativa ambiziosa, essendo volta ad istituire «un quadro giuridico comune [...] per quanto riguarda lo sviluppo, la commercializzazione e l'uso dell'intelligenza artificiale in conformità ai valori dell'Unione»³.

Nella convinzione che sia uno *step* importante nel percorso di creazione di un'IA antropocentrica, in grado di favorire la crescita economica e il benessere sociale dell'Europa, è all'esame di questa proposta che si è deciso di dedicare la presente analisi, onde verificare se le soluzioni allo studio del legislatore europeo siano effettivamente capaci di realizzare gli importanti obiettivi dallo stesso individuati.

Preliminarmente, tuttavia, si rende necessaria una migliore perimetrazione dell'ambito d'indagine. La proposta di regolamento ha un contenuto decisamente articolato, mirando ad introdurre regole armonizzate per disciplinare la progettazione e l'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nella quasi totalità dei settori in cui essa può oggi trovare applicazione. La presente analisi, invece, ha un oggetto più limitato, intendendo esaminare esclusivamente le risposte che la proposta può offrire alle sfide emergenti sul fronte specifico del mercato e del rapporto di lavoro⁴, rispetto ai quali l'intelligenza artificiale si pone senz'altro come un fattore *disruptive*⁵. Per queste ragioni, dopo un breve inquadramento dell'IA e del vivace dibattito sorto su questo nuovo complesso di tecnologie, l'attenzione verterà immediatamente sulle implicazioni giuslavoristiche derivanti

¹ Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, COM (2020) 65 final.

² Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti dell'Unione, COM (2021) 206 final.

³ In questi termini, il Considerando n.1 della proposta di regolamento.

⁴ Cfr. BORZAGA, *Le ripercussioni del progresso tecnologico e dell'Intelligenza Artificiale sui rapporti di lavoro in Italia*, in *DPCEonline.it*, 2022, 303 ss; MAINARDI, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 341 ss.

⁵ Cfr. FALERI, *Voce Disruptive innovation*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, 2022, 109 ss. Concorda nel considerare *disruptive* l'impatto socioeconomico dell'intelligenza artificiale, TULLINI, *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona nella gig-economy*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 39 ss. Di diverso avviso, invece, CRUZ VILLALÓN, *Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione dell'economia*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 465 ss, secondo cui il termine *disruptive* esprime l'idea una rottura definitiva, laddove «in questo periodo storico non è percepibile alcun movimento di reazione, [...] in quanto i parametridi base del nostro modello giuridico del lavoro persistono».

dall'impiego sempre più consistente delle cd. macchine intelligenti, per poi procedere ad una disamina analitica della proposta della Commissione, destinata a concludersi, allo stato, con un giudizio solo parzialmente favorevole, stante l'esistenza di profonde incertezze sul coordinamento della disciplina allo studio del legislatore europeo con gli ulteriori interventi dell'Unione, nonché con le previsioni di diritto nazionale.

2. L'intelligenza artificiale tra rischi, opportunità ed esigenze di regolazione

Quando, nel 1955, McCarthy, Minsky, Roechester e Shannon elaborarono la loro Proposta per il progetto estivo di ricerca sull'intelligenza artificiale di Dartmouth⁶, dando inizio agli studi sull'IA, era legittimo il sospetto che ci si trovasse dinanzi a qualcosa di poco distante da un mero esercizio di futurologia. Meno di un secolo dopo possiamo dire, senza timore di smentita, che si trattava di un sospetto infondato, dal momento che l'intelligenza artificiale è ormai una realtà ampiamente consolidata e in rapida espansione. Il progressivo aumento della capacità di archiviazione e della potenza di calcolo dei dispositivi digitali e l'inarrestabile crescita dei dati disponibili hanno, infatti, consentito all'IA di trovare applicazione in un novero sempre più ampio di contesti e, per quello che interessa maggiormente in questa sede, di divenire uno dei fattori trainanti della quarta rivoluzione industriale, con inevitabili ripercussioni sull'assetto tradizionale dei rapporti socio-economici.

Eppure, manca ancora una definizione di IA unanimemente accolta⁷, come dimostra anche la difficoltà incontrata dall'Unione europea nel suo tentativo di descrivere l'ambito di intervento di alcuni recenti iniziative in *subiecta materia*⁸.

Le incertezze sul fronte definitorio originano, con ogni probabilità, dalla stessa genericità e vaghezza della locuzione "intelligenza artificiale", inidonea ad operare una efficace operazione di filtraggio della realtà di riferimento, al punto tale che si è affermato che «l'IA è una famiglia in cui la somiglianza, e talvolta solo per pochi tratti, è il criterio di appartenenza»⁹. Di fatto, la definizione migliore

⁶ MCCARTHY - MINSKY - ROECHESTER - SHANNON, *A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence, august 31, 1955*, in *AI magazine*, 2006, 12 ss. Per la versione italiana, curata da PARONITTI, cfr. MCCARTHY - MINSKY - ROECHESTER - SHANNON, *Proposta di un Progetto di ricerca estivo sull'intelligenza artificiale presso il Dartmouth College*, in *Sistemi intelligenti*, 2006, 413 ss.

⁷ In LEGG - HUTTER, *A collection of definitons on intelligence*, in GOERTZEL - WANG (a cura di), *Advances in Artificial General Intelligence: Concepts, Architecture, and Algorithms*, Amsterdam, 2007, 17 ss, si stima che sono state elaborate almeno 18 definizioni specifiche di IA, e che delle 53 definizioni generali di intelligenza, la maggior parte è declinabile anche nella forma peculiare di intelligenza artificiale.

⁸ V. *infra*.

⁹ FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, 42.

di IA finisce per essere, paradossalmente, una definizione controfattuale, che descrive l'intelligenza artificiale come un insieme di tecnologie che consentono a dei software (ed eventualmente a degli *hardware*) di compiere attività che, se realizzate da uomini, sarebbero definite intelligenti. Ne deriva che l'intelligenza artificiale, allo stato, non può essere definita prescindendo dall'indagine sull'intelligenza umana e sui relativi prodotti¹⁰. Nondimeno, non si intende con tale rilievo prendere posizione sulla questione, che resta aperta e non può trovare soluzione in questa sede, circa la possibilità per le macchine intelligenti di *pensare* come gli esseri umani¹¹. Semplicemente, si vuole evidenziare che l'IA non può attualmente essere efficacemente definita in modo autonomo ed assoluto, ma soltanto secondo un approccio relazionale¹².

Alla difficoltà di definire l'IA si affianca, animando un dibattito destinato a divenire sempre più articolato, la difficoltà di stabilire se l'IA è un pericolo o un'opportunità. In realtà, nello scontro tra chi vede nell'intelligenza artificiale la panacea di tutti i mali dell'umanità e chi teme il sopravvento delle macchine intelligenti sull'uomo, probabilmente è nel giusto chi considera l'IA come uno strumento che, in quanto tale, non è né "buono" né "cattivo", la sua opportunità dipendendo, semplicemente, dall'uso che se ne fa. È stato autorevolmente sostenuto, infatti, che un utilizzo attento dell'intelligenza artificiale consente di favorire la realizzazione umana, dando modo agli individui di liberarsi da attività

¹⁰ Sembra confermare tale rilievo anche la nota definizione di IA offerta dall'Università di Stanford, rinvenibile in AA.VV., *Artificial Intelligence and life in 2030, One hundredyear study on "Artificial Intelligence"*, Stanford University, 2016. Secondo tale ricostruzione, l'intelligenza artificiale «è una scienza o un insieme di tecniche computazionali che vengono ispirate -pur operando tipicamente in maniera diversa- dal modo in cui gli esseri umani utilizzano il proprio sistema nervoso e il proprio corpo per sentire, imparare e agire».

¹¹ La possibilità di individuare, accanto ad un'IA debole, che si limita a riprodurre i risultati e gli esiti del comportamento umano intelligente, un'IA forte, in grado di produrre l'equivalente non biologico della nostra intelligenza, è al centro di un annoso dibattito. A chi sostiene che l'IA non potrà mai essere capace di agire come un cervello umano, evidenziando che è proprio il "divorzio" riuscito nell'infosfera tra l'agire e l'intelligenza a costituire il punto di forza dell'IA (in questo senso, FLORIDI, cit., ma cfr. anche MAIRA, *Intelligenza umana e intelligenza artificiale*, in *federalismi.it*, 2021, V ss; SCHNEIDER, *Artificial you. L'intelligenza artificiale e il futuro della tua mente*, Milano, 2020, 15 ss.) si contrappone chi evidenzia che «non è del tutto irragionevole descrivere i computer digitali come cervelli. [...] Se si accetta l'idea che il vero cervello, che si trova negli animali e in particolare negli esseri umani, sia una sorta di macchina, ne consegue che il nostro computer digitale opportunamente programmato si comporterà come un cervello» (TURING, *Computing machinery and intelligence*, in *Mind*, 1950, 433 ss.).

¹² In realtà, tale dato non deve stupire eccessivamente. In fin dei conti, l'espressione "intelligenza artificiale", nonostante la sua ampiezza e la sua conseguente indeterminazione, è comunque idonea a riflettere l'obiettivo di fondo di coloro che hanno avviato gli studi sull'IA. Come si legge nel Progetto di Dartmouth, infatti, «il problema dell'intelligenza artificiale è quello di far sì che una macchina agisca con modalità che sarebbero definite intelligenti se un essere umano si comportasse allo stesso modo».

meccaniche e ripetitive, dedicandosi così ad impegni di maggiore spessore intellettuale, culturale e sociale; così come si è rilevato che l'IA può essere messa al servizio dell'intelligenza umana, migliorando l'agire umano e favorendo, sul piano collettivo, la creazione di società più giuste. Allo stesso tempo, però, non può tacersi che si è anche sottolineato che un uso improprio dell'IA può risultare oltremodo pericoloso, ponendo rischi significativi sul piano individuale e collettivo, minacciando di schiacciare la dignità umana e disgregare le strutture sociali esistenti¹³.

In questo scenario, allora, affiora in modo chiaro l'esigenza di una disciplina dell'IA¹⁴ che, regolamentandone la progettazione e l'uso, consenta alle società contemporanee di godere dei benefici di questo nuovo complesso di tecnologie senza affrontarne i rischi o, comunque, limitandoli il più possibile¹⁵. L'impellenza di un quadro regolativo adeguato è massima sul fronte del mercato e del rapporto di lavoro, rispetto ai quali la rivoluzione tecnologica in atto ha una portata dirimpente, data la sua capacità di determinare un mutamento radicale dei profili professionali richiesti, di ridefinire le forme di lavoro tradizionali, di creare nuove forme di lavoro di controversa qualificazione e di accentuare alcuni profili di soggezione gerarchica del dipendente al datore di lavoro. Da un lato, infatti, il progressivo incremento dell'impiego dell'IA in ambito lavorativo impone la necessaria titolarità, da parte dei lavoratori, di adeguate *digital skills*, recando con sé il rischio di un'inevitabile obsolescenza delle competenze maturate prima della trasformazione digitale e, quindi, di una crescente "disoccupazione tecnologica"¹⁶. Da un altro lato, la rivoluzione tecnologica impatta su alcuni tratti tipici del rapporto di lavoro all'interno dell'impresa tradizionale¹⁷ e favorisce,

¹³ AA. VV., *AI4People – an ethical framework for a good AI society: Opportunities, risks, principles, and recommendations*, in *Minds and Machines*, 2018, 689 ss.

¹⁴ Descrive l'IA come una *utility* che il diritto ha il compito di regolamentare una volta maturata ZAPPALÀ, Voce *Intelligenza artificiale*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ (a cura di), *Lavoro e tecnologie*, cit., 133 ss.

¹⁵ Cfr. AGID, Task Force *IA*, *L'Intelligenza Artificiale al servizio del Cittadino*, 2019, disponibile in: <https://ia.italia.it/assets/librobianco.pdf>, in cui si legge che «l'Intelligenza Artificiale è allo stesso tempo un'innovazione tecnologica e sociale che può trasformare radicalmente il nostro mondo sia nel bene sia nel male. È necessario, quindi, accompagnarla con attenzione, governandola nella direzione che ci appare più giusta».

¹⁶ KEYNES, *Economic Possibilities for our grandchildren*, in *Essays in Persuasion*, New York, 1930, 358 ss.

¹⁷ Per un'indagine attenta sulle conseguenze dei mutamenti dell'organizzazione dei processi produttivi sui rapporti di lavoro nella *smart factory*, cfr. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Napoli, 2020, 193 ss., che sottolinea, in particolare, le significative ricadute dei nuovi modelli organizzativi sulla conformazione del potere direttivo, pur precisando che la trasformazione di quest'ultimo «non si spinge fino al suo snaturamento sul piano tecnico-giuridico: la collaborazione cui è chiamato il lavoratore non sfocia nel superamento della subordinazione». Sul punto cfr., altresì, BUTERA, *Industria 4.0 come progettazione partecipata di sistemi socioeconomici in rete*, in CIPRIANI - GRAMOLATI - MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta*

altresì, la diffusione, al di fuori di tale contesto, di forme di lavoro organizzate da piattaforme digitali¹⁸, ponendo in entrambi i casi interrogativi circa l'applicabilità della disciplina di tutela del lavoro subordinato e generando il pericolo di una progressiva de-umanizzazione delle relazioni umane¹⁹. Da un altro lato ancora, le nuove tecnologie moltiplicano esponenzialmente le concrete possibilità di controllo dei lavoratori²⁰ ed agiscono sovente in modo poco trasparente, col rischio di ledere la riservatezza dei lavoratori medesimi e di reiterare, consapevolmente o meno, forme tradizionali di discriminazione²¹.

Di una tale esigenza di regolazione sembra essere consapevole l'Unione europea, che a partire dalla Strategia per l'intelligenza artificiale per l'Europa²² del 2018 ha messo in campo, negli anni più recenti, un insieme di iniziative volte a garantire che l'auspicata diffusione dell'IA avvenga senza pregiudizio per i valori europei, in modo da far coesistere un ecosistema di eccellenza e un ecosistema di fiducia.

Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative, Firenze, 2018, 81 ss.; CORAZZA, *Industria 4.0: lavoro e non lavoro di fronte alla quarta rivoluzione industriale*, in *Econ. Lav.*, 2017, 15 ss.

¹⁸ Cfr. *ex multis*, DONINI, *Piattaforme*, in NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Torino, 2022, 25 ss. e l'ampia bibliografia ivi citata. Per un'indagine sulla variegata natura delle piattaforme digitali di lavoro e sulla loro attuale diffusione a livello mondiale, nonché sulle ricadute sull'assetto tradizionale dei rapporti di lavoro, cfr. ILO, *The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Geneva, ILO report, disponibile in: <https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/lang--3n/index.htm>.

¹⁹ Cfr. PICCININI - ISCERI, *IA e datori di lavoro: verso una e-leadership?* in *Lav. dir. Eur.*, 2021, 4 ss., che evidenziano come, nel contesto dell'economia digitale, tenda a sfumare «la presenza stessa del datore di lavoro che finisce per esercitare i propri poteri datoriali attraverso l'utilizzo di algoritmi o piattaforme digitali, allo scopo di assumere, dirigere, premiare e sanzionare il proprio personale, in tal modo delegando le funzioni gestionali ad agenti non umani».

²⁰ In TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, cit., 239 ss.; ID. *Fabbrica 4.0 e potere di "controllo direttivo"*, in RUSCIANO - GAETA - L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori*, in *Quad. dir. lav. merc.*, 443 ss., si evidenzia che l'incremento delle capacità di controllo dei lavoratori derivante dalle nuove tecnologie sta dando vita ad una variazione genetica dei poteri datoriali. In particolare, si segnala che è in atto una trasfigurazione del potere direttivo, che si confonde sempre più con il potere di controllo, originando un inedito potere di controllo 4.0 (anche definito "potere di controllo direttivo"), in grado di conformare i comportamenti dei dipendenti e di operare un loro costante e pervasivo monitoraggio, ponendo rischi per i diritti fondamentali dei lavoratori che la disciplina vigente, specie dopo la riforma dell'art. 4 St. lav., appare inidonea a fronteggiare. Sulle ricadute della rivoluzione digitale sul potere di controllo e sui diritti dei lavoratori, cfr., altresì, TULLINI, cit.; ID. *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 3 ss.

²¹ Cfr. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour Law Issues*, 2021, 3 ss.; PERUZZI, *Il diritto discriminatorio al test di intelligenza artificiale*; in *Labour Law Issues*, 2021, 62 ss.

²² L'intelligenza artificiale per l'Europa, COM (2018) 237 final.

Nella prospettiva dell'Unione, lumeggiata dal richiamato Libro bianco del 2020, la necessaria intensificazione dell'impiego dell'intelligenza artificiale nello spazio europeo non può prescindere dall'adozione di una disciplina che -nel consentire all'Europa di divenire *leader* mondiale in alcuni settori chiave come l'industria, la salute, i trasporti, la finanza, le catene del valore agro/alimentari, l'energia e l'ambiente- sappia soddisfare, insieme all'interesse delle imprese alla concorrenza nel mercato unico²³, l'interesse dei cittadini alla tutela dei loro diritti fondamentali e della loro sicurezza. La normativa già esistente, tanto a livello europeo quanto a livello nazionale, non è, infatti, ritenuta idonea a fronteggiare, da sola, le sfide specifiche poste dall'intelligenza artificiale, che richiedono interventi *ad hoc* e non meri adattamenti del materiale normativo vigente. Proprio questa consapevolezza risulta alla base della proposta di regolamento del 21 aprile 2021, cui è affidato il delicato compito di delineare un assetto di regole in grado di stare al passo con gli sviluppi repentini e non sempre prevedibili dell'evoluzione tecnologica.

3. Una “legge” sull'Intelligenza artificiale

La proposta di regolamento del 21 aprile 2021 (cd. Legge sull'intelligenza artificiale) costituisce, senza dubbio, il segno più tangibile del recente attivismo dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale. Attraverso tale atto, la Commissione intende porre le basi per il conseguimento di un ambizioso obiettivo: rendere l'Unione europea «un leader mondiale nello sviluppo di un'intelligenza artificiale sicura, affidabile ed etica»²⁴. Si conferma, così, la volontà di tenere insieme efficienza e fiducia. Questa scelta, che esprime un approccio diverso dell'Unione europea rispetto ai suoi *competitors* globali²⁵, è sicuramente tesa a preservare i valori fondamentali su cui si fonda la costruzione eurounitaria; nondimeno, è anche un'opzione strategica. La Commissione

²³ Evidenzia la «tensione inevitabile che vi è alla base stessa dell'idea di una UE che sviluppa il proprio sistema digitale sia per rafforzare il Mercato Unico che per irrobustire la sua capacità di competere a livello globale», PIZZETTI, *La proposta di Regolamento sull'IA della Commissione Europea presentata il 21.4.2021 (COM(2021)206 final) tra Mercato Unico e competizione digitale globale*, in *Diritto di internet*, 2021, 591 ss.

²⁴ Si esprime in questi termini il considerando n.5 della proposta di regolamento.

²⁵ La strategia statunitense e, soprattutto, quella cinese appaiono fortemente condizionate dalla preoccupazione che un approccio normativo eccessivamente precauzionale possa inibire lo sviluppo dell'IA, con importanti ricadute sul fronte economico e sulla sicurezza nazionale. In questi termini, CASONATO - MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 2021, 415 ss., i quali, nondimeno, rilevano che il passaggio dall'amministrazione Trump all'amministrazione Biden sembra aver posto le basi per «una politica meno preoccupata dal confronto con la Cina e più attenta a porre le basi, anche normative, per rendere la IA maggiormente rispettosa dei diritti fondamentali e della *rule of law*».

comprende che la fiducia dei consumatori e degli utenti sulle modalità con cui i dati sono trattati può accelerare l'adozione dell'IA, rendendo l'Unione fortemente attrattiva per coloro che intendono investire in questa nuova tecnologia (*rectius*: insieme di tecnologie).

Nella prospettiva europea, dunque, eccellenza e fiducia non sono obiettivi antitetici, bensì complementari. La loro realizzazione, tuttavia, non è di certo agevole. Le principali difficoltà sono indicate dalla stessa Commissione, che fa riferimento, *in primis*, all'arduo compito di dare vita ad un quadro giuridico al contempo solido e flessibile, che si riveli in grado di soddisfare due diverse esigenze: la completezza del dettato normativo e l'adeguamento costante della disciplina agli sviluppi della tecnologia. La soluzione approntata al riguardo dalla proposta di regolamento è decisamente interessante. Con riguardo alle previsioni che sono più esposte al rischio di rapida obsolescenza, si è scelto di affidare alla Commissione il compito di procedere alla revisione della disciplina, bypassando il procedimento legislativo ordinario altrimenti necessario. È questa l'opzione che si è accolta, in special modo, con riferimento alle principali norme definitorie. Lo stesso art. 3, che fa fronte al delicato compito di delineare la nozione di "sistema di intelligenza artificiale"²⁶, si avvale di questa tecnica normativa. La norma, infatti, nel sancire che un sistema di IA è un *software* «che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono»²⁷, precisa che, affinché tale *software* rientri nella categoria *de qua*, occorre che esso sia «sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I». Orbene, è proprio alla Commissione

²⁶ La scelta della Commissione di procedere alla definizione del "sistema di intelligenza artificiale" piuttosto che dell'intelligenza artificiale *tout court* è frutto, con ogni probabilità, di un approccio pragmatico, che bypassa il problema, di ordine squisitamente filosofico, relativo alla capacità delle macchine intelligenti di pensare alla stessa stregua degli esseri umani.

²⁷ La definizione di IA offerta dalla proposta di regolamento, pur riprendendo, per certi aspetti, la definizione recata dal Libro bianco del 2020, e pur basandosi sulla definizione elaborata, su richiesta della Commissione, dal Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale istituito nel 2018, non è pienamente sovrapponibile a nessuna di queste due definizioni, confermando la difficoltà di procedere alla delimitazione di una nozione esauriente e precisa di IA. Alcuni rilievi critici sulla definizione di IA contenuta nella proposta sono stati operati dal Parlamento italiano, che, nell'esprimere il proprio parere sul testo adottato dalla Commissione, ha invitato quest'ultima a valutare l'opportunità di intervenire sulla definizione di intelligenza artificiale, «al fine di stabilire un criterio di individuazione che ponga l'accento non solo sulla modalità tecnica di funzionamento del sistema informatico, ma anche sulle finalità e peculiarità proprie dello strumento, nonché sulla capacità di replicare funzioni, abilità e comportamenti propri delle persone». Si è, inoltre, rilevata la necessità di verificare di verificare «se talune tecnologie elencate nell'allegato I, come i sistemi statistici tradizionali e gli approcci modellistici che garantiscono spiegabilità e trasparenza, siano effettivamente riconducibili alla definizione più aggiornata dei sistemi di IA e al perimetro di applicazione del nuovo regime, nonché di evitare profili di incertezza giuridica». Il testo completo del parere del Parlamento italiano è rinvenibile su https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8364_2022_INIT&from=IT.

che il successivo art. 4 assegna il potere di adottare atti delegati idonei a modificare la configurazione originaria dell'allegato, adeguando il contenuto di quest'ultimo agli sviluppi tecnologici e di mercato²⁸. In questo modo, si punta ad aggiornare costantemente e, soprattutto, tempestivamente l'elenco delle tecniche e degli approcci sottesi ai sistemi di IA, sfruttando la maggiore rapidità di intervento della Commissione e sottraendosi, per questa via, alla lentezza del processo legislativo ordinario²⁹.

Altrettanto interessante si rivela la scelta di adottare un *risk-based approach*³⁰, volto a calibrare l'entità dei vincoli e delle limitazioni all'impiego dell'intelligenza artificiale sugli effettivi livelli di rischio per la sicurezza e i diritti fondamentali delle persone. L'Unione si dimostra, in tal modo, consapevole del fatto che la disciplina dell'IA non può prescindere dalla considerazione del carattere plurale e diversificato dei sistemi di intelligenza artificiale, i quali, ponendo rischi ed opportunità di diversa natura, precludono un approccio normativo unitario ed indifferenziato. Ciò spiega la scelta di individuare tre differenti livelli di rischio e di prevedere, per ognuno di essi, un trattamento *ad hoc*. In particolare, la proposta distingue tra sistemi di IA vietati (individuati dall'art. 5), sistemi di IA ad alto rischio (definiti dall'art. 6 ed a cui è dedicata la maggior parte delle previsioni della proposta) e sistemi di IA a rischio minimo (categoria residuale in relazione alla quale si prevedono soltanto limitati obblighi di trasparenza).

4. Segue. L'impiego dell'IA nella costituzione e nella gestione del rapporto di lavoro.

Focalizzando l'attenzione sui sistemi di IA ad alto rischio, nell'ottica del presente lavoro diviene fondamentale rilevare come la proposta di regolamento annoveri in tale categoria i sistemi impiegati nei settori dell'occupazione, della gestione dei lavoratori e dell'accesso al lavoro autonomo. Più in dettaglio, dall'Allegato II alla proposta si evince che sono considerati ad alto rischio:

a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l'assunzione o la selezione di persone fisiche, in particolare per pubblicizzare i posti vacanti, vagliare o filtrare le candidature, valutare i candidati nel corso di colloqui o prove;

b) l'IA destinata a essere utilizzata per adottare decisioni in materia di promozione e cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, per l'assegnazione dei

²⁸ Per sottolineare tale capacità di adeguamento, si parla, nei documenti di accompagnamento, di disciplina *future-proof*.

²⁹ Cfr., sul punto, CASONATO - MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, cit., 418 ss.; PIZZETTI, *La proposta di Regolamento sull'IA della Commissione Europea presentata il 21.4.2021 (COM(2021)206 final) tra Mercato Unico e competizione digitale globale*, cit., 594 ss.

³⁰ Cfr., al riguardo, DE GREGORIO - DUNN, *The european Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, in *Common Market Law Review*, 2022, 473 ss.

compiti e per il monitoraggio e la valutazione delle prestazioni e del comportamento delle persone nell'ambito di tali rapporti di lavoro³¹.

La qualificazione di sistema “ad alto rischio” comporta l’applicazione, nei confronti di quanti sono coinvolti nel relativo sviluppo e/o impiego³², dell’articolata disciplina dettata dal Titolo III. Dall’esame di quest’ultima, si ricava che l’approccio seguito dalla Commissione è nel senso di «ridurre i rischi connessi all’uso di IA attraverso un sistema di garanzie procedurali che richiama, per l’approccio di accountability nonché i meccanismi di compliance, verifica di conformità³³ e valutazione/gestione del rischio previsti, il percorso tracciato dal Regolamento sulla privacy per il trattamento dei dati»³⁴. Si promuove, dunque, una logica di stampo chiaramente preventivo³⁵, in cui assume un ruolo decisivo la

³¹ In un documento pubblicato il 28 maggio 2021 è rinvenibile su <https://www.etuc.org/en/document/commissions-proposal-regulation-artificial-intelligence-fails-address-workplace-dimension>, l’ETUC sostiene che la perimetrazione delle attività connesse al mercato ed al rapporto di lavoro da considerare ad alto rischio sia stata compiuta dalla Commissione in modo inadeguato, col rischio di sottrarre alla disciplina di tutela alcune importanti applicazioni dell’IA. Si evidenzia, dunque, la necessità di «*classify AI applications impacting workers’ rights and working conditions as high-risk and subject to appropriate regulation*».

³² Sono diversi i soggetti cui fa riferimento la proposta di regolamento; nella prospettiva che più ci interessa in questa sede, tuttavia, assume particolare rilievo, accanto alla figura del fornitore di IA, vale a dire colui che sviluppa il sistema di IA ovvero fa sviluppare lo stesso al fine di immetterlo sul mercato o metterlo in servizio con il proprio nome o marchio, la figura dell’utente, inteso quale persona, fisica o giuridica, che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità, tranne nel caso in cui tale sistema sia utilizzato nel corso di un’attività personale non professionale. Infatti, fatte salve le ipotesi in cui rientri nella figura del fornitore, il datore di lavoro che faccia impiego di macchine intelligenti dovrà essere qualificato come utente di IA, dovendo quindi assolvere agli obblighi individuati dall’art. 29 della proposta.

³³ La verifica di conformità dei sistemi di IA impiegati nei settori dell’occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo non è affidata, come accade per i sistemi impiegati in altri settori, ad un organismo terzo (cd organismo notificato), ma direttamente al fornitore. Come evidenziato da MARCHETTI - PARONA, *La regolazione dell’intelligenza artificiale: Stati Uniti e Unione europea alla ricerca di un possibile equilibri*, in *DPCEonline.it*, 2022, 249 ss., probabilmente la Commissione considera preferibile tale regime di autovalutazione, accompagnato da sanzioni severe per il caso di violazioni, sia rispetto ad una procedura di autorizzazione amministrativa, che presenterebbe lo svantaggio di rallentare l’ingresso dei sistemi di IA nel mercato, sia rispetto ad una verifica di conformità assegnata a soggetti verificatori terzi rispetto al fornitore. Nondimeno, esprimono seri dubbi sull’opportunità di questa scelta, ritenuta inidonea a salvaguardare i diritti fondamentali dei lavoratori, ALOISI - DE STEFANO, *Il nuovo Regolamento UE sull’intelligenza artificiale e i lavoratori*, 2021, disponibile in: <https://www.rivistaimulino.it/a/regolamento-ue-sull-intelligenza-artificiale-una-minaccia-alla-protezione-dei-lavoratori>, secondo i quali è anche «molto preoccupante che questa disposizione non sia stata oggetto di alcuna forma di dialogo sociale a livello UE, coinvolgendo le associazioni sindacali e dei datori di lavoro europee».

³⁴ In questi termini, PERUZZI, *Il diritto discriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit., 68.

³⁵ Non mancano, peraltro, nel corpo della proposta, previsioni di carattere sanzionatorio. Il riferimento va, in particolare, agli artt. 71 e 72, che affidano agli Stati membri il compito di definire, nel rispetto dei termini e delle condizioni ivi previste, sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive».

valorizzazione della trasparenza. L'obiettivo, infatti, è quello di fare luce sulla *black box*, rendendo meno imperscrutabili i processi decisionali delle macchine intelligenti, resi progressivamente più complessi dallo sviluppo delle tecniche di autoapprendimento (es. *machine learning*, *deep learning* e reti neurali)³⁶. È noto, del resto, che è proprio l'opacità che caratterizza il funzionamento delle macchine intelligenti a costituire la principale fonte di rischio per i lavoratori digitali, potendo «incidere sui loro diritti in materia di protezione dei dati e vita privata» e «perpetuare modelli storici di discriminazione, ad esempio nei confronti delle donne, di talune fasce di età, delle persone con disabilità o delle persone aventi determinate origini razziali o etniche o un determinato orientamento sessuale»³⁷.

Al fine di scongiurare tale pericolo³⁸, la proposta si affida, in particolare, alla previsione degli obblighi, gravanti sul fornitore, di predisporre una documentazione tecnica che dimostri il rispetto dei requisiti di conformità e di fornire all'utente istruzioni per l'uso del software. Più in dettaglio, l'art. 11 impone al *provider* di rendere palesi un novero ampio di elementi che sono alla base del funzionamento dei sistemi di IA indicando, tra l'altro, «la logica generale del sistema di IA e degli algoritmi, le principali scelte di progettazione [...] anche per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone sui quali il sistema è destinato a essere utilizzato; [...] gli aspetti che il sistema è progettato per ottimizzare e la pertinenza dei diversi parametri; [...] le metodologie e le tecniche di addestramento e i set di dati di addestramento utilizzati, comprese le informazioni sull'origine di tali set di dati, sul loro ambito di applicazione e sulle loro principali caratteristiche; [...] le procedure di convalida e di prova utilizzate; [...] gli impatti

³⁶ Per una disamina sintetica, ma precisa, delle diverse tecniche di intelligenza artificiale, cfr. TRAVERSO, *Breve introduzione tecnica all'Intelligenza Artificiale*, in *DPCEonline.it*, 2022, 155 ss.

³⁷ Si esprime in questi termini il Considerando n. 36 della proposta di regolamento.

³⁸ Tale pericolo è stato segnalato anche da un'interessante pronuncia della VI sezione del Consiglio di Stato (sent. n. 8472 del 13 dicembre 2019), che, pur riferita all'impiego dei sistemi di IA nell'attività della pubblica amministrazione, esprime un principio senz'altro generalizzabile e riferibile anche all'uso dell'IA in ambito lavorativo. In particolare, il giudice amministrativo evidenzia che «in molti campi gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in luce soprattutto negli ultimi anni da un'imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva. In tale contesto, le decisioni prese dall'algoritmo assumono così un'aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati. Peraltro, già in tale ottica è emersa altresì una lettura critica del fenomeno, in quanto l'impiego di tali strumenti comporta in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt'altro che neutre: l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli; da ciò ne consegue che tali strumenti sono chiamati ad operare una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati, in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza».

potenzialmente discriminatori»³⁹. L'art. 13, invece, obbliga il fornitore alla redazione di istruzioni per l'uso pertinenti, accessibili e comprensibili, volte a rendere note all'utente tutte le informazioni necessarie ai fini di un utilizzo del sistema di IA sicuro e privo di rischi.

Direttamente volte ad affrontare i rischi di discriminazione algoritmica sono, invero, anche le previsioni che stabiliscono il dovere di “addestrare”, convalidare e provare le macchine intelligenti con dati di alta qualità. La pertinenza, la rappresentatività, la correttezza e la completezza dei dati utilizzati in vista dell'immissione sul mercato o della messa in servizio dei sistemi di IA sono ritenuti elementi fondamentali per evitare distorsioni e trattamenti discriminatori. La centralità di tale obiettivo, nella prospettiva della Commissione, è testimoniata anche dalla previsione secondo cui, nella misura in cui ciò sia strettamente necessario al fine di garantire il monitoraggio, il rilevamento e la correzione delle distorsioni, i *providers* possono anche trattare le peculiari categorie di dati di cui all'art.9, par. 1, del regolamento in materia di *privacy*.

Tuttavia, la consapevolezza che gli strumenti delineati, per quanto importanti, non siano in grado, da soli, di eliminare tutti i rischi associati all'impiego dell'IA ha indotto la Commissione ad erigere un ulteriore baluardo a protezione dei diritti fondamentali di quanti interagiscono con i sistemi di intelligenza artificiale. Si è, infatti, stabilito che i *providers* dei software debbano assicurare che, durante l'uso dei sistemi di IA, sia attivo un sistema di sorveglianza umana dei dispositivi impiegati. In tal modo, si tenta di ridurre al minimo il rischio di errori e di *bias*. Per rendere tale *human oversight* realmente efficace, si dispone che il sistema di sorveglianza predisposto dal *provider* sia in grado di consentire all'utente di comprendere appieno le capacità ed i limiti del sistema di IA, di essere consapevole della possibile tendenza a cadere nella cd distorsione dell'automazione, facendo eccessivamente affidamento sull'output prodotto dal sistema, e, soprattutto, di essere in condizione di decidere di non usare il sistema e di arrestarne, in ogni momento, il funzionamento. Nondimeno, pur concordando con la dottrina che ha evidenziato «l'apprezzabile realismo»⁴⁰ della proposta di regolamento, non può negarsi l'esistenza di un *vulnus* nella disciplina elaborata dalla Commissione. Come immediatamente segnalato dai primi commenti sulla proposta, quest'ultima non prevede espressamente l'obbligo di fornire a dirigenti e manager la formazione ed i poteri necessari al fine di realizzare gli obiettivi assegnati alla sorveglianza e, inoltre, non tutela tali soggetti contro eventuali ritorsioni del datore di lavoro, risultando pertanto inidonea a «prevenire la paura

³⁹ V. art. 11 e Allegato IV, punti 2 e 3.

⁴⁰ In questi termini CASONATO - MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, cit., 429.

di conseguenze negative per i supervisor umani che respingano o decidano di non applicare i “suggerimenti” dei sistemi di IA ad alto rischio»⁴¹.

5. Profili di incoerenza dell'azione europea e tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori

L'ampio spazio di intervento della proposta di regolamento adottata dalla Commissione europea comporta inevitabili punti di contatto con la disciplina recata da altri atti dell'Unione, vigenti o in corso di approvazione, nonché con le previsioni di livello nazionale, determinando, allora, la necessità di verificare la coerenza di questo articolato complesso di norme.

Al riguardo, occorre considerare che, nell'*explanatory memorandum*, l'intreccio dei diversi blocchi regolativi è preso in considerazione dalla stessa Commissione, che evidenzia «l'assoluta coerenza» delle previsioni della proposta sia con le disposizioni vigenti sia con le altre disposizioni allo studio del legislatore europeo. In particolare, si rileva che è assicurata la coerenza con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; che «la proposta non pregiudica il regolamento generale sulla protezione dei dati (regolamento (UE) 2016/679)», arricchendolo «con una serie di regole armonizzate applicabili alla progettazione, allo sviluppo e all'utilizzo di determinati sistemi di IA ad alto rischio»; che la proposta «integra il diritto dell'Unione in materia di non discriminazione con requisiti specifici che mirano a ridurre il rischio di discriminazione algoritmica»; infine, che «sono garantite la coerenza e la complementarità rispetto ad altre iniziative in corso o previste dalla Commissione, volte anch'esse ad affrontare tali problemi»⁴².

Eppure, se si procede all'esame del testo della proposta di regolamento, la coerenza e la complementarità evocate dalla Commissione paiono meno evidenti, giustificando le perplessità di chi ha sin da subito notato «che le istituzioni europee sembrano [...] aver imboccato percorsi in parte divergenti, che non escludono sovrapposizioni ed un eventuale conflitto tra le regole dettate per la gestione algoritmica»⁴³.

Ad essere controverso è, in primo luogo, il rapporto tra la proposta *de qua* e la disciplina recata dal regolamento 2016/679 (d'ora in poi, GDPR)⁴⁴. C'è da

⁴¹ ALOISI - DE STEFANO, *Il nuovo Regolamento UE sull'intelligenza artificiale e i lavoratori*, cit.; TULLINI, *La nuova proposta europea sull'intelligenza artificiale e le relazioni di lavoro*, in *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2022, 99 ss., critica anche la scelta di non riconoscere ai lavoratori la possibilità di contestare o di rettificare gli impatti derivanti dall'utilizzo dell'AI sulle condizioni di lavoro.

⁴² In questi termini, i punti 1.1 ed 1.2 della Relazione introduttiva della proposta.

⁴³ TULLINI, *La nuova proposta sull'intelligenza artificiale e le relazioni di lavoro*, cit., 105.

⁴⁴ L'esigenza di un migliore coordinamento tra la proposta di regolamento e il GDPR è stata di recente segnalata anche nella memoria presentata alla Camera dei deputati dal Garante italiano per

chiedersi se, nella prospettiva della Commissione, il rispetto dei vincoli di ordine sostanziale e procedurale indicati nel documento attualmente allo studio del Consiglio e del Parlamento sia condizione non solo necessaria, ma anche sufficiente, per un legittimo esercizio del sistema di IA. Invero, qualora la proposta di regolamento si candidasse a divenire l'unica fonte di disciplina dell'utilizzo dei sistemi di IA, si avrebbero conseguenze importanti in punto di efficacia degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori. È vero che anche la proposta, come si è rilevato in precedenza, prevede la sorveglianza umana, ma va osservato che la disciplina ad essa dedicata pare meno solida rispetto a quella dettata dal GDPR, specie nella parte in cui, diversamente da quest'ultimo, non prevede espressamente che il titolare del trattamento attui «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»⁴⁵.

Implicazioni importanti si avrebbero, inoltre, anche sul fronte dell'applicabilità delle disposizioni nazionali recanti più elevati livelli di tutela dei lavoratori. L'efficacia diretta che assiste i regolamenti europei e, soprattutto, l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare le norme interne con essi contrastanti determinerebbero, infatti, l'impossibilità di dare attuazione alle previsioni nazionali che impongono restrizioni e limitazioni all'uso dell'IA ulteriori rispetto a quelle previste dalla proposta. Le conseguenze sarebbero senz'altro notevoli. Basti pensare che, con riguardo all'ordinamento italiano, si potrebbe giungere alla sostanziale vanificazione delle tutele -già attenuate dai recenti interventi di riforma- contemplate dall'art. 4 dello Statuto. Quest'ultimo, come è noto, consente l'impiego di strumenti di controllo a distanza solo in vista del soddisfacimento di specifiche esigenze del datore⁴⁶ e ne subordina l'installazione al raggiungimento di un accordo in sede sindacale o, in mancanza, a un'autorizzazione amministrativa. Orbene, tali limitazioni potrebbero venir meno in caso di approvazione della proposta elaborata dalla Commissione, finendo per ridimensionare lo spazio di intervento delle parti sociali nella gestione del ricorso ai sistemi di IA, laddove, proprio in tale contesto, è ormai sempre più avvertita la necessità di

la protezione dei dati personali, disponibile su <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9751565>. In particolare, si rileva che la proposta dovrebbe essere modificata prevedendo che l'immissione sul mercato del sistema di IA sia subordinata all'«osservanza della normativa europea nel suo complesso (dunque anche quella di protezione dati, ivi inclusi i principi di minimizzazione e *privacy by design*)».

⁴⁵ Art. 22, par. 3, Regolamento UE 2016/679

⁴⁶ A seguito della riforma introdotta dal D.lgs. 151/2015, la norma consente il ricorso a strumenti di controllo a distanza esclusivamente «per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale».

un'intensificazione del coinvolgimento dei sindacati e dei rappresentanti dei lavoratori in azienda⁴⁷.

Per quanto concerne, infine, il segnalato rischio di disallineamento tra la proposta di regolamento e gli altri interventi allo studio dell'Unione, il riferimento va soprattutto alla proposta di direttiva sulle condizioni di lavoro tramite piattaforma digitale⁴⁸. Sicuramente si tratta di proposte che operano su piani diversi, dal momento che la prima riguarda l'impiego dell'IA nella quasi totalità dei settori in cui può oggi avere applicazione, laddove la seconda regola l'impiego dell'intelligenza artificiale nell'ambito specifico del rapporto di lavoro tramite piattaforma. Eppure, non mancano spazi di sovrapposizione, soprattutto nella misura in cui entrambe le proposte affrontano il tema della sorveglianza umana e, quindi, della tutela dei soggetti che subiscono le decisioni delle macchine intelligenti. Se, come si è detto, la proposta di regolamento si presenta, sul punto, meno protettiva per i lavoratori rispetto al GDPR, ancora più evidente è la sua debolezza rispetto a quanto previsto dalla proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma. Quest'ultima, infatti, nell'ambito di un più ampio rafforzamento delle tutele dei *platform-workers*, non solo prevede che coloro che sono adibiti alla sorveglianza umana dispongano delle competenze necessarie per svolgere tale ruolo e siano protetti contro ritorsioni del datore di lavoro, ma dispone, altresì, che i lavoratori abbiano il «diritto di ottenere una spiegazione dalla piattaforma di lavoro digitale per qualsiasi decisione presa o sostenuta da un sistema decisionale automatizzato che incida significativamente sulle condizioni di lavoro» e «di chiedere alla piattaforma di lavoro digitale di riesaminare tale decisione»⁴⁹. Orbene, il disallineamento tra le due proposte rischia di riverberarsi, anche in questo caso, a danno dei lavoratori. La prevalenza accordata dal diritto dell'Unione, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Giustizia, alle norme che promuovono il funzionamento del mercato interno rispetto a quelle volte alla tutela dei diritti sociali potrebbe, infatti, sminuire la portata della proposta di direttiva. In definitiva, si pone il rischio che la proposta di regolamento, come è stato osservato, funzioni «come un tetto massimo piuttosto che come un livello minimo di protezione sul lavoro»⁵⁰.

⁴⁷ Cfr., sul punto, PICCININI - ISCERI, *IA e datori di lavoro: verso una e-leadership?*, cit.

⁴⁸ COM (2021)762. Per un'analisi della proposta, TULLINI, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in *Labour Law Issues*, 2022, 374 ss.; DE STEFANO, *The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work: an overview*, 2022, 1 ss.; ALAIMO, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, 639 ss.; BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Labour Law Issues*, 2021, 1 ss.

⁴⁹ In questi termini, l'art. 8 della proposta.

⁵⁰ ALOISI - DE STEFANO, *Il nuovo Regolamento UE sull'intelligenza artificiale e i lavoratori*, cit.

6. Conclusioni

L'intelligenza artificiale è una realtà del nostro tempo. Non vi sono seri motivi per dubitare che, negli anni a venire, questo nuovo complesso di tecnologie avrà una diffusione sempre più ampia ed estesa anche a settori attualmente non ancora coinvolti dalla rivoluzione in corso. L'Unione europea sembra consapevole di ciò e sta predisponendo una serie di misure volte a guidare la transizione in atto. Tra queste, come si è tentato di dimostrare, un ruolo eminente è rivestito dalla proposta di regolamento del 21 aprile del 2021. Pur non trattandosi di un intervento strettamente giuslavoristico, avendo una portata decisamente più ampia e non limitata a tale specifico ambito, la proposta ha, nondimeno, implicazioni rilevanti sul mercato e sul rapporto di lavoro. Da questo peculiare angolo visuale, la proposta ha il merito di considerare l'impiego dell'IA nel contesto lavorativo come "ad alto rischio", con la conseguente applicazione di tutte le limitazioni contemplate nel Titolo III, volte a tutelare la sicurezza e i diritti fondamentali delle persone.

Non può negarsi, tuttavia, che la proposta della Commissione pone complessi nodi interpretativi relativi alla sua relazione con gli altri interventi dell'Unione e con le previsioni di diritto interno. Con un'evidente eterogeneità dei fini, v'è il rischio che l'approvazione del regolamento, lungi dall'offrire certezza giuridica, determini la vigenza di un quadro regolativo di difficile decifrazione, con pregiudizio dello stesso sviluppo effettivo di un mercato unico in materia di IA.

Ancor più preoccupante, poi, è il pericolo che la disciplina recata dal testo adottato dalla Commissione, privilegiando le istanze del mercato rispetto agli interessi e alle esigenze dei lavoratori, prevalga sulla disciplina protettiva già esistente o allo studio del legislatore, determinando un inaccettabile arretramento delle tutele.

V'è, quindi, da auspicare che nel prosieguo dei lavori dinanzi al Consiglio e al Parlamento europeo si provveda ad un accorto *restyling* della proposta di regolamento. L'esigenza di intervenire sull'attuale configurazione del testo della proposta, del resto, risulta condivisa anche dal Parlamento italiano, che nel già citato parere reso all'Unione sulla proposta sottolinea efficacemente come occorra «migliorare le previsioni di coordinamento tra il nuovo regime e le altre discipline, sia a carattere orizzontale (quale il regolamento generale sulla protezione dei dati), sia di tipo settoriale (ad esempio le norme future in materia di finanza digitale e la proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali), al fine di evitare duplicazioni di oneri, o disallineamenti in grado di compromettere il raggiungimento dei rispettivi obiettivi, con particolare riguardo alla tutela dei diritti fondamentali».

INTELLIGENZA ARTIFICIALE, POTERI DATORIALI E TUTELA DEL LAVORO: RAGIONANDO DI TECNICHE DI TRASPARENZA E POLI REGOLATIVI[°]

Marco Peruzzi

*Professore Associato di Diritto del Lavoro
Università degli Studi di Verona*

Il contributo ha l'obiettivo di verificare quanto l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale da parte del datore di lavoro, nell'esercizio dei propri poteri di organizzazione del lavoro, incida sull'assetto regolativo applicabile a tutela dei lavoratori. A tal fine, l'analisi evidenzia il ruolo egemonico assunto dal sistema normativo sul trattamento dei dati personali, soprattutto rispetto al tema della trasparenza, e quanto le tecniche di trasparenza ivi previste possano essere funzionali al sindacato di legittimità sugli atti datoriali. Particolari criticità sono evidenziate soprattutto con riguardo all'ipotesi di utilizzo di sistemi di machine learning. In una prospettiva di ribilanciamento del sistema, in termini sia di assetto regolativo sia di organismi di vigilanza, l'analisi verifica la possibile incidenza del Regolamento sull'IA e la rilevanza della fonte interna di trasposizione della direttiva sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (d.lgs. n. 104/2022).

The essay aims to investigate on how the use of artificial intelligence systems by the employer, in the exercise of its powers of work organisation, affects the regulatory framework applicable to the protection of employees. To this end, the analysis highlights the leading role assumed by the regulatory system on the processing of personal data, especially with respect to the issue of transparency, and the extent to which the techniques of transparency laid down therein may serve the purpose of the legitimacy control on employer acts. Particular criticalities are pointed out especially as regards the use of machine learning systems. In a perspective of rebalancing the system, in terms of both regulatory structure and supervisory bodies, the analysis assesses the possible impact of the AI Regulation and the relevance of the internal source of implementation of the directive on transparent and predictable working conditions (delegated decree no. 104/2022).

Sommario:

1. Premessa
2. Tecniche di IA e parametri di trasparenza
3. Digitalizzazione e lavoro: la forza d'attrazione del polo regolativo concernente il trattamento dei dati personali
 - 3.1. Il ruolo egemonico del sistema normativo sul trattamento dei dati rispetto al tema della trasparenza
 - 3.2. Efficacia e limiti delle tecniche di trasparenza previste nel GDPR
 - 3.3. La combinazione delle tecniche di trasparenza con tecniche di agevolazione della prova e dell'azione in giudizio
4. L'(eventuale) incidenza del Regolamento IA sull'assetto normativo
5. La necessità di un ribilanciamento tra poli regolativi e organismi di vigilanza: l'importanza del d.lgs. n. 104/2022

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Premessa

L'obiettivo del presente contributo è riflettere su quanto l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale (IA) nell'organizzazione del lavoro incida sull'operatività delle tecniche di controllo del potere datoriale e in quali termini la tecnica della trasparenza possa risultare, in tale prospettiva, efficace per consentire a monte al lavoratore di sottrarsi alla situazione pregiudizievole in via di autotutela individuale conservativa ovvero a valle al giudice di effettuare il sindacato di legittimità.

L'analisi muove da alcune considerazioni preliminari relative alla definizione e qualificazione giuridica dei sistemi di IA per poi ricostruire le fonti regolative coinvolte, sovranazionali e interne, in vigore o in fase di elaborazione¹. Il percorso d'indagine permette di evidenziare il ruolo egemonico assunto su questo versante dalla disciplina sul trattamento dei dati personali - a conferma dell'attrazione esercitata da tale polo regolativo nel contesto della digitalizzazione, anche rispetto all'assetto normativo di tutela del lavoratore - e l'importanza in questa prospettiva del recente d.lgs. 30 giugno 2022, n. 104. Tale decreto, infatti, volto a recepire la dir. Ue 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili², andando oltre il dettato della fonte europea ha introdotto una regolamentazione specifica degli obblighi informativi datoriali in caso di utilizzo di procedimenti decisionali e di monitoraggio automatizzati. Come si evidenzierà nel corso della trattazione, la scelta del legislatore italiano, che da un lato declina le regole nel contesto del lavoro, anticipando, mutuando ed estendendo alcune proposte normative attualmente al vaglio delle istituzioni europee, dall'altro prevede una proiezione collettiva della tutela e una competenza di vigilanza in capo all'ispettorato, risulta particolarmente significativa in un'ottica di ribilanciamento tra poli regolativi e rafforzamento dell'autonomia della disciplina e delle tecniche di protezione lavoristiche in materia.

2. Tecniche di IA e parametri di trasparenza

Ai fini del ragionamento che si intende sviluppare si partirà dall'assunto secondo cui un sistema di IA può al momento considerarsi non tanto come possibile agente quanto come uno strumento dell'azione umana, "una forma di esercizio", un "registro" del potere³. Si farà, inoltre, riferimento alla definizione di IA adottata nella

¹ Regolamento Ue 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (*General Data Protection Regulation - GDPR*); Commissione europea, *Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale*, COM(2021)206 final.

² Direttiva Ue 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea.

³ CABITZIA, *Deus in machina? L'uso umano delle nuove macchine, tra dipendenza e responsabilità*, in FLORIDI - CABITZIA (a cura di), *Intelligenza artificiale. L'uso delle nuove macchine*, Milano-Firenze, 2021, 67-68; CRAWFORD, *The Atlas of AI. Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence*, New Haven, 2021. Rispetto al discusso tema della soggettività giuridica

proposta di Regolamento europeo in materia, una definizione ad ampio raggio⁴ che, rinviando a una vasta lista di approcci e tecniche, consente di includere nella categoria l'uso di algoritmi sia deterministici, sia non deterministici, sia di apprendimento automatico. Questa distinzione, riconducibile per lo più alla tripartizione contenuta nell'allegato I della citata proposta⁵, è necessaria e utile per comprendere le differenti caratterizzazioni dei sistemi rispetto ai requisiti di prevedibilità del risultato, comprensibilità del modello e spiegabilità della decisione.

Gli algoritmi deterministici seguono un approccio basato sulla logica e regolano un processo decisionale non soltanto comprensibile e spiegabile, ma anche dal risultato prevedibile *ex ante*: la sequenza di regole di inferenza, infatti, a parità di dati d'ingresso, può condurre a un solo possibile percorso e un solo possibile risultato. Differentemente, gli algoritmi non deterministici, applicando un metodo statistico/probabilistico, regolano un processo decisionale che, per quanto tracciabile e ricostruibile *ex post* se le scelte non deterministiche sono memorizzate, non è prevedibile *ex ante*: almeno una delle istruzioni di cui tale processo si compone è aperta a una pluralità di possibili passaggi successivi, «ognuno dei quali ha una certa probabilità di essere scelto»⁶. Tale potrebbe essere

dell'agente digitale e a quello connesso della responsabilità da algoritmo cfr., *ex multis*, TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2018; RUFFOLO, *Le responsabilità da produzione e gestione di intelligenza artificiale self-learning*, in ID. (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 131; COSTANZA, *Impresa robotizzata e responsabilità*, in RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, 107.

⁴ Cfr. ZAPPALÀ, *Voce Intelligenza artificiale*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologia. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, 2022, 133 ss.

⁵ La definizione di IA contenuta nella proposta di Regolamento è oggetto di numerose proposte di emendamento sia in seno al Consiglio sia in seno al PE. Si può segnalare che nel testo della proposta congiunta Benifei-Tudorache che guida la discussione nel PE, la definizione è rimasta per lo più invariata, venendo rimossa la specifica che l'IA debba perseguire obiettivi definiti dall'uomo, ed è lasciata inalterata la lista di approcci e tecniche di cui all'allegato I. Diversamente, nel testo di compromesso presentato da ultimo dalla presidenza ceca del Consiglio a luglio 2022 si propone, con netta differenza rispetto ai precedenti testi, di eliminare l'allegato I, onde sottrarre alla Commissione margini di intervento sul suo contenuto, e di spostare nei considerando i riferimenti di dettaglio alle tecniche di IA incluse nell'ambito di applicazione del Regolamento. In particolare, si prevede che la definizione comprenda approcci di *machine learning*, da un lato, e approcci basati sulla logica e conoscenza, dall'altro, ed escluda invece i sistemi che utilizzino regole definite esclusivamente da persone fisiche per eseguire automaticamente le operazioni (cons. 6). Si segnala che gli approcci di *machine learning* citati corrispondono a quanto prima incluso nella lettera a) dell'allegato, mentre gli approcci basati sulla logica e conoscenza alla lettera b). Le tecniche previste nella lett. c) dell'allegato sono ora individuate come metodi utilizzabili nel contesto dell'apprendimento automatico. Rinviando ad altra sede un esame più compiuto di questa possibile linea di aggiornamento, si può invitare a riflettere sul fatto che, ferma la necessità di distinguere a seconda che il modello che governa il processo decisionale sia definito da regole predeterminate in fase di programmazione dell'algoritmo o sia invece generato durante la fase di addestramento e di apprendimento automatico, da un lato potrebbe risultare problematico tracciare l'area dei *software* "esclusi", dall'altro gli algoritmi non deterministici possono operare anche in contesti differenti dal *machine learning*.

⁶ AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, 7.

un algoritmo che calcola, per una determinata prestazione, una stima del tempo necessario, con agganciato in successione un algoritmo deterministico che assegni un punteggio in base alla puntualità della consegna. In linea generale, la categoria degli algoritmi non deterministici (se non inseriti all'interno di un modello di apprendimento automatico) può essere annoverata tra i sistemi comprensibili e spiegabili.

Gli algoritmi di apprendimento automatico si differenziano dalle categorie precedenti in quanto il modello che governa il processo decisionale non è definito, in questo caso, da regole predeterminate in fase di programmazione dell'algoritmo stesso, ma è generato durante la fase di addestramento. Il funzionamento del sistema si basa certamente sull'esecuzione di un «algoritmo addestratore», scritto in linguaggio di programmazione, in sé intellegibile, che consegna alla macchina un «metodo di apprendimento»⁷. Dall'analisi automatizzata dei cd. *training data*, ossia delle informazioni immesse o raccolte durante la fase di allenamento, il sistema estrae, seguendo un processo induttivo, l'«algoritmo addestrato», lo adegua e ottimizza progressivamente. «Impara» così la regola, il modello matematico-numerico, che garantisce in termini probabilistici la migliore utilità attesa e che andrà a governare poi, nella fase di esecuzione vera e propria, lo svolgimento di un certo compito, ossia la procedura di determinazione dell'output. È proprio all'interno di questa categoria che la capacità del sistema algoritmico di eseguire un processo decisionale senza l'intervento umano passa da una dimensione di mera automazione, dove l'operato del sistema rimane predefinito e vincolato da regole codificate in sede di programmazione oltre che circoscritto ai confini della rappresentazione formale della conoscenza fornita⁸, a proprietà maggiormente associabili al concetto di «autonomia»⁹.

Le modalità di apprendimento automatico possono essere varie (apprendimento supervisionato, non supervisionato, per rinforzo). Se la problematica dell'opacità algoritmica (cd. effetto *black box*) si riscontra preminentemente all'interno di questa tipologia di approcci di IA, non tutti presentano una carenza di comprensibilità e spiegabilità o il medesimo grado di opacità. Si è osservato, ad esempio, come nel caso dell'apprendimento supervisionato - dove l'addestramento avviene sulla base di un insieme di dati precedentemente etichettati, contenente tutti gli elementi che si ritiene caratterizzino il fenomeno da analizzare, già distinti in variabili di ingresso e

⁷ CARULLO, *Decisione algoritmica e intelligenza artificiale*, in *Dir. inform.*, 2021, 439; SARTOR - LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 69; MERONE, *Fondamenti di machine learning e applicazioni giuridiche*, in GIORDANO - PANZAROLA - POLICE - PREZIOSI - PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, Milano, 2022, 1045.

⁸ SARTOR - LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, cit., 68.

⁹ GABBRIELLI, *Dalla logica al deep learning: una breve riflessione sull'intelligenza artificiale*, in RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza artificiale*, cit. 29.

valori di uscita - alcune tecniche possano considerarsi *transparent by design*, quantomeno per il soggetto esperto¹⁰.

L'opacità si intensifica laddove l'approccio di apprendimento automatico sia associato all'uso di reti neurali artificiali, in termini proporzionali alla quantità di strati di unità di elaborazione interconnesse. In caso di *deep learning*, in particolare, il modello può accedere a un qualche livello di comprensibilità e spiegabilità solo eventualmente attraverso tecniche esterne applicate *ex post*, cd. metodi di *Explainable AI - XAI*, con conseguente tensione tra costi e benefici derivanti dal suo utilizzo.

3. Digitalizzazione e lavoro: la forza d'attrazione del polo regolativo concernente il trattamento dei dati personali

Come evidenziato in premessa, l'obiettivo del presente percorso d'analisi è quello di verificare quanto la tecnica della trasparenza possa incidere sull'operatività delle tecniche di controllo dei poteri datoriali laddove l'organizzazione del lavoro si avvalga di procedimenti decisionali automatizzati e approcci di IA. Si è già potuto anticipare come il recente intervento in materia da parte del d.lgs. n. 104/2022 possa essere valutato in termini positivi in un'ottica di ribilanciamento dell'asse del sistema normativo, altrimenti fortemente spostato, anche per quanto riguarda la tutela dei lavoratori, nell'alveo della disciplina sul trattamento dei dati personali.

Prima di entrare nel merito di tali profili, l'analisi deve, d'altra parte, muovere dalla considerazione che in un contesto di organizzazione del lavoro inciso dall'utilizzo di sistemi di IA il polo regolativo della *privacy* non solo si presenta di inevitabile applicazione, ma può assumere altresì in alcuni casi un carattere assorbente rispetto all'individuazione delle stesse tecniche di limitazione del potere datoriale.

L'inevitabilità del passaggio deriva dalla combinazione di due fattori. Il primo è costituito dal binomio datificazione/digitalizzazione: per funzionare, il sistema di IA necessita di dati e questo impone, anzitutto, che le caratteristiche dell'ambiente con cui tale sistema interagisce siano misurabili, associabili a una quantità numerica, a metriche collegate da una specifica relazione di ordine; e impone poi che tali dati siano convertiti nel codice macchina, in un linguaggio di programmazione che li renda utilizzabili dal *software*. Questa circostanza interagisce con un secondo fattore, di carattere giuridico, ossia la previsione, in

¹⁰ ARRIETA - DÍAZ-RODRÍGUEZ - DEL SER - BENNETOT - TABIK - BARBADO - GARCIA - GIL-LOPEZ - MOLINA - BENJAMIN - CHATILA - HERRERA, *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, taxonomies, opportunities and challenges toward responsible AI*, in *Information Fusion*, 2019, 94. Nei termini descritti, anche questo sistema di machine learning ha quindi un ambito di azione circoscritto dall'etichettatura dei dati.

seno alla normativa europea di tutela della *privacy*, di una nozione di dato personale molto ampia e flessibile, un'ampiezza tale da aver indotto parte della dottrina ad affermare che nel contesto di applicazione delle nuove tecnologie "guidate dai dati" il GDPR si candida a diventare "*the law of everything*"¹¹ (ma per quanto riguarda l'esclusione da tale nozione dei *big data* anonimizzati implicati nei processi automatizzati, v. *infra*).

Se, per le ragioni anzidette, il passaggio dal livello normativo della disciplina sul trattamento dei dati si presenta quasi come obbligato, il ruolo assunto da tale disciplina nella ricostruzione delle tutele del lavoratore nei confronti del potere datoriale, nel contesto digitalizzato, risulta centrale e tale da rivelare uno spostamento del baricentro del sistema normativo di protezione nel suo alveo. Questo non solo perché, almeno fino al d.lgs. n. 104/2022, il GDPR costituiva la fonte di riferimento per quanto attiene alle tecniche di trasparenza collegate ai procedimenti decisionali automatizzati. Tuttora tale disciplina presenta, altresì, un carattere assorbente rispetto alle fonti di matrice giuslavoristica nella definizione degli stessi limiti alle prerogative datoriali con riguardo all'esercizio del potere di controllo (tecnologico).

Nonostante, infatti, la previsione di specifici punti di dialogo e raccordo bidirezionale tra le fonti (dagli artt. 113 e 114 d.lgs. n. 196/2003 agli artt. 4 e 8 dello Statuto dei lavoratori, e viceversa dall'art. 4, comma terzo, dello Statuto al

¹¹ PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law, Innovation and Technology*, 2018, 40-81; BYGRAVE - TOSONI, *Article 4(1). Personal Data*, in KUNER - BYGRAVE - DOCKSEY (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Oxford, 2020, 103; termini più moderati, ma nella medesima prospettiva, GELLERT, *Personal data's ever-expanding scope in smart environments and possible path(s) for regulating emerging digital technologies*, in *International Data Privacy Law*, 2021, 196. L'ampiezza della nozione è qualificata, in particolare, dall'interpretazione del nesso di collegamento tra dato e persona, integrabile non solo al ricorrere di un elemento di "contenuto", ma altresì qualora il dato sia usato o possa probabilmente essere usato al fine di valutare, trattare in un determinato modo o influire sullo stato o sul comportamento di una persona; ovvero anche qualora sia presente un elemento di "risultato" e quindi l'impiego del dato possa avere un impatto, anche non voluto, sui diritti e sugli interessi di una persona. Si pensi, per raccogliere gli esempi indicati dal gruppo di lavoro *ex art. 29*, all'utilizzo dei dati di uno strumento/macchinario per valutare i tempi e le modalità di utilizzo dello stesso da parte di un lavoratore o alla possibilità di trarre dai dati di un sistema di geolocalizzazione informazioni sulle tempistiche di svolgimento della prestazione. Cfr. Gruppo di lavoro *ex art. 29*, Parere 4/2007 sul concetto di dati personali, 01248/07/IT WP 136; Case C-434/16 *Peter Nowak v Data Protection Commissioner* [2017] ECLI:EU:C:2017:994. L'ampiezza della nozione è, altresì, qualificata dall'interpretazione del concetto di soggetto (anche solo indirettamente) identificabile e dalle criticità evidenziate in dottrina circa l'effettiva possibilità di escludere dati pur anonimizzati dall'ambito di applicazione del GDPR, in un contesto di interconnettività tale da rendere sempre più complicato impedire la reversibilità del processo di anonimizzazione. Cfr. OHM, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, in *UCLA Law Review*, 2010, 1701; VRABEC, *Data Subjects Rights under the GDPR*, Oxford, 2021; CIMAROSSA, *La tutela dei dati non personali nel Regolamento UE n. 2018/1807*, in GIORDANO - PANZAROLA - POLICE - PREZIOSI - PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit., 73.

d.lgs. n. 196/2003 e GDPR), il ruolo assorbente che il sistema normativo sul trattamento dei dati può assumere nel contesto della disciplina del potere di controllo si evidenzia nel momento in cui si consente l'esonero dal vincolo procedurale dell'accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa in ipotesi di qualificabilità dello strumento, che può veicolare il controllo, come strumento di lavoro¹². Ipotesi estremamente probabile in un contesto di organizzazione digitalizzata. Poco lontano porta peraltro il tentativo di restringere le maglie di questa deroga facendo affidamento sul criterio del nesso di stretta indispensabilità tra strumento e svolgimento della prestazione, se è vero che tale caratteristica dipende ed è condizionata da una scelta organizzativa adottata a monte dal datore, sottratta a ogni valutazione di merito¹³.

Rinviando ad altra sede una compiuta disamina del profilo, si consenta di osservare, rispetto all'attrazione assorbente esercitata dalla normativa sul trattamento dei dati, come, da un lato, alla stessa non pare corrispondere un'adeguata valorizzazione dei possibili rimedi esperibili a fronte della violazione delle regole sulla *privacy*, che tende a rilevare, nella domanda del lavoratore, solo in funzione dell'invalidazione della sanzione disciplinare, derivante dall'inutilizzabilità delle informazioni acquisite, e non anche ai fini di una richiesta di risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 82 GDPR¹⁴. Dall'altro lato, proprio facendo perno sui dispositivi di tutela del GDPR, in particolare sul principio di limitazione della finalità del trattamento, è possibile addivenire a un'interpretazione restrittiva dell'art. 4, comma terzo, dello Statuto, tale da limitare l'utilizzo delle informazioni acquisite al solo ambito corrispondente alla base giuridica del trattamento che ne ha all'origine legittimato la raccolta, anche

¹² Cfr. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 300/2016; NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Napoli, 2018; TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, in FIORILLO - PERULLI (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino, 2017.

¹³ Anche TULLINI evidenzia che «nella *smart factory* pressoché tutti gli apparati tecnologici sono finalizzati alla realizzazione dell'attività lavorativa e "utilizzati per rendere la prestazione", potendo così fruire dell'esonero dai vincoli posti all'esercizio del potere datoriale» (*La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in ID. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 18). Cfr. sul punto l'esempio di Amazon presentato da INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Bari, 2018, spec. 174.

¹⁴ CESTER, *La responsabilità civile e il risarcimento del danno per la violazione della privacy nell'impresa*, in PISANI - PROIA - TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, 2022, 665; PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Torino 16-17 giugno 2022.

laddove si tratti di porle a fondamento di una contestazione/sanzione disciplinare¹⁵.

3.1. Il ruolo egemonico del sistema normativo sul trattamento dei dati rispetto al tema della trasparenza

Nel contesto della digitalizzazione, lo spostamento dell'asse delle tecniche di tutele del lavoro nell'alveo del sistema normativo sul trattamento dei dati si ricollega anche al ruolo egemonico dallo stesso esercitato, almeno fino al recente d.lgs. n. 104/22, rispetto al tema della trasparenza¹⁶, tema centrale laddove ricorra una gestione algoritmica dell'organizzazione, sia perché impone la predisposizione di specifiche misure a diretta protezione della dignità del lavoratore, sia perché fornisce gli strumenti per permettere l'operatività delle tecniche di controllo dei poteri datoriali previsti da fonti giuslavoristiche.

In sintesi, dall'articolato normativo del GDPR (artt. 13, 14, 15 e 22), letto alla luce dei *considerando* 63 e 71 nonché delle linee guida del Gruppo di lavoro *ex art.* 29, si evince il diritto del lavoratore a ricevere od ottenere informazioni significative sulla logica cui risponde il processo decisionale automatizzato, non solo in termini di comprensibilità *ex ante* del suo funzionamento, ma anche con riguardo alla spiegabilità *ex post* della decisione raggiunta, presupposto necessario peraltro perché possa essere esercitato il diritto di opposizione alla stessa e di riesame umano previsto dall'art. 22¹⁷. La declinazione di tali caratteri in rapporto al destinatario è distintamente tenuta in considerazione all'art. 12, laddove si dispone che tutte le informazioni e comunicazioni relative al trattamento siano fornite «in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro».

Si può osservare come, all'interno del sistema del GDPR, le tecniche di tutela riconducibili all'interesse alla trasparenza alimentino posizioni soggettive in capo

¹⁵ Cfr. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori*, Torino, 2020; TULLINI, *Controllo tecnologico nell'impresa e protezione dei dati personali dei lavoratori*, in GIORDANO - PANZAROLA - POLICE - PREZIOSI - PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit., 377.

¹⁶ Cfr. sul punto CARUSO - ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro 'tridimensionale': valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze, 2022, 29. In particolare, gli autori evidenziano come «sotto la spinta della regolazione europea, destinato a produrre significative aree di intervento protettivo nei confronti del lato oscuro della tecnologia, si staglia il principio della 'umanizzazione' e della trasparenza dei trattamenti automatizzati produttivi di effetti giuridici che incidono sulla persona». Pur trattandosi «di un principio di matrice non strettamente lavoristica», trovando sede appunto all'interno del GDPR, potrebbe acquisire «rilevanti spazi di applicazione e di declinazione nel diritto del lavoro dell'economia digitalizzata» (p. 54).

¹⁷ PAGALLO, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Riv. fil. dir.*, 2020, 93.

al lavoratore di cui si accentua la funzionalità alla diretta tutela della dignità¹⁸. Ciò è tanto più rilevante nel contesto della digitalizzazione, dove si incrementa il dato di opacità nella raccolta e nel trattamento dei dati e nella logica che muove il loro utilizzo all'interno di un processo automatizzato in grado di incidere sulla posizione e sulla persona del lavoratore. Soprattutto laddove si consideri che il sistema digitale, nell'assolvere la funzione organizzativa e direttiva assegnatagli dall'autorità imprenditoriale, «precostituisce di per sé un'architettura» nella quale diventano sempre meno evidenti, si potrebbe dire meno «coscienti», le prerogative datoriali esercitate¹⁹. In questa prospettiva, diventa tanto più attuale la lettura che già parte della dottrina a metà degli anni Novanta indicava, secondo cui nelle posizioni soggettive riguardanti la conoscenza e l'informazione l'attributo di strumentalità, di propedeuticità rispetto a obiettivi ulteriori, sarebbe riduttivo «se sottolineasse il solo nesso fra questa tutela ed altri interessi, di cui il primo fosse servente, cioè un semplice stadio intermedio e prodromico alla realizzazione di diverse esigenze»²⁰. Tali posizioni soggettive sono da valorizzare, anzitutto, nella loro diretta funzionalità alla tutela della dignità del lavoratore, nella misura in cui permettono di contemperare la «supremazia economica datoriale» evitando che «che il dipendente sia mero destinatario di strategie occulte, delle quali non possa discernere il divenire e le finalità»²¹.

È anche vero che, come anticipato, le tecniche di tutela della trasparenza forniscono altresì gli strumenti per mettere il lavoratore sia nella condizione di adempiere con esattezza, sia anche di pretendere con esattezza l'adempimento altrui²². In tal senso, permettono l'operatività delle tecniche di controllo del potere datoriale, basate sui limiti esterni previsti da fonti giuslavoristiche, siano essi specifici o trasversali (divieto di discriminazione e obbligo di sicurezza), ovvero

¹⁸ Da segnalare che ai sensi dell'art. 115 d.lgs. n. 196/03, nell'ambito del lavoro agile il datore è tenuto a garantire al lavoratore il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale.

¹⁹ Cfr. al riguardo TULLINI, *La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo*, in *Lav. dir.*, 2021, 442; TEBANO, *Voce Controlli digitali*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 49 ss.; NOVELLA, *Impresa*, in NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Torino, 2022, 5 ss.

²⁰ GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, 1996, 213.

²¹ IBIDEM, 212.

²² Cfr. BALANDI, *L'informazione nei rapporti di lavoro e sindacali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 748; FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Milano, 2007. Molteplici sono i dubbi sollevati da TULLINI rispetto all'effettività del *right of explanation* nel contesto digitalizzato: «il criterio di trasparenza (in tutte le sue declinazioni) consente al lavoratore di azionare una posizione soggettiva intermedia rispetto al soddisfacimento del bene della vita, che resta però difficilmente attingibile. In pratica si evocano le c.d. posizioni strumentali, [...] con esiti [...] poco riproducibili nell'*habitat tecnologico*» (*La questione del potere nell'impresa*, cit., 436). Peraltro, «la cultura della "spiegazione" del funzionamento dell'algoritmo sconta un'asimmetria informativa e un difetto di competenza a scapito dei non addetti che è realisticamente difficile da compensare» (*La questione del potere nell'impresa*, cit., 443).

derivanti dalla valorizzazione dei principi generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto.

3.2. Efficacia e limiti delle tecniche di trasparenza previste nel GDPR

Al netto della necessità di bilanciare il diritto alla trasparenza, funzionale al diritto al contraddittorio, con il diritto d'autore sul *software* e di segreto industriale, anch'essi protetti da fonti di matrice europea²³, le tecniche di tutela predisposte all'interno del GDPR assumono comunque diversi gradi di efficacia, rispetto a entrambi i profili citati nel paragrafo precedente, a seconda del tipo di algoritmo eseguito nel processo decisionale, risultando in particolare molto problematica detta efficacia in caso di modelli di *machine learning*, specie se basati su reti neurali.

Si deve, peraltro, evidenziare che nella prospettiva di funzionalità al sindacato sul rispetto dei vincoli al potere datoriale, il limite della tecnica della trasparenza non si riscontra tanto - o quantomeno non solo - sotto il profilo della comprensibilità del modello e della spiegabilità dell'output: si può, infatti, ritenere che la carenza di tali proprietà ricada comunque sul datore, in termini o di costi necessari per l'applicazione delle misure di XAI o di responsabilità conseguenti alla violazione del principio di *accountability* sotteso alla normativa del GDPR.

Il limite si ricollega soprattutto al fatto che il modello algoritmico ottenuto attraverso tecniche di apprendimento automatico non può essere decodificato secondo connessioni lineari di causalità e consegna decisioni che possono al più considerarsi razionali limitatamente ai dati che il sistema ha a disposizione, nella fase di apprendimento e di esecuzione.

In tal senso, nel contesto del sindacato sul rispetto dei limiti esterni al potere datoriale²⁴, sarebbe rischioso individuare nell'output consegnato da un algoritmo di apprendimento automatico una garanzia di razionalità strumentale dell'atto datoriale rispetto a una casuale tipica, della «corrispondenza funzionale con l'interesse creditorio in vista del quale il potere ha trovato riconoscimento giuridico», della «dimensione causale-funzionale» che lo deve caratterizzare» e che «impone adeguatezza e congruenza tra i mezzi ed i fini dell'azione, affinché

²³ Cfr. dir. 2009/24/CE, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, recepita in Italia nella legge sul diritto d'autore n. 633/41; dir. 2016/943/UE, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, recepita nel d.lgs. n. 30/2005, cd. codice della proprietà industriale.

²⁴ Cfr. al riguardo l'osservazione di TULLINI, secondo cui «la razionalità tecnico-produttiva che era stata incanalata nella definizione delle causali tipiche del potere non è più identificabile con la razionalità umana sulla quale cadeva l'enfasi della teoria economica classica. Si avverte intuitivamente che gli spazi di agibilità aumentano perché l'intelligenza artificiale può dispiegare una capacità anticipatrice, predittiva e dispositiva» (*La questione del potere nell'impresa*, cit., 435).

l'amministrazione del rapporto di lavoro si svolga in maniera corretta, equilibrata, funzionale, secondo vincoli interni di razionalità teleologica»²⁵.

Parimenti, laddove si tratti di vagliare il rispetto del divieto di discriminazione, sarebbe rischioso basare sulla predizione di un algoritmo di *machine learning* il controllo di proporzionalità²⁶ tipico dell'accertamento della fattispecie discriminatoria, in particolare con riguardo alla sussistenza delle giustificazioni alla discriminazione indiretta o dell'eccezione al principio di parità collegata al requisito essenziale. Si pensi, in particolare, al controllo di appropriatezza, che richiede di accertare il nesso di causalità tra le scelte datoriali e il fine, e a quello di necessità, volto a verificare l'indispensabilità e infungibilità della scelta.

Analoga problematicità si riscontrerebbe in una sovrapposizione che individuasse *de plano* nella predizione algoritmica un parametro a cui fare affidamento per dare applicazione al criterio della buona fede *in executivis* nella valutazione di congruità, logicità e razionalità degli atti di esercizio del potere direttivo²⁷. Al contrario, la dottrina evidenzia come sia proprio l'applicazione del principio di buona fede a rafforzare la necessità che il principio di supervisione umana contenuto nel GDPR (e nella proposta di direttiva sul lavoro su piattaforma digitale, v. *infra*) sia «concretamente "procedimentalizzato" nell'ambito dei rapporti di lavoro»²⁸.

²⁵ PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 87-88. Cfr. MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in ID. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Tomo secondo, *Diritti e obblighi*, Padova, 2012, 1271; ZOLI, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. dir.*, 1997, 241.

²⁶ PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, cit.

²⁷ Cfr. rispetto a questa interpretazione e applicazione del principio di buona fede nel rapporto di lavoro, PERULLI, *Potere direttivo e suoi limiti generali*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm. (aggiorn.)*, Torino, 2009, 850; ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano, 1998, 212. Sul tema, cfr. *ex multis*, FIORILLO, *Obblighi del lavoratore*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm. (aggiorn.)*, Torino, 2009, 501; CESTER - MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Milano, 2007; MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 727; PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1995, 138; TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990.

²⁸ Come evidenzia ZAPPALÀ, «nella prospettiva lavoristica, occorre riflettere a fondo sui possibili meccanismi di una applicazione diretta dell'articolo 22 [...] o mediata dalle clausole generali di buona fede e correttezza». In particolare, l'autrice invita a riflettere su come e in che misura il principio di supervisione umana contenuto nel GDPR e nella proposta di direttiva sul lavoro su piattaforma digitale possa essere «concretamente "procedimentalizzato" nell'ambito dei rapporti di lavoro, anche alla luce del principio di buona fede *in executivis*», nel solco dell'elaborazione giuslavoristica sul tema delle clausole generali e in particolare della buona fede, in funzione di controllo dei poteri datoriali e di consolidamento delle «garanzie nei confronti dei soggetti che, per la loro collocazione all'interno del processo produttivo, siano più esposti al pericolo di violazione di beni personali, quali appunto la sicurezza e la dignità» (Voce *Human oversight*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*,

Infine, come anticipato, i limiti delle tecniche di trasparenza previste dal GDPR si ricollegano anche al fatto che la razionalità delle decisioni prese dal modello algoritmico ottenuto attraverso tecniche di apprendimento automatico è relativa al set di dati utilizzato e, quindi, strettamente legata alla qualità e quantità di dati immessi o raccolti²⁹. In tal senso, la dottrina evidenzia i limiti di misure che legano il profilo della spiegabilità alla “logica utilizzata” dall’algoritmo e non anche ai *big data* su cui il processo automatizzato fonda l’esito finale e limitano i diritti dell’interessato alla conoscibilità dei dati personali trattati, quando a incidere sull’elaborazione della decisione può essere l’utilizzo anche di dati statistici, aggregati e collettivi che, in quanto anonimizzati, rimangono «fuori dalla portata normativa del GDPR»³⁰. In questa prospettiva, sono valutati positivamente - se non addirittura considerati eccessivi e in alcuni casi poco fattibili - gli obblighi in fase di sviluppo dei sistemi di IA e gli obblighi di informazione previsti dalla proposta di Regolamento sull’IA in capo ai fornitori in merito ai set di dati di addestramento, convalida e prova, nonché gli obblighi a garanzia della sorveglianza umana (art. 10, co. 3; art. 13; art. 14; v. *infra*)³¹.

cit., 123). Cfr. altresì DAGNINO, *Dalla fisica all’algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019.

²⁹ Non mina la validità delle considerazioni svolte il fatto che anche la prova e l’accertamento del nesso di causalità in giudizio - si pensi in particolare a quello tra illecito e danno - possano basarsi su un processo induttivo e su una valutazione prognostica *ex ante* di carattere probabilistico. L’accertamento è volto, infatti, a verificare che un fatto (il danno) sia, più probabilmente che non, da ricondurre a un altro (l’asserita condotta datoriale). La stessa riflessione scientifica apre alla possibilità di dare supporto a questa decisione giudiziale attraverso l’utilizzo di un algoritmo correttamente impostato (cfr. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 165). La situazione, pur complessa e non priva di criticità, non pare sovrapponibile con quella individuata rispetto al *machine learning* e alla predizione algoritmica strumentale all’atto datoriale. La ricostruzione del nesso può sì derivare dalla presenza di una correlazione probabilistica che sconta l’inevitabile margine di incertezza proprio di qualsiasi giudizio prognostico basato sul calcolo delle probabilità. Nel contesto del giudizio, tuttavia, il ragionamento induttivo, anche tradotto in codice macchina, necessariamente elabora un insieme di dati selezionati *ex post* e condizionati dal principio dispositivo istruttorio, per quanto attenuato nel contesto del rito del lavoro; la verifica, inoltre, non si ferma alla registrazione di una mera associazione tra grandezze, una concomitanza tra eventi *casuali*, ma è volta all’accertamento di una sequenza *causale* che individui se un dato evento abbia condizionato l’accadimento dell’altro; infine, l’analisi deve consegnare una ricostruzione logicamente accettabile e quindi ancorarsi non a una probabilità quantitativa, ossia alla «determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi», quanto a una probabilità logica, riconducendosi il «grado di fondatezza all’ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili nel caso concreto» (*ex multis* Cass. 14 marzo 2022, n. 8114). Cfr. BONAFINE, *L’intelligenza artificiale applicata al ragionamento probatorio nel processo civile. E’ davvero possibile e/o auspicabile?*, in GIORDANO - PANZAROLA - POLICE - PREZIOSI - PROTO (a cura di), *Il diritto nell’era digitale*, cit., 923.

³⁰ PALMIRANI, *Big Data e conoscenza*, in *Riv. fil. dir.*, 2020, 76.

³¹ PALMIRANI - SAPIENZA, *Big Data, Explanations and Knowability*, in *Ragion pratica*, 2021, 349.

3.3. La combinazione delle tecniche di trasparenza con tecniche di agevolazione della prova e dell'azione in giudizio

L'opacità algoritmica pare interrogare sulla capacità delle fattispecie normative di assolvere la propria funzione regolativa, veicolare la tutela dell'interesse, governare la distribuzione delle tutele, soddisfare quell'esigenza di "apertura alla realtà" dell'ordinamento che il diritto del lavoro, nella sua "razionalità materiale", richiede³². Si può, d'altra parte, riflettere su quanto la soluzione risieda in un intervento non tanto sulla "consistenza" della fattispecie³³, sulla sua disciplina sostanziale, quanto sull'onere di prova dei relativi elementi, con schemi presuntivi che dispensino il lavoratore dalla prova di fatti costitutivi, ovvero meccanismi di inversione che si attivino proprio alla violazione degli obblighi di informazione.

Del resto alla riduzione di trasparenza dei processi decisionali automatizzati corrisponde specularmente non solo, come visto, un incremento delle responsabilità datoriali derivanti dall'applicazione del principio di *accountability* sotteso alla normativa sulla *privacy*, ma anche un incremento di operatività del principio di vicinanza delle fonti probatorie.

Ciò diventa di centrale rilevanza non tanto laddove l'opacità incida sulla prova dei fatti costitutivi del potere datoriale, quanto laddove vada a minare la prova della situazione giuridica dedotta in giudizio dal lavoratore, ad esempio una discriminazione ovvero anche la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, se si considera, più in generale, l'opacità a livello di architettura digitale nell'impresa quale capacità del sistema di rendere sempre meno evidenti le prerogative datoriali esercitate.

Se in caso di prova della discriminazione l'incidenza dell'opacità a svantaggio del datore deriva dal meccanismo di parziale inversione dell'onere previsto dal diritto antidiscriminatorio, proprio questo invita a riflettere sulla necessità di agganciare le tecniche di tutela della trasparenza, specie se incardinate sull'attribuzione di diritti individuali, a meccanismi di *favor* per il lavoratore rispetto all'accertamento del diritto rivendicato. Del resto, a ben ricordare, la Corte di giustizia ha iniziato a ragionare di alleggerimento dell'onere probatorio in caso di discriminazione, nel caso *Danfoss* del 1989, proprio in connessione a un problema di opacità dei criteri sottesi al trattamento.

A essere agganciati potrebbero essere meccanismi di inversione completa dell'onere probatorio in caso di violazione degli obblighi di trasparenza, come previsto ad esempio dalla proposta di direttiva sulla trasparenza delle retribuzioni

³² A. ZOPPOLI, *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLaSS, *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Torino 16-17 giugno 2022, 33; DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, 37.

³³ A. ZOPPOLI, *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, cit.

in un'ottica di parità di genere³⁴; ovvero meccanismi di inversione dell'onere derivanti dalla previsione di una presunzione legale relativa rispetto all'accertamento di determinate fattispecie, come disposto dalla proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali (v. *supra*). A tal ultimo riguardo, si segnala come all'interno della proposta non solo si preveda una presunzione legale relativa, che esonera il lavoratore dalla prova del fatto presunto, ma non dalla prova dei fatti-indice. Si stabiliscono, altresì, specifiche tutele di carattere processuale, quale la possibilità per l'autorità competente a decidere di ordinare al convenuto l'esibizione di qualsiasi prova, anche contenente informazioni riservate, secondo un modello di temperamento del principio dispositivo istruttorio, ancor più accentuato di quello ricavabile a livello interno dal combinato disposto degli artt. 210 e 421 cpc.

Sempre sotto il profilo delle tecniche di tutela processuale, può evidenziarsi l'importanza dell'attribuzione di una specifica legittimazione attiva in capo a enti esponenziali, presente sia in seno al GDPR (art. 80), sia nella proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali, in affiancamento alle specifiche previsioni ben note, poste all'interno di altre fonti di matrice giuslavoristica, come le direttive antidiscriminatorie³⁵.

Ciò è tanto più rilevante se si considera che, se il baricentro delle tutele tende a spostarsi nell'ambito della disciplina sul trattamento dei dati, questo sistema - al di là della citata azione rappresentativa su mandato degli enti esponenziali - non affronta adeguatamente il profilo collettivo della protezione, declinando le tecniche di tutela attraverso il riconoscimento di diritti individuali ovvero attraverso una procedimentalizzazione del potere datoriale che, tuttavia, seguendo il modello della gestione del rischio e il principio di *accountability*, non prevede il passaggio dal controllo al consenso, ossia quella funzionalità della procedura alla negoziazione, tipica delle tecniche di procedimentalizzazione previste dalle normative giuslavoristiche (si pensi, ad esempio, al già citato art. 4 dello Statuto dei lavoratori). Inoltre, a differenza del sistema normativo di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, anch'esso basato sulla logica della valutazione del rischio ma con una ben diversa base giuridica a livello di fonti europee, il GDPR non individua uno specifico modello di rappresentanza specializzata per i lavoratori. Questo, d'altra parte, non esclude che all'interno del Regolamento possano individuarsi delle piste normative percorribili da parte del sindacato. Si segnala, in particolare, l'opportunità della consultazione dei rappresentanti dei lavoratori ai fini del bilanciamento tra interesse legittimo del datore al trattamento dei dati e

³⁴ Commissione europea, *Proposta di direttiva volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza delle retribuzioni e meccanismi esecutivi*, Bruxelles, 4.3.2021 COM(2021) 93 final.

³⁵ Cfr. GAUDIO, *Algorithmic management, sindacato e tutela giurisdizionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, 30; TULLINI, *Dati*, in NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 105 ss.

garanzie di protezione dei diritti e libertà fondamentali dei lavoratori interessati, ai fini del riconoscimento della base giuridica di liceità del trattamento di cui all'art. 6, co. 1, f)³⁶, ovvero ai fini della valutazione di impatto di cui all'art. 35, come indicato dal comma 9 di tale disposizione³⁷. Si evidenzia, altresì, all'art. 88 la previsione della possibilità che siano introdotte norme specificative per il lavoro, anche attraverso il contratto collettivo.

Proprio a conferma di questa apertura a una declinazione lavoristica e collettiva delle tutele si pone la più volte citata proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali, che in forza dell'art. 88 GDPR dispone norme specificative e integrative per il proprio ambito³⁸, in particolare in materia di accesso alle informazioni e al riesame umano nonché in materia di monitoraggio umano dei processi automatizzati (artt. 6, 7 e 8). In questa prospettiva, stabilisce, in particolare, una sostituzione delle disposizioni del GDPR relative alla *disclosure* sulla logica utilizzata nei processi decisionali automatizzati³⁹ con norme *ad hoc*⁴⁰ e disposizioni integrative e di dettaglio con riguardo al diritto alla spiegazione della decisione e all'opposizione⁴¹. Ciò che tuttavia più preme evidenziare ai fini del discorso che si sta sviluppando, anche in vista dell'esame dei recenti profili di novità introdotti a livello interno dal d.lgs. n. 104/2022, è che la proposta temprava il carattere prettamente individuale delle tutele proprio del sistema normativo sul trattamento dei dati, stabilendo l'obbligo per le piattaforme di mettere le

³⁶ Cfr. al riguardo quanto evidenziato dal Gruppo di lavoro Articolo 29 nel Parere 6/2014 sul concetto di interesse legittimo.

³⁷ Cfr. INGRAO, *Data-Driven management e strategie collettive di coinvolgimento dei lavoratori per la tutela della privacy*, in *Labour Law Issues*, 2019, 129.

³⁸ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, Bruxelles, 9.12.2021 COM(2021) 762 final.

³⁹ Cfr. Linee guida sul processo decisionale automatizzato Gruppo di lavoro Art. 29 WP 251 rev.01 del 6 febbraio 2018, in cui si evidenzia che «la crescita e la complessità dell'apprendimento automatico possono rendere difficile comprendere come funzionano un processo decisionale automatizzato o la creazione di profili. Il Titolare del trattamento dovrebbe trovare modi semplici per comunicare all'interessato la logica o i criteri sui quali si basa l'adozione della decisione. Il regolamento impone al Titolare del trattamento di fornire informazioni significative sulla logica utilizzata, ma non necessariamente una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati o la divulgazione dell'algoritmo completo. Le informazioni fornite dovrebbero tuttavia essere sufficientemente complete affinché l'interessato possa comprendere i motivi alla base della decisione» (par. E.1).

⁴⁰ Si richiede, in particolare, che l'informazione contenga «i principali parametri di cui [i sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati] tengono conto e l'importanza relativa di tali principali parametri nel processo decisionale automatizzato» e «i motivi alla base delle decisioni» (art. 6, comma secondo).

⁴¹ Si prevedono all'art. 8 la designazione di una persona di contatto a cui il lavoratore possa rivolgersi, un obbligo di motivazione scritta, una procedura per l'eventuale richiesta di revisione, un obbligo di rettifica o di compensazione adeguata laddove la decisione abbia violato i diritti del lavoratore.

informazioni di cui all'art. 6 a disposizione anche dei rappresentanti dei lavoratori e delle autorità nazionali del lavoro, su loro richiesta. Ciò risulta funzionale, peraltro, alla necessità che tali autorità cooperino con i garanti della *privacy*, che rimangono i responsabili del controllo sull'applicazione della normativa ivi stabilita in materia di trasparenza, monitoraggio e riesame umano dei sistemi automatizzati, ai sensi dell'art. 19.

4. L'(eventuale) incidenza del Regolamento IA sull'assetto normativo

Come anticipato, le tecniche di tutela previste dal GDPR potrebbero essere integrate e affiancate in futuro da quelle previste nella proposta di Regolamento sull'IA, che segue il medesimo modello basato sul governo del rischio e sul principio di *accountability*, interviene in termini più specifici sul tema della trasparenza e della sorveglianza umana, prevede parimenti una propria applicabilità extra-territoriale, sconta la medesima assenza di ruolo delle parti sociali⁴², nonostante i sistemi di IA destinati a essere utilizzati nell'ambito dei rapporti contrattuali di lavoro siano espressamente inclusi tra quelli ad alto rischio (Allegato III, n. 4)⁴³. Proprio l'inclusione in questa categoria comporta l'applicazione di requisiti obbligatori, anche di informazione, e una valutazione di conformità *ex ante*⁴⁴ che, d'altra parte, per i sistemi ad alto rischio utilizzati nel lavoro deve basarsi su una mera procedura di controllo interno (art. 43, co. 2), senza coinvolgimento di un ente terzo (organismo notificato, art. 33) e quindi con auto-certificazione del fornitore⁴⁵.

⁴² In merito alla proposta di Regolamento sull'IA, è la stessa ETUC nella posizione pubblicata il 28 maggio 2021 a contestare l'assenza di regole volte a garantire il coinvolgimento di sindacati e rappresentanze dei lavoratori nella costruzione e monitoraggio dei sistemi di IA nel lavoro (dalle strutture di dialogo sociale, alla contrattazione collettiva ai diritti di informazione, consultazione e partecipazione).

⁴³ Nelle proposte di emendamento in discussione nel PE, le parti sociali sono inserite tra i soggetti che il Comitato europeo sull'intelligenza artificiale è tenuto a consultare periodicamente, in un'ottica di sviluppo *multi-stakeholder* della governance di sistema.

⁴⁴ Come spiega la Relazione accompagnatoria alla proposta, "Il titolo III contiene regole specifiche per i sistemi di IA che creano un rischio alto per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone fisiche. In linea con un approccio basato sul rischio, tali sistemi di IA ad alto rischio sono consentiti sul mercato europeo subordinatamente al rispetto di determinati requisiti obbligatori e ad una valutazione della conformità *ex ante*".

⁴⁵ Rispetto alla valutazione di conformità, nella posizione pubblicata il 28 maggio 2021, l'ETUC contesta la proposta sul punto, nella misura in cui prevede una mera autovalutazione da parte del fornitore, evidenziando la necessità che, quantomeno per i sistemi di IA concernenti il lavoro, la valutazione di conformità sia realizzata da una parte terza autorizzata. Raccomanda, inoltre, una combinazione tra una fase di *ex-ante compliance* e una di *ex-post enforcement*. Si osservi che le proposte di emendamento previste nel testo di compromesso in discussione in seno al Consiglio non intervengono sul punto, lasciando inalterato l'art. 43, co. 2 che così dispone; per quanto riguarda le proposte di emendamento all'esame del PE, la proposta congiunta non prevede

Segnatamente, si prevede che la documentazione tecnica indichi, tra le varie informazioni, «la logica generale del sistema di IA e degli algoritmi», «le principali scelte di progettazione [...] anche per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone sui quali il sistema è destinato a essere utilizzato», «le risorse computazionali usate per sviluppare, addestrare, sottoporre a prova e convalidare il sistema di IA», «le metriche utilizzate per misurare l'accuratezza, la robustezza, la cybersicurezza e la conformità ad altri requisiti pertinenti» così come «gli impatti potenzialmente discriminatori», «i prevedibili risultati indesiderati e fonti di rischio per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali, nonché di rischio di discriminazione in considerazione della finalità prevista del sistema di IA; le misure di sorveglianza umana necessarie [...], comprese le misure tecniche poste in essere per facilitare l'interpretazione degli output dei sistemi di IA da parte degli utenti; le specifiche relative ai dati di input, se del caso». Come chiarito dal considerando n. 47, proprio la documentazione tecnica (insieme alle istruzioni d'uso) andrebbe a consegnare un certo grado di trasparenza ai sistemi ad alto rischio, consentendo di gestire il problema dell'opacità che potrebbe altrimenti renderli incomprensibili o troppo complessi per la lettura umana e permettendo agli utenti di «interpretare gli output del sistema e utilizzarlo in modo adeguato».

Particolare attenzione è rivolta al tema delle discriminazioni all'interno dei sistemi ad alto rischio. In linea generale, nella relazione accompagnatoria si precisa che la proposta integra «il diritto dell'Unione in vigore in materia di non discriminazione con requisiti specifici che mirano a ridurre al minimo il rischio di discriminazione algoritmica, in particolare in relazione alla progettazione e alla qualità dei set di dati utilizzati per lo sviluppo dei sistemi di IA, integrati con obblighi relativi alle prove, alla gestione dei rischi, alla documentazione e alla sorveglianza umana durante l'intero ciclo di vita dei sistemi di IA» (par. 1.2, p. 4). Può essere interessante evidenziare come il testo faccia riferimento, in alcuni casi, al concetto generale di “*bias*”, ossia di “distorsione”, “parzialità”, quale possibile causa di discriminazione (ad es. cons. 44), in altri direttamente a quello di discriminazione, senza offrirne tuttavia una definizione, identificando alcuni fattori di rischio in termini non sistematici e meramente esemplificativi (genere, età, disabilità, razza e origine etnica, orientamento sessuale, v. infra),

nulla al riguardo, essendo il punto oggetto di una specifica divergenza di posizioni tra i due *rapporteur*; si segnala che nella draft opinion presentata dalla Commissione affari legali, si prevede in seno all'art. 43 l'aggiunta di un paragrafo in base al quale qualsiasi fornitore, a prescindere dal livello di rischio del sistema di IA, può volontariamente richiedere una valutazione di conformità da parte del soggetto terzo. Più proposte di riforma inseriscono l'obbligo per la Commissione di consultare il Comitato europeo per l'intelligenza artificiale e gli *stakeholder* interessati prima di adottare, ai sensi dell'art. 43, co. 6, interventi regolativi volti ad estendere a ulteriori sistemi ad alto rischio la procedura di conformità che prevede il coinvolgimento dell'organismo notificato.

menzionando la possibilità di nuove forme di discriminazione (cons. 37), individuando gruppi di soggetti vulnerabili, in rapporto ai quali vietare le pratiche di IA (art. 5) o misurare il livello di rischio dei sistemi ai fini della loro classificazione (art. 7).

Come anticipato, proprio l'attenzione al set di dati utilizzato colmerebbe, per parte della dottrina, alcune delle lacune riscontrabili nelle misure a tutela della trasparenza predisposte dal GDPR (v. *supra*). Si fa riferimento, in particolare, a quanto previsto dall'art. 10, comma 3, secondo cui «i set di dati di addestramento, convalida e prova devono essere pertinenti, rappresentativi, esenti da errori e completi. Essi possiedono le proprietà statistiche appropriate, anche, ove applicabile, per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone sui quali il sistema di IA ad alto rischio è destinato a essere usato. Queste caratteristiche dei set di dati possono essere soddisfatte a livello di singoli set di dati o di una combinazione degli stessi». D'altra parte, la stessa dottrina definisce tale previsione come «*an overweighted request of precision, accuracy, and completeness of datasets very difficult to meet in the reality*»⁴⁶. Al riguardo, si segnala che il testo di compromesso presentato dalla presidenza ceca del Consiglio a luglio 2022 propone una modifica della disposizione, che limita l'assenza di errori e la completezza «*to the best extent possibile*».

Si può riflettere su quanto l'eventuale futura adozione del Regolamento sull'IA possa incidere sull'assetto di sistema evidenziato in premessa, ossia sullo spostamento, attrazione del baricentro delle tutele nell'alveo della disciplina sul trattamento dei dati personali.

Se le proposte di emendamento in discussione in seno alle istituzioni Ue vanno a rafforzare il coordinamento e rapporto di complementarità tra i due plessi normativi, è utile richiamare quanto affermato dal Garante italiano per la *privacy* nella memoria presentata alla Camera (Commissioni IX e X) a marzo 2022.

In linea con il parere congiunto del Comitato Europeo per la Protezione dei Dati e del Garante europeo della protezione dei dati, adottato a giugno 2021, l'*authority* italiana evidenzia come l'unica normativa al momento vigente in materia di intelligenza artificiale sia quella di protezione dei dati, soprattutto se si considera che già fornisce un primo essenziale statuto giuridico rispetto al processo decisionale automatizzato che dell'intelligenza artificiale costituisce un aspetto dirimente. Ciò nondimeno, il GDPR continuerà anche in futuro a disciplinare il fulcro dell'intelligenza artificiale, ossia il trattamento di dati personali funzionale ai processi decisionali automatizzati. Rispetto alla proposta di Regolamento in materia, il garante conclude affermando che «vista la stretta interrelazione tra intelligenza artificiale e *privacy*, la competenza in materia già acquisita dalle autorità di controllo in ordine al processo decisionale automatizzato e le caratteristiche di indipendenza che ne connotano lo statuto

⁴⁶ PALMIRANI - SAPIENZA, *Big Data, Explanations and Knowability*, cit., 361.

sarebbe utile ragionare sulla soluzione proposta anche dagli organismi europei volte suggerire l'individuazione nelle autorità di protezione dei dati delle autorità di controllo per l'intelligenza artificiale»⁴⁷.

5. La necessità di un ribilanciamento tra poli regolativi e organismi di vigilanza: l'importanza del d.lgs. n. 104/2022

L'attrazione verso il polo regolativo della *privacy* e il correlato rafforzamento del ruolo del garante della *privacy*, per quanto attiene alla vigilanza sul rispetto delle regole, interrogano sulla necessità di controbilanciare questo spostamento di baricentro attraverso, da un lato, lo sviluppo di un approccio condiviso tra le parti sociali secondo le indicazioni fornite dall'accordo europeo sulla digitalizzazione del 2020; dall'altro, l'individuazione di altri poli regolativi trasversali di centrale riferimento.

Si pensi al polo regolativo del diritto antidiscriminatorio, a condizione tuttavia che trovi adeguato sviluppo e completamento la riflessione in merito all'identificazione e al ruolo di un'*authority* indipendente⁴⁸, partendo dall'esperienza dell'UNAR e dei connessi limiti.

Ancora, si pensi al polo relativo alla tutela della salute e sicurezza, primo terreno di sviluppo del modello del governo del rischio, connotato d'altra parte, come già detto, da una procedimentalizzazione articolata in una dimensione collaborativa/partecipativa dei lavoratori, con presenza di rappresentanze specializzate. Del resto, l'impatto dei sistemi digitali sulla salute e sicurezza e dignità del lavoratore non può prescindere dalla valorizzazione delle tecniche di tutela apprestate nell'ambito del sistema normativo della prevenzione, a partire dalla valutazione e gestione di tutti i rischi, anche psico-sociali. Lo conferma la proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali, che nell'ambito della disciplina del

⁴⁷ Si segnala che all'interno della proposta di Regolamento, all'art. 59, comma 8, si prevede già che «nei casi in cui le istituzioni, le agenzie e gli organismi dell'Unione rientrano nell'ambito di applicazione del presente regolamento, il Garante europeo della protezione dei dati agisce in qualità di autorità competente per la loro vigilanza».

⁴⁸ L'ordinanza ingiunzione adottata dal Garante della *privacy* nei confronti di Deliveroo (datata 22 luglio 2021) fornisce un esempio emblematico del ruolo esercitato dallo stesso anche rispetto alla questione discriminatoria, partendo dalla competenza in materia di trattamenti automatizzati. In particolare, il Garante evidenzia che «non risulta che la società, in relazione ai trattamenti effettuati in qualità di titolare, abbia adottato misure tecniche e organizzative a tutela degli interessati volte [...] a ridurre al massimo il rischio di effetti distorti o discriminatori, con riferimento al funzionamento della piattaforma digitale. [...] Con riferimento, infine, al meccanismo di *feedback*, non risulta che la società abbia adottato misure appropriate per evitare usi impropri o discriminatori dei meccanismi reputazionali basati sui *feedback*. [...] Per i suesposti motivi la società ha pertanto violato l'art. 22, par. 3, del Regolamento».

monitoraggio umano dei sistemi automatizzati, prevede uno specifico riferimento alla dir. quadro 89/391/CEE e l'obbligo delle piattaforme di valutare «i rischi dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati per la sicurezza e la salute dei lavoratori [...], in particolare per quanto riguarda i possibili rischi di infortuni sul lavoro e i possibili rischi psicosociali ed ergonomici». In tale prospettiva, si stabilisce il divieto di utilizzare «i sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati in alcun modo che metta indebitamente sotto pressione i lavoratori [...] o metta altrimenti a rischio la salute fisica e mentale dei lavoratori [...]». La stretta correlazione tra utilizzo di sistemi algoritmici e sistema prevenzionistico è rimarcata anche dal citato accordo quadro europeo sulla digitalizzazione, dove si evidenzia la necessità di una valutazione congiunta nonché meccanismi di allerta e di regolare confronto tra manager e lavoratori e/o loro rappresentanti sui processi e i carichi di lavoro.

La valorizzazione di questo polo regolativo a livello interno, tanto più necessaria a fronte della modifica dell'art. 41 Cost.⁴⁹, si tradurrebbe altresì in un bilanciamento di competenze tra organismi di vigilanza, considerata la competenza generale in materia acquisita a fine 2021 dall'Ispettorato del lavoro. Una prospettiva di ribilanciamento tanto più auspicabile considerato che il ruolo dell'Ispettorato, sul versante dei controlli tecnologici a distanza, rischia invece di risultare depotenziato per le ragioni anzidette.

Anche da questo punto di vista, ossia rispetto all'identità degli organismi di vigilanza, un'importante leva di ribilanciamento sarà fornita dal d.lgs. n. 104/2022.

Come già anticipato, il decreto include una disposizione, non presente nella fonte europea, specificamente dedicata ai processi decisionali automatizzati, una disposizione che sui diritti di informazione, da un lato, anticipa i contenuti della proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali (v. *supra*), estendendone l'applicazione a tutti gli ambiti, dall'altro, mutua alcuni riferimenti presenti nella proposta di Regolamento sull'IA (il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi, le metriche utilizzate per misurarlo e gli impatti potenzialmente discriminatori), ivi stabiliti per le comunicazioni e istruzioni d'uso che i fornitori devono consegnare agli utenti (v. *supra*). Anticipando e rafforzando queste linee regolative, il decreto sgancia i diritti di informazione correlati all'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati da una dimensione prettamente individuale, prevedendo che il lavoratore possa accedere ai dati anche tramite le rappresentanze sindacali aziendali o territoriali e che le stesse informazioni siano consegnate dal datore anche a rsa/rsu ovvero, in loro assenza, alle sedi territoriali delle associazioni

⁴⁹ Cfr. PASCUCCI, *Modelli organizzativi e tutela dell'ambiente interno ed esterno all'impresa*, in *Lav. dir.*, 2022, 335.

sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 4). Sotto questo profilo, si può osservare come sia recuperato un passaggio obbligato con le rappresentanze a fronte dell'uso delle nuove tecnologie, quando è proprio l'uso dello strumento tecnologico a rendere aggirabile tale passaggio nel contesto dell'art. 4 St. lav. (v. *supra*). Ancora, nella medesima prospettiva di anticipazione e rafforzamento, il d.lgs. n. 104/2022 prevede che anche il ministero del lavoro e l'Ispettorato nazionale del lavoro possano richiedere la comunicazione delle medesime informazioni e dati e l'accesso agli stessi. Andando oltre, tuttavia, i contenuti della proposta di direttiva sulle piattaforme e in questo contrastando l'attrazione di baricentro del GDPR⁵⁰, il decreto consegna all'Ispettorato del lavoro la competenza di vigilanza in materia. In particolare, si stabilisce che tale autorità sia competente a compiere i necessari accertamenti e a comminare sanzioni amministrative in caso di violazione degli obblighi di informazione individuale previsti, a prescindere dall'eventuale configurabilità di violazioni in materia di protezione dei dati personali ai sensi del GDPR.

In sintesi, nel prevedere una proiezione collettiva delle tutele e una vigilanza dedicata per l'ambito del lavoro, il d.lgs. n. 104/2022 fornisce una importante leva di ribilanciamento a livello di assetto normativo, nonché un punto di raccordo tra il GDPR e il sistema giuslavoristico, in grado di innestare, contaminare il primo con tecniche di tutela proprie del secondo.

Trattasi di un elemento regolativo inserito in un quadro di complessità che chiaramente travalica il perimetro della presente analisi e rispetto al quale non si può che rinviare ad altre sedi.

Sia consentito solamente evidenziare come la considerazione a cui approda la riflessione sviluppata si presenti al netto di due importanti problematiche.

Anzitutto, se, come evidenzia la dottrina, la necessità del «controllo umano delle tecnologie digitali» richiede un intervento di sostegno dell'azione collettiva da parte delle *policy* pubbliche⁵¹, la «proiezione collettiva» delle tutele presuppone l'adeguatezza di competenze e specializzazione delle parti sociali di fronte alle sfide delle nuove tecnologie⁵².

In secondo luogo, sempre la dottrina segnala come il diritto del lavoro possa oggi «esprimere la propria razionalità regolativa» e assiologica solo rifocalizzando «la propria ragion d'essere»⁵³. E nel contesto dei profondi

⁵⁰ Il coordinamento con il GDPR è comunque espressamente garantito in più punti, a partire dal richiamo alla necessità della consultazione preventiva del Garante laddove ne ricorrano i presupposti ai sensi dell'art. 36 GDPR.

⁵¹ TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *federalismi.it*, 2022, 205; A. ZOPPOLI, *Prospettiva rimediatale, fattispecie, sistema*, cit.

⁵² TULLINI, *La questione del potere nell'impresa*, cit., 444; MARIUCCI, *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberismo*, in *Lav. dir.*, 2021, 19; FORLIVESI, *Sindacato*, in NOVELLA, TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 153.

⁵³ PERULLI - SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Bologna, 2022, 21.

cambiamenti derivanti dall'IA, la necessità che esso non accetti «passivamente la sirena del determinismo tecnologico» si accompagna a quella di «una valutazione più problematica e articolata», che sappia aprirsi alle «nuove sollecitazioni», «senza rinchiudersi entro la cornice regolativa tradizionale»⁵⁴. Il diritto del lavoro è chiamato, in tal senso, a una regolazione dei processi innovativi in grado di distinguere quelli che possono avere effetti positivi per i lavoratori, valorizzando e indirizzando le prospettive di crescita e le potenzialità abilitanti che ne possono derivare.

⁵⁴ *IBIDEM*, 143.

BREVI SPUNTI DI RIFLESSIONE SULL'EVOLUZIONE DELLE RELAZIONI SINDACALI NELL'ECONOMIA DIGITALE[°]

Claudia Faleri

*Professoressa Associata di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Siena*

Con il presente contributo l'Autrice intende promuovere una riflessione sulle sfide che il sindacato è chiamato ad affrontare nell'era della digitalizzazione sia con riguardo alle modalità di azione sindacale e di esercizio dei diritti collettivi che gli strumenti social consentono di sperimentare, sia con riguardo alle nuove istanze di rappresentanza che il mondo del lavoro su piattaforma digitale esprime e alla capacità del sindacato tradizionale di rappresentarle. La riflessione che si intende suscitare riguarda altresì le potenzialità di intervento della contrattazione collettiva a fronte della gestione algoritmica dei rapporti di lavoro e dell'adozione di modelli organizzativi orizzontali e fluidi da parte dell'impresa 4.0; a tal riguardo l'A. tiene conto delle criticità connesse all'esercizio del diritto di negoziazione collettiva da parte dei lavoratori delle piattaforme digitali in prevalenza qualificati come autonomi, nonché del carattere transnazionale del lavoro su piattaforma.

This essay aims to promote a reflection on the challenges that the trade union is called upon to face in the era of digitalisation, namely the ones regarding the methods of trade union action and the exercise of collective rights that social tools make it possible to experiment. In addition, the new instances of representation that the world of work on the digital platform expresses and the ability of the traditional trade union to represent them are taken into account. The essay also covers the chance for collective bargaining to intervene with regard to the algorithmic management of labour relations and the adoption of horizontal and fluid organisational models within the 4.0 enterprise. In this perspective, the Author considers the main critical issues related to the exercise of collective bargaining rights by digital platform workers, who are mainly qualified as autonomous, as well as the transnational nature of platform work.

Sommario

1. Le relazioni sindacali di fronte alla transizione digitale
2. Strumenti digitali e inedite modalità di azione sindacale
3. Nuove istanze di rappresentanza e di tutela collettiva
4. Verso un modello di contrattazione collettiva 4.0

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Le relazioni sindacali di fronte alla transizione digitale

La crescente digitalizzazione del lavoro pone sfide senza precedenti nel mondo delle relazioni sindacali. Se nel corso del tempo si è assistito a continui e importanti mutamenti del concreto atteggiarsi della rappresentanza sindacale, alquanto più profondo è l'impatto che l'ampia diffusione delle nuove tecnologie digitali è destinata a esercitare in riferimento ai processi, agli strumenti, ai luoghi e ai soggetti negoziali che concorrono alla formazione della volontà collettiva nel contesto della *gig economy*. L'utilizzo delle tecnologie digitali, infatti, consente inedite modalità di svolgimento dell'azione sindacale e di esercizio dei diritti collettivi, che favoriscono nuovi e più ampi spazi di interazione, aggregazione e confronto rispetto a quelli tradizionali, sì da amplificare il potenziale rappresentativo dei soggetti collettivi.

Tuttavia, se è vero che attraverso le piattaforme di condivisione è reso possibile al sindacato raggiungere un maggior numero di lavoratori rafforzando il proprio ruolo come soggetto di aggregazione e mobilitazione e rendendo così più efficace la propria azione e maggiormente effettiva la partecipazione dei lavoratori, occorre al contempo considerare la complessità dello scenario in cui i sindacati tradizionali e le organizzazioni di massa si muovono: ai noti e molteplici fattori di crisi dei meccanismi di rappresentanza sindacale, nell'ecosistema digitale si aggiungono le forti tendenze individualistiche proprie del lavoro *online* e la mancanza di un forte senso di identità professionale che tendono a non favorire la costruzione di solidarietà ad ampio raggio¹. Va infatti osservato come la fuoriuscita del lavoro dallo spazio fisico della fabbrica tradizionale e la parcellizzazione delle prestazioni di lavoro operata dalle piattaforme digitali depotenzino inevitabilmente la capacità aggregativa nei luoghi di lavoro: la frammentazione individualistica, che caratterizza in modo essenziale il mondo dei rapporti di lavoro come si sta delineando nell'era delle piattaforme digitali, tende a favorire una relazione diretta tra datore di lavoro e lavoratore (talvolta neppure questa qualora a rivestire il ruolo il datore di lavoro sia una piattaforma digitale) e contestualmente a generare un effetto destrutturante per i meccanismi associativi, in quanto amplifica la percezione di autonomia della prestazione

¹ Come opportunamente rilevato da TULLINI, *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, in *Labour Law Issues*, 2018, 1, laddove sottolinea come «l'ideologia del lavoratore-impresa, lo stilema di successo del *freelance* e del *self-employed*, l'esaltazione della logica meritocratica» caratterizzanti l'economia digitale contribuiscano a far crescere un atteggiamento di indifferenza, se non anche di insofferenza, nei confronti del sindacalismo tradizionale; al riguardo cfr. altresì FORLIVESI, *Interessi collettivi e rappresentanza dei lavoratori del web*, in TULLINI (a cura di), *Web e lavoro*, Torino, 2017, 179 ss.

lavorativa svolta e rende più complesso il riconoscimento di interessi collettivi secondo la logica dell'appartenenza².

Piuttosto, in un sistema sindacale e contrattuale particolarmente frammentato, i nuovi mezzi di comunicazione digitale operano a sostegno della creazione e diffusione di autonomi centri di azione paralleli a quelli del sindacato confederale, volti a rivendicare interessi più particolari (riferibili cioè a specifiche comunità aziendali o professionali) rispetto a quelli più ampi solitamente fatti valere dal sindacato confederale. La frammentazione degli interessi collettivi diviene così causa del processo di frantumazione delle categorie merceologiche tradizionali e della proliferazione di contratti collettivi nazionali di lavoro che si pongono in competizione tra loro all'interno di medesimi o limitrofi settori produttivi³.

Tale scenario e il forte rischio che l'attività di rappresentanza delle tradizionali organizzazioni sindacali sia avvertita sempre meno come necessaria già di per sé inducono il sindacato tradizionale a dover intraprendere un profondo percorso di rinnovamento, al fine di contrastare il fenomeno della c.d. disintermediazione sindacale (v. *infra* § 3).

La *vis* attrattiva del sindacato risulta peraltro altresì indebolita dai modelli organizzativi, produttivi e gestionali adottati nell'ambito della c.d. impresa "intelligente" 4.0, incentrati sull'individualizzazione delle *performances* e la personalizzazione degli obiettivi produttivi⁴, fattori anche essi in grado di mettere in discussione le coordinate solidaristiche su cui tradizionalmente viene orientata l'attività di formazione dell'interesse collettivo e di organizzazione della rappresentanza nei luoghi di lavoro⁵. I processi di digitalizzazione e automazione non si limitano a incidere nei processi produttivi mutando i caratteri tipici dell'impresa si

² Cfr. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 326/2017, 8, laddove significativamente configura il mondo del lavoro mediante piattaforma come un «universo di micro imprenditori senza impresa» fortemente individualizzati e dunque slegati da una dimensione collettiva; così anche FORLIVESI, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, in *Labour Law Issues*, 2018, 38 ss.

³ Cfr. FORLIVESI, *Sindacato*, cit., 156. Sul punto si richiama altresì GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e reregolazione*, in *Lav. dir.*, 2016, 877 ss.

⁴ Sui modelli organizzativi e gestionali reingegnerizzati a misura della persona si rinvia a BUTERA, *Organizzazione e società*, Venezia, 2020, 109.

⁵ In tal senso FORLIVESI, *Sindacato*, cit., 155. Da più parti è stata avvertita l'opportunità di un sindacato in grado di adattarsi al nuovo modo di produzione dell'Industria 4.0, sino a proporsi come risorsa strategica, anche di governo, dell'impresa: in tal senso CARUSO - DEL PUNTA - TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *CSDLE "Massimo D'Antona"* 2020, 53; CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella "grande trasformazione". L'innovazione sociale in sei tappe*, in *Biblioteca "20 maggio"*, 2019, 82, originariamente pubblicato in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 2019; altresì cfr. PERUZZI, *Il dialogo sociale di fronte alle sfide della digitalizzazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 1213 ss.; CARRIERI - PIRRO, *Digitalizzazione, relazioni industriali e sindacato. Non solo problemi, ma anche opportunità*, in CIPRIANI - GRIMOLATI - MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze, 2018, 131.

da imporre – come la letteratura giuslavorista ha già ampiamente evidenziato⁶ – una sostanziale ridefinizione della relazione negoziale tra datore e prestatore di lavoro; ad essere fortemente interessata dal mutamento di paradigma produttivo e gestionale indotto dalla transizione digitale risulta infatti altresì essere la dimensione collettiva dei rapporti di lavoro. La gestione algoritmica e l’esercizio del c.d. potere computazionale⁷ che discende dalle tecnologie abilitanti dell’Industria 4.0 creano un nuovo squilibrio contrattuale nel rapporto di lavoro, nonché un inedito e più incisivo profilo di “subordinazione tecnologica/informativa” del prestatore di lavoro rispetto al quale si avverte una forte esigenza di tutela collettiva⁸.

Anche sotto questo profilo il diritto del lavoro è chiamato a ricostruire la propria identità adattando lo statuto protettivo alla nuova condizione di vulnerabilità del prestatore di lavoro e il sindacato, in particolare, si trova a dover conquistare nuovi spazi di agibilità negoziale per trasformare i processi di automazione *in fieri* in opportunità di miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori⁹.

⁶ Da ultimo si vedano NOVELLA, *Impresa*, in NOVELLA - TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, cit., 5 ss.; FALERI, Voce *Industria 4.0*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, 2022, 129 ss.; ZILIO GRANDI - ZANELLA, *Il lavoro “digitale” e non nei processi di riorganizzazione dell’impresa, tra gestione dei dati e datori di lavoro algoritmici*, in *federalismi.it*, 2022. Al riguardo, cfr. *amplius* TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Napoli, 2020; DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in CIPRIANI - GREMOLATI - MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, cit., 225 ss.; CIUCCIOVINO, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell’industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 1043 ss.; CORAZZA, *Industria 4.0: lavoro e non lavoro di fronte alla quarta rivoluzione industriale*, in *Economia e lavoro*, 2017, 15 ss.; D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass, Milano, 2017, 17 ss.; SALENTO, *Industria 4.0, imprese, lavoro. Problemi interpretativi e prospettive*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 175 ss.

⁷ Con tale concetto si intende far riferimento al potere di processare dati, trasformare *input* in *output* attraverso l’individuazione di ricorrenze statistiche, estrarre correlazioni, produrre inferenze, generare previsioni, costruire profili, comparare e valutare mediante un’esperienza mediata e indiretta, proprio del c.d. *management* algoritmico: su tale concetto si rinvia a ZAPPALÀ, Voce *Management algoritmico*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 151

⁸ In questi termini ZAPPALÀ, Voce *Algoritmo*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 19; sul nuovo aspetto di “subordinazione tecnologica/informativa” già ZAPPALÀ, *Le condizioni di lavoro nelle piattaforme: quale strategia europea di tutela del lavoro digitale?*, in *Professionalità studi*, 2021, 4 ss.. Al riguardo si vedano altresì ALOISI - DE STEFANO, *Quando il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari, 2020; DAGNINO, *Dalla fisica all’algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt University Press, 2019.

⁹ Ciò nella consapevolezza che si tratta di processi difficilmente governabili da parte del sindacato, considerato come i processi decisionali del c.d. *management* algoritmico tendano ad

2. Strumenti digitali e inedite modalità di azione sindacale

Con riferimento ai riflessi dei processi di digitalizzazione del lavoro sulle relazioni sindacali, occorre *in primis* considerare come il diffondersi dei *social network* abbia originato nuove e più efficaci modalità di comunicazione consentendo al sindacato di sperimentare inedite modalità di azione sindacale e di esercizio dei diritti collettivi. Si parla a tal proposito di *cyber-union*, termine coniato proprio per indicare e descrivere il sindacato capace di garantire l'esercizio dei diritti sindacali in forma cibernetica¹⁰.

Molteplici sono le questioni che, già a partire dai primi anni del Duemila, si sono poste (in particolare all'attenzione della giurisprudenza) sui limiti che può incontrare l'azione sindacale nell'avvalersi dei *social network*. Si ricorda in particolare quella inerente la facoltà d'uso della *mailing list* aziendale da parte delle rappresentanze sindacali per comunicare con i propri iscritti in luogo delle tradizionali bacheche aziendali; sul punto la giurisprudenza di merito è intervenuta non solo riconoscendone la legittimità, ma giungendo persino a qualificare in taluni casi come antisindacale il comportamento del datore di lavoro che impedisce ai sindacati di utilizzare il sistema informativo aziendale impiegato per comunicare con i lavoratori¹¹. Tra l'altro la posizione assunta dalla giurisprudenza sulla possibilità di esercizio in modalità digitale del diritto di affissione garantito dal richiamato art. 25 St.lav. e dei diritti sindacali in generale ha condotto la contrattazione collettiva sempre più spesso a regolamentare l'utilizzo delle *email* aziendali per fini sindacali, così come la digitalizzazione delle bacheche e dei luoghi di confronto sindacale.

Piuttosto si avverte l'esigenza di definire i limiti della comunicazione *social* sui temi di interesse sindacale laddove questa intercorra in modo diretto tra impresa e lavoratori, potendo essa assumere un particolare rilievo specie qualora intervenga nell'ambito di una trattativa negoziale o di una procedura di informazione e consultazione. Nel caso in cui il datore di lavoro interagisca direttamente con i lavoratori quale modalità sostitutiva di un obbligo, legale o contrattuale, di confronto con le organizzazioni sindacali, lo "scavallamento" degli organismi sindacali da parte del datore di lavoro potrebbe infatti integrare un'ipotesi di condotta antisindacale¹²: sarà così da considerare limitativo

essere sempre più digitalizzabili, automatizzabili e dunque asetticamente programmabili secondo protocolli standardizzati: al riguardo ZAPPALÀ, *Voce Management algoritmico*, cit., 153.

¹⁰ FIORITO - JARLEY - DELANEY, *Unions and information technology: from luddites to cyberunions?*, in *Labour Society Journal*, 2000, 3 ss.

¹¹ Si rinvia a T. Catania 2 febbraio 2009; T. Bologna 27 settembre 2005; *contra* T. Foggia 10 luglio 2000, che lo escludeva laddove il datore di lavoro avesse predisposto ai sensi dell'art. 25 St.lav. degli spazi adeguati a tal fine.

¹² Sull'infungibilità del piano delle relazioni collettive con quello della relazione individuale cfr. MARAZZA, *Social, relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva*, in

dell'attività sindacale il comportamento del datore di lavoro nel caso in cui le procedure di informazione e consultazione sindacale siano sostituite da informative individuali oppure nell'ipotesi che vede il datore di lavoro trattare singolarmente con i lavoratori disconoscendo il diritto del sindacato di avviare una trattativa sindacale, laddove contrattualmente previsto. Si richiama a tal proposito la pronuncia del Tribunale di Firenze del 20 settembre 2021 che ha riconosciuto come antisindacale il comportamento dell'impresa multinazionale GKN per aver proceduto a comunicare la chiusura dello stabilimento direttamente ai lavoratori mediante *email*, senza aver preventivamente avviato le procedure di consultazione e confronto previste dal ccnl delle aziende metalmeccaniche¹³.

Ad assumere rilievo è inoltre la capacità di incidenza delle nuove modalità tecnologiche di comunicazione nel processo di formazione di una determinata volontà collettiva. Si consideri, a esempio, quanto l'utilizzo dei vari strumenti *social* (*Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp*, etc.) possa incidere nella formazione dell'interesse collettivo arrivando persino a poter influenzare (in senso positivo o negativo) l'esito di una trattativa e in caso di accordo contrattuale a condizionare la conseguente consultazione referendaria, tanto da imporre una riconsiderazione degli strumenti referendari stessi¹⁴; si pensi altresì agli effetti che possono discendere dall'uso dei *social media* nei casi di azione di protesta sindacale per la maggiore risonanza che questa può assumere, consentendo un ampliamento della base di adesione a determinate azioni collettive¹⁵.

In particolare i *social networks* possono risultare efficaci e incisivi nella formazione della volontà collettiva nei contesti che denotano una marcata frammentazione della rappresentanza e quindi una elevata competizione sindacale: nel momento in cui le nuove tecnologie tendono a esaltare gli individualismi e la nascita di gruppi che rivendicano interessi specifici, più o meno occasionali, alternativi rispetto a quelli tradizionalmente rappresentati dai sindacati, esse consentono a istanze provenienti al di fuori delle assemblee sindacali di strutturarsi sempre di più (nel pieno rispetto del principio costituzionale di libertà sindacale dell'art. 39 Cost.), andando ad accentuare la

Riv. it. dir. lav., 2019, 69-70. In particolare sulla configurabilità come antisindacale della condotta del datore di lavoro che interferisce sui singoli nella fase di libera formazione della volontà collettiva v. CAPONETTI, *Social media e rappresentanza aziendale: quali scenari?*, in *Labour Law Issues*, 2019, 5. *Amplius* sull'impatto dei *social media* con riferimento al rapporto individuale di lavoro si veda DEL PUNTA, *Social media and workers' rights: what is at stake?*, in *International journal of comparative labour law and industrial relations*, 2019, 79 ss.

¹³ T. Firenze 20 settembre 2021; altresì cfr. T. Monza 12 ottobre 2021. Sul punto si consenta di rinviare a FALERI, *Voce Licenziamento via Apps*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 141.

¹⁴ Sul potenziamento dell'attività sindacale svolta attraverso *social*, si rinvia ancora a MARAZZA, *Social, relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva*, cit., 62 ss.

¹⁵ LA TEGOLA, *Social media e conflitto: i nuovi strumenti dell'attività sindacale*, in *Labour Law Issues*, 2019, 11-12.

condizione di debolezza in cui già vertono le relazioni sindacali tradizionali¹⁶. L'impatto esercitato dai *social media* si rivelerà ancora più forte laddove i destinatari della comunicazione risultino essere, oltre ai dipendenti dell'impresa, anche i suoi consumatori/clienti, talora persino l'opinione pubblica; in questi casi il dissenso collettivo potrà essere organizzato sfruttando una base più ampia rispetto a quella abituale, quella cioè che i *social networks* consentono di raggiungere al di fuori del perimetro aziendale o comunque al di fuori del contesto in cui la richiesta ha avuto origine¹⁷.

Si impone pertanto una riflessione sulla capacità dei *social network* di fare "sintesi" degli interessi individuali espressi, ritenendo che essi si limitino piuttosto a sommarli, determinando così la negazione della dimensione organizzata dell'interesse collettivo¹⁸.

Si considerino infine i rischi connessi all'automatizzazione del processo di formazione della volontà collettiva: se, da un lato, l'elaborazione di dati estrapolati da esperienze pregresse consente all'algorithmo di selezionare - sulla base di opinioni, idee e preferenze espresse, reazioni manifestate in passato - i contenuti più adatti da presentare nella piattaforma rivendicativa o in seguito nel corso dello svolgimento della trattativa sindacale al fine di scongiurare un conflitto sociale, dall'altro lato, si delinea il rischio dell'identificazione del soggetto rappresentativo nell'algorithmo e che ad essere assunte siano decisioni robotiche o comunque algoritmiche.

3. Nuove istanze di rappresentanza e di tutela collettiva

L'innovazione tecnologica non si limita a determinare un ripensamento delle modalità dell'azione sindacale, inducendo il sindacato a rivedere altresì la propria capacità rappresentativa a fronte della diffusione delle piattaforme di lavoro digitale e della progressiva allocazione del lavoro fuori dello spazio fisico dell'impresa tradizionale. Con il venir meno delle coordinate spazio-temporali entro le quali viene resa la prestazione di lavoro, ad entrare in crisi sono i tradizionali strumenti di aggregazione del consenso e di coalizione presupponendo essi la contiguità fisica dei lavoratori e la condivisione degli interessi da parte di ampie categorie di lavoratori¹⁹.

¹⁶ Riguardo al possibile impatto che l'utilizzo dei *social media* può esercitare sull'equilibrio del sistema delle relazioni industriali, si rinvia a FORBICINI, *La contrattazione aziendale e l'impatto sui Social Media*, in *Labour Law Issues*, 2018.

¹⁷ Sotto questo profilo cfr. MARAZZA, *Social, relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva*, cit., 64.

¹⁸ Così TULLINI, *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, cit., 8; FORLIVESI, *Interessi collettivi e rappresentanza dei lavoratori del web*, cit., 179.

¹⁹ Al riguardo si vedano MAGNANI, *Nuove tecnologie e diritti sindacali*, in *Labour Law Issues*, 2019; CIUCCIOVINO, *Analisi e proposte sul diritto del lavoro nel tempo di Industria 4.0*, in *Dir. rel ind.*,

In particolare per i lavoratori le cui modalità di esecuzione della prestazione sono organizzate mediante piattaforme digitali il superamento della materialità del luogo di lavoro rende oltremodo difficoltoso l'esercizio dei diritti sindacali. Nonostante la titolarità della libertà sindacale possa essere loro riconosciuta sia laddove qualificati come lavoratori eterorganizzati ai sensi dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 come modificato ad opera della l. n. 128 del 2019, sia laddove riconosciuti come lavoratori autonomi per costante giurisprudenza anche costituzionale²⁰, non si può non rilevare come l'effettivo esercizio dell'azione sindacale da parte dei lavoratori delle piattaforme digitali non risulti certo agevolato dalla legislazione di sostegno all'agire sindacale di cui al Titolo III St.lav. e dalle altre norme di fonte legale e negoziale²¹. La normativa preposta a sostenere l'azione collettiva non sembra, infatti, favorire l'attività sindacale dei lavoratori operanti mediante piattaforma digitale sia con riguardo alla possibilità di costituire Rsa/Rsu o forme di rappresentanza equivalenti presupponendo questa l'iniziativa dei lavoratori di natura subordinata, sia in tema di assemblea, referendum e diritto di affissione essendo la loro disciplina imperniata sulla presenza dei lavoratori in un luogo fisico. Da più parti si è tuttavia ritenuta auspicabile – in ragione della funzione e della *ratio* ispiratrice di tale normativa di sostegno – un'interpretazione che vada oltre il mero dato letterale, rinvenendo nella contrattazione collettiva la fonte maggiormente deputata ad adattare le modalità di esercizio di tali diritti al nuovo e diverso contesto lavorativo in cui operano i lavoratori digitali i cui cambiamenti e le cui esigenze il legislatore fa fatica a comprendere²².

2018, 1055; BONARDI, *Sintesi del dibattito*, in *Quad. riv. giur. lav.*, 2017, 137 ss.; LOI, *Un'introduzione al tema del lavoro nella gig economy*, in *Quad. riv. giur. lav.*, 2017, 26 ss.

²⁰ Ci si intende riferire alle pronunce della Corte costituzionale nn. 22/1975 e 53/1986 e a quella della Cassazione n. 3278/1978, ove è stato interpretato in modo estensivo l'ambito di applicazione dei diritti sindacali riconosciuti dagli artt. 39 e 40 Cost.

²¹ Sul punto cfr. MARTELLONI, *Quali diritti sindacali per le Unions dei riders?*, in *Labour Law Issues*, 2021; MONDA, *Lo Statuto alla prova di "Industria 4.0": brevi riflessioni sulla c.d. disintermediazione sindacale*, in RUSCIANO - GAETA - L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori*, *Quad. dir. lav. merc.*, 2020, 345 ss.; LOFFREDO - TUFO, *Lavoro e impresa digitale tra norme nazionali ed economia transnazionale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 405/2019. Riguardo al riconoscimento della libertà sindacale anche ai lavoratori su piattaforma già ai sensi dell'art. 39 Cost. e di numerose disposizioni sovranazionali, si richiamano MAGNANI, *Nuove tecnologie e diritti sindacali*, cit., p. 3; GAETA, *Appunti dal corso di diritto del lavoro*, Torino, 2018, 87; RECCHIA, *Alone in the crowd? La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della sharing economy*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 156; VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 336/2017, 8.

²² In tal senso DI MEO, *I diritti sindacali nell'era del caporalato digitale*, in *Labour Law Issues*, 2019, 10-13; IMBERTI, *La nuova "cassetta degli attrezzi" del sindacato tra spazi fisici e luoghi digitali: l'esperienza di Toolbox Cgil di Bergamo*, in *Labour Law Issues*, 2019; MAGNANI, *Nuove tecnologie e diritti sindacali*, cit., p. 4; WEISS, *La platform economy e le principali sfide per il diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 723; FAIOLI, *Jobs "App", Gig economy e sindacato*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 300.

Ad assumere rilievo critico è piuttosto il fatto che la possibilità di esercizio dei diritti sindacali, nonché quella di costituire organismi di rappresentanza nei luoghi di lavoro, siano riservate dalla legge e dalla contrattazione collettiva alle imprese che vantano un numero minimo di prestatori di lavoro subordinati impiegati nell'unità produttiva, così come del resto anche l'applicazione della disciplina di repressione della condotta antisindacale dettata dall'art. 28 St.lav.. Considerato come il *locus* per la concretizzazione della garanzia costituzionale di libertà sindacale sia un'unità produttiva di una determinata consistenza occupazionale che rileva ai fini della delimitazione dell'ambito di applicazione non solo dell'intero Titolo III, ma anche delle regole pattizie sottoscritte in tema di rappresentanza, appare dunque evidente come la frammentazione delle prestazioni tra una pluralità di lavoratori renda alquanto difficoltoso che si verifichino i presupposti qualitativi e quantitativi su cui la regolamentazione statutaria e non solo ha organizzato le prerogative sindacali²³. In sede di conteggio del numero dei dipendenti impiegati nell'unità produttiva ai fini della determinazione della prescritta soglia dei 16 dipendenti incidono, infatti, significativamente, da un lato, il fatto che i lavoratori mediante piattaforma digitale qualificabili come eterorganizzati ai sensi dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 non possano essere computati ai fini dell'operatività della disciplina legale e negoziale in tema di rappresentanza sindacale e di diritti collettivi, dall'altro lato, l'alto tasso di sostituzione tra lavoratori in tali realtà produttive, che può precludere un aumento del numero complessivo di lavoratori e con esso il raggiungimento della soglia numerica richiesta come prerequisite imprescindibile.

La problematica principale che interessa i lavoratori mediante piattaforma digitale è tuttavia legata al richiamato fenomeno della disintermediazione, ovvero alla crisi delle grandi organizzazioni di interessi²⁴. Come già sottolineato (v. *supra* § 1), l'avvento delle piattaforme digitali determina un mutamento dello scenario lavorativo, che si configura sempre più incentrato sul modello individualistico della c.d. *on-demand economy* e caratterizzato dalla frammentazione e dalla disintermediazione dei rapporti, sì da relegare la dimensione collettiva in una posizione marginale: i lavoratori sembrano poter prescindere dall'intermediazione del sindacato, così come l'impresa da quella dell'associazione datoriale, perché tutto è apparentemente rimesso all'incontro diretto tra clienti/consumatori e lavoratori, collegati e mediati da una piattaforma che genera algoritmi.

Ogni piattaforma presenta, tra l'altro, dinamiche di disintermediazione e reintermediazione individuale differenziate, che fanno ritenere anacronistico

²³ Al riguardo cfr. DONINI, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali: l'unità produttiva nell'impresa frammentata*, in *Labour Law Issues*, 2019, 3-4.

²⁴ Cfr. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, cit., 7; al riguardo si vedano altresì BINI, *Il social network: da luogo a soggetto della rappresentanza sindacale digitale?*, in *Labour Law Issues*, 2019; CAPONETTI, *Social media e rappresentanza aziendale: quali scenari?*, in *Labour Law Issues*, cit.

proporre forme di rappresentanza e negoziazione collettiva mutate dalle categorie merceologiche tradizionali²⁵. Inoltre, la mancanza di una specifica identità professionale e soprattutto la disomogeneità degli inquadramenti contrattuali, nonché i problemi di identificazione di chi sia la controparte negoziale, talora identificata nella piattaforma stessa ovvero nell’algoritmo che la governa, assieme all’incessante *turnover* tra lavoratori, ostacolano quel senso di appartenenza alla categoria che costituisce il presupposto storico, sociale e antropologico su cui l’organizzazione sindacale ha costruito le proprie basi e con esso la formazione di una solidarietà di interessi tra i lavoratori digitali²⁶.

Gli interessi individuali dei lavoratori digitali si prestano dunque ad essere sintetizzati e accorpati in una dimensione collettiva con maggiore difficoltà. Si generano pertanto nuove domande di rappresentanza e mediazione collettiva inevase dalle rappresentanze sindacali “di vecchio tipo”, ancora troppo deboli e molto frammentate, incapaci di ridefinire il perimetro del loro campo di azione al fine di comprendere adeguatamente e dunque di rappresentare le esigenze di tutela dei lavoratori che operano mediante piattaforma, rispetto alle quali restano ancora molti distanti²⁷; al tempo stesso, tra i lavoratori delle piattaforme digitali risulta molto diffuso un sentimento di lontananza dagli organismi sindacali, in quanto sospettosi di qualunque tentativo di reclutamento o affiliazione sindacale, nonché talora privi di un interesse a iscriversi a un sindacato anche in ragione del fatto che si tratta spesso di forme di impiego di tipo saltuario²⁸.

²⁵ CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, cit., 8-9.

²⁶ Al riguardo CIUCCIOVINO, *Analisi e proposte sul diritto del lavoro nel tempo di Industria 4.0*, cit., 1056; TULLINI, *L’economia digitale alla prova dell’interesse collettivo*, cit.; MARASCO, *Nuove forme di contrattazione sindacale nelle relazioni industriali su piattaforma*, in *Labour Law Issues*, 2019; DONINI, *Il luogo per l’esercizio dei diritti sindacali: l’unità produttiva nell’impresa frammentata*, cit., 7.

²⁷ Cfr. CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella “grande trasformazione”*. *L’innovazione sociale in sei tappe*, cit., 66-67. Al riguardo si consideri che nessuna *corporations* della *Gig economy*, sino ad oggi, ha aderito a una delle organizzazioni datoriali esistenti; esse sono svincolate e non aderenti né a Confcommercio, né a Cna, né tantomeno a Confindustria: cfr. FAIOLI, *Jobs “App”, Gig economy e sindacato*, cit., 301. Non sono peraltro mancati tentativi da parte dei sindacati confederali di arginare i fenomeni di fuga e di intercettare le nuove istanze di tutela che esprime il mondo dei lavoratori digitali, come testimoniano alcuni progetti adottati in via sperimentale dalla Uil, che ha creato il sito *Networkers*, e dalla Cgil, che ha elaborato la piattaforma digitale *Idea Diffusa* al fine di superare la contrapposizione tra partecipazione in rete e strutture organizzate: al riguardo cfr. CAPONETTI, *Social media e rappresentanza aziendale: quali scenari?*, cit., 5; cfr. *amplius* MANCINI, *Il sindacato di fronte all’economia di Internet: “Idea diffusa”, l’intelligenza collettiva della Cgil*, in *Labour Law Issues*, 2018, 54. Così del resto anche sul fronte della rappresentanza dei datori di lavoro come significativamente puntualizzato da LASSANDARI, *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile*, in *Labour Law Issues*, 2018, 9.

²⁸ A tal riguardo MARRONE, *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale*, in *Labour Law Issues*, 2019, 12; RECCHIA, *Alone in the crowd? La rappresentanza e l’azione collettiva ai tempi della sharing economy*, cit., 159; ENGBLOM, *Una prospettiva sindacale su digitalizzazione e Gig economy*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 362.

La capacità di intercettare questi nuovi bisogni risulta invece dimostrata da nuove coalizioni che includono movimenti e soggetti collettivi autorganizzati, ovvero forme di aggregazione spontaneamente promosse dai lavoratori delle piattaforme al fine di poter collettivamente veder crescere la loro forza contrattuale e poter così negoziare i contenuti della loro prestazione, ad oggi determinati unilateralmente dalle piattaforme; si assiste così all'emersione di luoghi paralleli di formazione della volontà collettiva e alla nascita spontanea di forme di auto-organizzazione dei lavoratori digitali, talora assimilati ai sindacati di base, talaltra ai sindacati di mestiere. Si tratta in prevalenza di esperienze di autorganizzazione dei lavoratori digitali, sorte e maturate essenzialmente in ambito locale, che non appaiono tuttavia in grado di generare forme di rappresentanza dei lavoratori dotate di un autonomo e forte potere di interlocuzione e contrattazione, specie per poter contrastare all'azione dei loro interlocutori imprenditoriali, spesso costituiti da veri e propri colossi dell'economia²⁹.

Si rinvergono per lo più forme innovative di azione sindacale stimulate dalla rappresentanza istituzionale che hanno tra l'altro dato luogo a veri e propri Accordi territoriali trilaterali, tanto da far parlare di un "ritorno" alle forme di concertazione a livello territoriale; la peculiarità di queste coalizioni spontanee consiste proprio nel privilegiare la dimensione politica-istituzionale che si viene ad affiancare a quella negoziale, incentrando l'azione rivendicativa non tanto verso le controparti datoriali (spesso tra l'altro rappresentate da un algoritmo), quanto piuttosto verso le amministrazioni locali affinché promuovano politiche di riconoscimento e sostegno dell'organizzazione dal basso dei lavoratori e delle loro istanze³⁰.

Si ricorda a tal proposito l'iniziativa assunta dai *riders* di Bologna che ha condotto nel maggio 2018 alla stipula della *Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano*, siglata da Riders Union, Cgil, Cisl, Uil e due piattaforme italiane del *food delivery*, di concerto con il Comune di Bologna, con l'obiettivo specifico di «promuovere la diffusione di una nuova cultura del lavoro

²⁹ Sulle modalità di aggregazione degli interessi dei lavoratori delle piattaforme si rinvia a MARRONE, *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale*, cit., 8 ss.; OCCHINO, *Nuove soggettività e nuove rappresentanze del lavoro nell'economia digitale*, in *Labor*, 2019, 44; LASSANDARI, *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali*, cit., 12 ss.; RECCHIA, *Alone in the crowd? La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della sharing economy*, cit., 144-146.

³⁰ Cfr. FORLIVESI, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, cit., 3 ss. e in special modo a p. 12 dove si richiamano le prime sperimentali forme di autorganizzazione dei lavoratori *on demand* via *app* apparse nelle principali città europee. Riguardo al fenomeno del sindacalismo metropolitano cfr. altresì MARTELLONI, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, in *Labour Law Issues*, 2018, 4, laddove richiama l'esperienza di *Riders Union Bologna*, che si è mosso assumendo come primo terminale dialettico le istituzioni locali.

digitale in Italia e in Europa», come espressamente dichiarato in Premessa; significativa è immediatamente risultata la mancata adesione delle grandi multinazionali del settore che avevano partecipato al tavolo negoziale. La Carta riconosce in capo a tutti i lavoratori e collaboratori delle piattaforme, a prescindere dalla qualificazione subordinata o autonoma della loro prestazione di lavoro, non solo il diritto di costituire o aderire a un'organizzazione sindacale e quello di astenersi collettivamente dal lavoro per un fine comune, ma anche il diritto di riunirsi durante l'orario di lavoro in locali messi a disposizione dalle piattaforme digitali ove presenti o altrimenti in locali idonei messi a disposizione dallo stesso Comune di Bologna prevedendo un monte ore annue retribuite secondo il modello proposto dall'art. 20 St.lav., nonché il diritto di affissione in bacheche messe a disposizione sempre dal Comune felsineo reinterpretando la previsione dell'art. 25 St.lav.³¹.

Nihil simile nel primo ccnl dei *riders*, firmato il 15 settembre 2020 tra AssoDelivery, l'Associazione che rappresenta l'industria italiana del *food delivery*, e Ugl-riders, tra l'altro fortemente discusso per l'unicità dell'organizzazione sindacale stipulante, ove non sono previste particolari modalità di esercizio dei diritti sindacali, che tengano cioè conto delle peculiarità del contesto lavorativo in cui i ciclofattorini si muovono; le parti firmatarie si sono limitate, infatti, a una mera dichiarazione di intenti, promuovendo piuttosto lo strumento concertativo al fine di garantire momenti di consultazione in modo sistematico. Così come del resto nulla dispone a sostegno dell'esercizio della libertà sindacale dei lavoratori delle piattaforme digitali la proposta di Direttiva COM(2021) 762 *on improving working conditions in platform work* del 9 dicembre 2021, la quale anch'essa si limita a promuovere il dialogo sociale specificatamente sui sistemi di gestione algoritmica attraverso la previsione di diritti collettivi di informazione e consultazione.

Una maggiore attenzione alle esigenze di tutela collettiva dei *riders* è stata invece rivolta dalle parti sociali con l'Accordo integrativo aziendale del 29 marzo 2021, siglato tra la società *Takeaway.com Express Italy* (impresa del gruppo *Just Eat*) e i sindacati confederali dei settori trasporto-logistica; al fine di garantire l'esercizio dei diritti sindacali, le Parti hanno infatti concordato modalità che tengono conto della peculiare struttura di lavoro, consentendo a chi ricopre cariche sindacali di usufruire dei relativi permessi preferibilmente in giorni diversi dai festivi, dal sabato e della domenica oppure prevedendo che il diritto di affissione

³¹ Sulla natura di tale Accordo e sulla sua limitata efficacia soggettiva, cfr. MARTELLONI, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, cit., 7 ss., ove evidenzia in particolare il limite rappresentato dalla mancata previsione di specifiche conseguenze rimediale; LASSANDARI, *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali*, cit., 9; FORLIVESI, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, cit., 12 ss.

possa essere esercitato tramite bacheche digitali e il diritto di assemblea in modalità digitale³².

La vera sfida per le aggregazioni sindacali appare dunque essere quella di riuscire a superare i particolarismi locali e le esperienze di sindacalismo informale per andare a intercettare e sintetizzare gli interessi collettivi propri dei lavoratori delle piattaforme digitali mediante forme di rappresentanza collettive, al fine di imporre forme innovative di contrattazione volte a definire adeguati *standard* minimi di tutela³³.

4. Verso un modello di contrattazione collettiva 4.0

Un ripensamento degli ambiti di intervento della contrattazione collettiva è altresì indotto dalla gestione dei rapporti di lavoro tramite algoritmi, così come dal superamento di un'organizzazione statica del lavoro fondata su strutture definite e gerarchizzate a favore di modelli organizzativi sempre più orizzontali e fluidi adottati dall'impresa intelligente della quarta rivoluzione industriale³⁴.

Per quanto concerne la gestione algoritmica dei rapporti di lavoro, si sottolinea la necessità di “contrattare” in sede sindacale l'uso degli algoritmi al fine di contrastare l'evidente squilibrio che intercorre tra il potere contrattuale della piattaforma (la quale per acquisire prestazioni di lavoro può rivolgersi a un numero potenzialmente indeterminato di lavoratori) e il lavoratore (il quale per svolgere una determinata attività si trova a dover accettare le condizioni da questa imposte)³⁵. Considerato tra l'altro come la piattaforma possa decidere di offrire condizioni diverse a diversi lavoratori incrementando ancora di più la competizione tra gli stessi e rendendo ulteriormente più difficile l'organizzazione collettiva³⁶, la contrattazione collettiva si propone come lo strumento naturale per imporre ai

³² Al riguardo v. DI MEO, *I diritti sindacali (art. 22)*, in *Labour Law Issues*, 2021.

³³ Di tale avviso CHIAROMONTE, *Lavoro (povero) tramite piattaforme digitali, rappresentanza e tutela collettiva fra sindacalismo informale e sindacalismo tradizionale*, in CHIES - FERRARA - PODRECCA (a cura di), *Le dimensioni della povertà*, Torino, 2020, 283; MONDA, *Lo Statuto alla prova “Industria 4.0”: brevi riflessioni sulla c.d. disintermediazione sindacale*, cit., 350; DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in CIPRIANI - GRAMOLATI - MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, cit., 223 ss.; RECCHIA, *Alone in the crowd? La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della sharing economy*, cit., 162.

³⁴ Come emerge dal documento redatto dalla Commissione lavoro del Senato nel 2017 intitolato *L'impatto sul mercato del lavoro della quarta rivoluzione industriale*, una produzione flessibile in grado di assecondare una domanda maggiormente soggetta a fluttuazioni e mutazioni rispetto al passato.

³⁵ ZAPPALÀ, *Voce Management algoritmico*, cit., 153.

³⁶ BORELLI, *Voce Contrattazione dell'algoritmo*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 44; DE STEFANO, *Lavoro “su piattaforma” e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 241 ss.

gestori delle piattaforme il rispetto di determinati *standard* minimi di tutela ed evitare così la concorrenza al ribasso tra lavoratori che queste alimentano.

Contrattare l'algoritmo significherebbe altresì renderne comprensibile il funzionamento così da risolvere i problemi di trasparenza da più parti lamentati³⁷ e al contempo prevenire quei comportamenti discriminatori dei lavoratori che ne possono discendere. La strumentazione digitale e in particolare gli algoritmi di misurazione e valutazione delle prestazioni di lavoro si rivelano, infatti terreno fertile per lo sviluppo di nuove pratiche discriminatorie e di potenziamento per quelle già in essere: la misurazione mediante una decodificazione algoritmica e la relativa definizione di *standard* di lavoro ai quali doversi adeguare e da cui far derivare conseguenze, anche importanti, sul rapporto di lavoro sono evidenti possibili presupposti di pratiche discriminatorie a seconda di come l'algoritmo stesso è stato programmato attesa la «forza deterministica e [solo] apparentemente neutrale che possiedono le tecnologie»³⁸.

Risulta pertanto indispensabile che il sindacato intervenga, fin dalla fase di progettazione dell'algoritmo, sui meccanismi di funzionamento automatico dei sistemi predittivi in modo da ricondurli – tramite la valorizzazione e l'implementazione dei principi di trasparenza e di conoscibilità dei meccanismi decisionali automatizzati – alla capacità di controllo e di orientamento umano affinché equità e qualità dei rapporti di lavoro nell'economia digitale possano essere credibilmente perseguite³⁹; l'azione sindacale da reattiva dovrebbe così diventare più «preventiva, predittiva e progettuale»⁴⁰, assumendo quale oggetto primario della contrattazione collettiva la progettazione dell'organizzazione del lavoro pervasa da tecnologie digitali. In questi termini è del resto intervenuta la Commissione europea nella recente proposta di direttiva COM(2021)762 del 9 dicembre 2021, precedentemente richiamata, in cui promuove la trasparenza, l'equità e la responsabilità nella gestione algoritmica del lavoro al fine di migliorare le condizioni dei lavoratori delle piattaforme digitali. Sotto questo profilo la proposta di direttiva si delinea molto analitica, in stile *hard law*,

³⁷ ALOISI - DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari, 2020 *passim*.

³⁸ TULLINI, *Presentazione*, in *Webinar di Labour Law Community, Algorithm at work: machine learning and discrimination*, 23 aprile 2021. Sulla questione delle discriminazioni algoritmiche si rinvia al contributo di BORZAGA in questo Fascicolo di *Ianus*; al riguardo si vedano altresì: PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour Law Issues*, 2021; PIETROGIOVANNI, *Presentazione*, in *Webinar di Labour Law Community, Frank discriminava: riders, algoritmi e discriminazioni*, 2 febbraio 2021; LAZZERONI, *Voce Discriminazioni digitali*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 99 ss.

³⁹ Così TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *federalismi.it*, 2022, 190 ss.; cfr. al riguardo ZAPPALÀ, *Voce Machine learning*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 149.

⁴⁰ FORLIVESI, *Sindacato*, cit., 160.

intervenendo di fatto a disciplinare e proceduralizzare la gestione algoritmica attraverso cui operano le piattaforme di lavoro digitale.⁴¹

Per quanto concerne l'organizzazione del lavoro, occorre considerare come le logiche orizzontali e reticolari proprie dell'industria fluida, nel momento in cui frantumano la catena verticale del comando e del controllo, tendano a promuovere una "nuova" figura di lavoratore, caratterizzata da mansioni non più standardizzate, ma fortemente flessibili, la quale richiederà una diversa attenzione da parte della contrattazione collettiva.

Il sindacato dovrà dunque essere in grado di fornire risposte adeguate alle esigenze di tutela dei lavoratori dell'Industria 4.0, ripensando istituti come l'orario di lavoro e valorizzandone altri come la formazione, oltre a prevedere forme di remunerazione legate al merito e al coinvolgimento in progetti produttivi e in *mission* aziendali e non solo al tempo trascorso sul luogo di lavoro. Si pensi in particolare ai processi di *machine learning* che richiedono ai fini dell'aggiornamento della macchina interazioni continue tra la macchina stessa e l'uomo, i quali mettono in crisi e di fatto superano il concetto di professionalità come concetto statico di competenze teoriche, i quali presumibilmente richiederanno non solo l'attivazione di meccanismi di gestione cooperativa del sistema degli inquadramenti⁴², ma anche una valorizzazione delle capacità soggettive immateriali e intellettuali dei lavoratori (le c.d. *fusion skills*)⁴³: in questo contesto la contrattazione collettiva dovrà necessariamente svolgere un ruolo determinante nel regolare le nuove figure professionali addette a svolgere mansioni adatte alla complessità tecnologica.

Appare pertanto evidente come nel mondo del lavoro digitalizzato e automatizzato, sempre più incentrato sul connubio tra capitale umano altamente qualificato e tecnologie intelligenti e comunicanti, la formazione sia destinata ad assumere un ruolo strategico nelle istanze rivendicative del sindacato. In tal senso

⁴¹ Cfr. ZAPPALÀ, Voce *Algoritmo*, cit., 21, ove, da un lato, si sottolinea il carattere innovativo della proposta di Direttiva che prova a concretizzare e rendere operativo il c.d. *right to explanations*, ovvero il diritto alla spiegazione dell'algoritmo, così come il diritto al controllo umano sulla decisione adottata dall'algoritmo, dall'altro lato, si mette in evidenza i limiti di tale proposta in quanto destinata a operare solo con riguardo al lavoro tramite piattaforme digitali e non direttamente applicabile in altri settori, come quello della logistica e dell'e-commerce ove la gestione algoritmica del lavoro sta trovando spazi ugualmente importanti.

⁴² Di tale avviso CARUSO, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 81 ss.

⁴³ Sul punto cfr. ZAPPALÀ, Voce *Machine learning*, cit., 148, ove ricorda come le attività di *machine learning* che presuppongono una complementarietà uomo-macchina diano luogo a nuove professionalità, ovvero a nuovi ruoli aziendali "umani" aventi lo scopo di allenare e perfezionare le Intelligenze Artificiali. Al riguardo si veda *amplius* FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Torino, 2018; nell'ambito della letteratura organizzativa si rinvia a DAUGHERTY - WILSONS, *Human+Machine. Ripensare il lavoro nell'età dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2018, sulla pluralità di nuove figure professionali nascenti con la funzione di mediatori analogici.

è del resto già intervenuto il legislatore laddove - nell'istituire presso l'Anpal il Fondo nuove competenze al fine di sostenere programmi aziendali di politica attiva nei confronti dei lavoratori e favorire così un adeguamento delle loro competenze e del loro profilo professionale a fronte dei cambiamenti dei modelli organizzativi e produttivi delle imprese discendenti dal processo della transizione digitale in corso - prescrive il coinvolgimento degli attori sociali per la definizione dei progetti formativi (art. 88 d.l. n. 34/2020)⁴⁴. Altresì, sempre in tale direzione, nel giugno 2020 è stato stipulato tra le maggiori confederazioni sindacali e imprenditoriali europee l'*Accordo quadro delle Parti Sociali sulla Digitalizzazione*, un'intesa negoziale volta sia a incentivare un approccio di partenariato nell'affrontare le principali sfide poste dai processi di digitalizzazione del lavoro, sia ad assistere i lavoratori nell'uso delle tecnologie digitali dotandoli di competenze adeguate mediante la formazione continua⁴⁵.

Occorre dunque rinnovare i contenuti della contrattazione collettiva adattandoli alle esigenze di tutela dei lavoratori che discendono dall'affermazione dell'economia digitale. Al tempo stesso si avverte l'opportunità anche di un ripensamento dell'intero sistema contrattuale, preferibilmente a favore del livello negoziale aziendale in considerazione delle peculiarità dei modelli produttivi implementati nei diversi contesti organizzativi e produttivi, se non anche di forme ibride di negoziazione in cui la contrattazione collettiva riserva degli spazi all'autonomia individuale al fine di scongiurare che nella nuova economia digitalizzata e automatizzata il contratto individuale di lavoro diventi lo strumento privilegiato per la gestione dei rapporti di lavoro con il superamento delle logiche collettive⁴⁶.

La problematica che tuttavia maggiormente si pone, quando parliamo di una contrattazione collettiva 4.0 a tutela dei lavoratori delle piattaforme digitali, riguarda il riconoscimento di un diritto alla negoziazione collettiva in capo ad essi. Infatti, se, da un lato, si ricorda come il diritto alla contrattazione collettiva, oltre

⁴⁴ In particolare la norma richiamata prevede la possibilità, previo accordo collettivo aziendale o territoriale tra le associazioni datoriali e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di attuare una temporanea rimodulazione dell'orario lavorativo per consentire ai dipendenti di partecipare a percorsi formativi *ad hoc*, rimettendo i relativi oneri contributivi, previdenziali e assistenziali a carico del Fondo. Sul punto cfr. VALENTI, *La valorizzazione della professionalità nel post-pandemia: nuove opportunità per il dialogo sociale*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021; D. GAROFALO *Rivoluzione digitale e occupazione: politiche attive e passive*, in *Lav. giur.*, 2019, 329 ss.; CRUZ VILLALÓN, *Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione dell'economia*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 463 ss.

⁴⁵ Cfr. al riguardo ROTA, *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in *Labour Law Issues*, 2020.

⁴⁶ Così FAIOLI, *Unità produttiva digitale. Perché riformare lo Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021; CARUSO - DEL PUNTA - TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit., 53; MONDA, *Lo Statuto alla prova "Industria 4.0": brevi riflessioni sulla c.d. disintermediazione sindacale*, cit., 347; SEGHEZZI, *Lavoro e relazioni industriali nell'Industry 4.0*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 204.

ad essere garantito dalla Costituzione italiana all'art. 39, risulta formalmente riconosciuto in tutte le principali Carte dei diritti fondamentali (dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 6 della Carta sociale europea riveduta), nonché annoverato dall'Organizzazione internazionale del lavoro tra i c.d. *core labour standard*⁴⁷, dall'altro lato, va ricordato come in numerosi Paesi l'esercizio del diritto di negoziazione collettiva da parte dei lavoratori autonomi, quali in prevalenza sono qualificati i lavoratori delle piattaforme digitali, risulti ostacolato dal fatto che essi sono equiparati alle imprese e che eventuali accordi intesi a regolamentare le condizioni di lavoro sarebbero da considerarsi contrari alle regole *antitrust*⁴⁸.

Tale preclusione contribuisce a frammentare ancor di più la collettività dei lavoratori delle piattaforme digitali e a indebolire la forza dei movimenti sindacali, favorendo il già dilagante processo di individualizzazione delle condizioni di lavoro; al tempo stesso, i lavoratori che rivendicano lo *status* di subordinati (e i sindacati che li assistono) non hanno interesse a esercitare il diritto alla contrattazione collettiva, in quanto consapevoli che, in caso di negato riconoscimento di tale *status* da parte delle Corti, i contratti eventualmente stipulati risulterebbero illegittimi⁴⁹.

Dunque, se il diritto alla contrattazione collettiva è considerato, al pari degli altri diritti sindacali, uno strumento essenziale per il miglioramento delle condizioni di lavoro, non riconoscere sostanzialmente tale diritto ai lavoratori del *platform economy* significa implicitamente ammettere e persino legittimare l'asimmetria di potere che intercorre tra questi e le piattaforme⁵⁰.

Tale problematica non sembrerebbe assumere rilevanza, almeno apparentemente, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano ove il diritto alla contrattazione collettiva è ormai pacificamente riconosciuto anche ai lavoratori autonomi⁵¹: non solo la Corte costituzionale e la Cassazione – come in precedenza

⁴⁷ Con riferimento ai diritti protetti dalla normativa OIL cfr. DE STEFANO, *Non-standard workers and freedom of association: a critical analysis of restrictions to collective rights from a human rights perspective*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT.*, n. 123/2015. Si richiama inoltre la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali in cui è stato affermato che l'esercizio del diritto alla contrattazione collettiva rappresenta «una base essenziale per il godimento degli altri diritti della Carta» (decisione del 3 luglio 2013 nei confronti del reclamo n. 85/2012, par. 109).

⁴⁸ Sul punto si veda BORELLI, *Voce Contrattazione dell'algoritmo*, cit., 44; DE STEFANO, *Lavoro "su piattaforma" e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, cit., 44.

⁴⁹ *IBIDEM*, 45, a cui si rinvia riguardo al dibattito tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia e quella del Comitato europeo dei diritti sociali e dei Comitati OIL sulla questione dell'ambito soggettivo del diritto alla contrattazione collettiva.

⁵⁰ Sull'esigenza di bilanciare la situazione di monopsonio della domanda di lavoro a favore delle imprese che controllano il mercato delle piattaforme, cfr. CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella "grande trasformazione". L'innovazione sociale in sei tappe*, cit., 90.

⁵¹ Non a caso proprio in Italia è possibile riscontrare il numero più alto di contratti collettivi per i lavoratori delle piattaforme, specialmente nell'ambito del *food delivery*: si veda al riguardo

ricordato (v. *supra* § 3) – hanno interpretato in modo estensivo l’ambito di applicazione dei diritti sindacali riconosciuti dagli artt. 39 e 40 Cost., ma più volte anche lo stesso legislatore ha previsto una negoziazione collettiva in materia di lavoro autonomo⁵².

Tuttavia, considerato il carattere transnazionale del lavoro su piattaforma derivante dalla natura dello strumento algoritmico, oltre che dai finanziamenti che provengono prevalentemente dalle multinazionali del settore della distribuzione e dall’apertura dei mercati che collocano il fenomeno in una dimensione che supera i confini nazionali, risulta evidente come anche l’azione collettiva dovrebbe essere di carattere transnazionale. Sennonché, proprio a livello transnazionale, i sindacati incontrano forti difficoltà a sperimentare forme di organizzazione degli interessi collettivi e di contrattazione collettiva per le regole europee del diritto internazionale privato, le quali non agevolano uno sviluppo dell’azione collettiva oltre i confini nazionali⁵³.

Nel lavoro intermediato da piattaforme digitali la vera sfida per le organizzazioni sindacali, specie se si tratta di aggregazioni spontanee, è dunque interessare relazioni con altre mobilitazioni a livello globale, così da riuscire a intercettare e sintetizzare gli interessi collettivi superando i particolarismi locali in favore di un coordinamento globale unitario in grado di imporre alle piattaforme forme innovative di contrattazione collettiva. Inoltre, affinché i movimenti sindacali autorganizzati riescano a potenziare la propria sfera di influenza, si è avvertita l’esigenza che questi facciano altresì rete con la società civile e la cittadinanza allo scopo di rompere l’isolamento del rapporto lavoratore-piattaforma ricomponendo gli interessi collettivi e al tempo stesso stimolando l’attenzione dell’opinione pubblica e l’attivazione delle istituzioni⁵⁴. Secondo il modello denominato *social movement unionism* che si fonda su rapporti sinergici

QUONDAMATTEO, *Eppur si muove. Il difficile cammino della contrattazione collettiva nel settore del food delivery*, in *Labour Law Issues*, 2021, R.92-R.113.

⁵² Si richiama a titolo esemplificativo quanto disposto all’art. 2, co. 2, d.lgs. n. 81/2015, come già dall’art. 8, co. 2, lett. e), l. n. 148/2011. Su come la soluzione legislativa prescelta in Italia abbia legittimato la contrattazione collettiva di adattamento e specificativa di condizioni di trattamento per tali lavoratori semi indipendenti, riconoscendo loro indirettamente il diritto di contrattazione collettiva, cfr. CARUSO, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 1005 ss.

⁵³ Cfr. LOFFREDO - TUFO, *Lavoro e impresa digitale tra norme nazionali ed economia transnazionale*, cit., 30; sul carattere internazionale dello scenario in cui sono chiamate a muoversi le nuove soggettività giuridiche, v. OCCHINO, *Nuove soggettività e nuove rappresentanze del lavoro nell’economia digitale*, cit., 47.

⁵⁴ In tal senso FORLIVESI, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, cit., 9; WEISS, *La platform economy e le principali sfide per il diritto del lavoro*, cit., 724; LOFFREDO - TUFO, *Lavoro e impresa digitale tra norme nazionali ed economia transnazionale*, cit., 30; LASSANDARI, *Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano tecnologie digitali*, in *Quad. riv. giur. lav.*, 2017, 68; MENSI, *Lavoro digitale e sindacato*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 528.

delle coalizioni sindacali con la società civile, il sindacato potrà così intraprendere nuove strategie federative del lavoro idonee a contrastare la frammentazione e la segmentazione occupazionale che caratterizza il mondo del lavoro nella *platform economy*, assolvendo il suo ruolo di attore protagonista quale intermediario non solo tra lavoratori e datori di lavoro, ma anche tra cittadini-lavoratori e il potere pubblico nella gestione e nel perseguimento degli interessi generali dell'ordinamento⁵⁵.

⁵⁵ Sul modello e le funzioni del *social unionism* tra nuove e vecchie solidarietà cfr. CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella "grande trasformazione"*. *L'innovazione sociale in sei tappe*, cit., 85; FORLIVESI, *Sindacato*, cit., 157-158; e già FORLIVESI, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, cit., 10; a tal riguardo cfr. altresì DI NUNZIO - BRUNETTI - MANCINI, *Le frontiere dell'azione sindacale nella frammentazione del lavoro*, in *Quad. rass. sind.*, 2015, 243 ss.

ALTRI SAGGI

DECENT WORK E CATENE GLOBALI DEL VALORE: IL DIRITTO “IN AZIONE”^o

Vania Brino

*Professoressa Ordinaria di Diritto del lavoro
Università Ca' Foscari di Venezia*

Il saggio si sofferma sulle sfide che il diritto del lavoro deve affrontare a seguito dei processi di scomposizione dell'impresa nella cornice del mercato globale, identificando nelle catene globali del valore il terreno di elezione di tali dinamiche. Le reazioni del sistema si sono via via intensificate negli ultimi tempi, in particolare a partire dai Principi Guida dell'ONU sul Business e i Diritti umani del 2011. L'analisi sistematizza gli interventi più significativi, sia a livello nazionale che sovranazionale, registrando, pur nell'eterogeneità delle misure adottate, una convergenza di obiettivi intorno alla c.d. governance societaria sostenibile.

The article focuses on the challenges that labor law must face following the decomposition processes of the company in the framework of the global market, identifying global value chains as the terrain of choice for these dynamics. The reactions of the system have gradually intensified in recent times, in particular starting from the 2011 UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Take into consideration the heterogeneity of the measures adopted, there is a convergence of objectives around the so-called sustainable corporate governance.

Sommario

1. Uno scenario in trasformazione
2. La posizione dell'Organizzazione internazionale del lavoro
3. L'attivismo dell'Unione Europea
4. Il ruolo degli Stati
5. Quali scenari in prospettiva?

^o Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Uno scenario in trasformazione

Gli effetti che la scomposizione dell'impresa, lungo la catena globale del valore, ha prodotto sul piano regolativo rappresentano le nuove sfide che il diritto del lavoro deve oggi porsi, alla ricerca di meccanismi e strategie funzionali a mitigarne l'impatto sui sistemi sociali e del lavoro.

La complessità organizzativa e i processi di frammentazione socioeconomica, associati alla moltiplicazione degli attori e dei regimi normativi, hanno infatti determinato un cambiamento qualitativo del diritto del lavoro¹, sia esso inteso come sistema ancora esclusivamente nazionale, sia esso concepibile, pur in embrione, come destinato ad evolversi in un diritto del lavoro per certi versi "globale"², con inevitabili implicazioni sulla sua fisionomia prospettica.

La "delocalizzazione" dei rischi e delle responsabilità, della quale si nutrono le filiere globali, provoca infatti voragini normative che impattano pesantemente sui destini dei lavoratori. Le criticità sono essenzialmente riconducibili alle tensioni che si vengono a creare tra la sfera della regolazione, le nuove forme di organizzazione economica e i territori di insediamento. Rileva qui, prepotente, il tema della territorialità limitata del diritto in rapporto all'estensione globale della produzione³.

Ciò a dire che la "nazionalità" del diritto entra necessariamente in contatto con la spazialità fluida dell'impresa e, questo, mette a dura prova i paradigmi costitutivi della regolazione. Viene in questo senso messa in discussione la "saldatura fra un modello di tutela ed il territorio su cui insiste la prestazione lavorativa"⁴ per effetto di un duplice ordine di fenomeni, ovvero la dissociazione organizzativa e la dissociazione territoriale. Da qui, l'accentuarsi delle differenze di trattamento economico e normativo, l'indebolimento dell'azione collettiva, l'aumento dei rischi e dell'insicurezza nei luoghi di lavoro non sono che alcune delle rappresentazioni più emblematiche delle dinamiche che animano il mercato globale.

Negli ultimi anni si è via via intensificato il dibattito sull'introduzione di strumenti normativi volti a governare il comportamento delle imprese, con particolare riferimento alla materia dei diritti umani in genere, e dei diritti sociali

¹ RITTICH - MUNDLAK, *The challenge to comparative labour law in a globalized era*, in FINKIN - MUNDLAK (eds), *Comparative Labor Law*, Cheltenham, 2017, 92 ss.

² FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012; FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Collection L'Académie en poche, Série L'Économie de marché est-elle juste?, Tome IV, Bruxelles, 2014.

³ Per ulteriori approfondimenti sia consentito il rinvio a BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, Torino, 2020.

⁴ BANO, *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in *Lav. dir.*, 2015, 589 ss.

fondamentali in particolare⁵. Ciò è indubbiamente dovuto all'azione di pressione esercitata dalle istituzioni internazionali, e tra queste in primis l'Organizzazione internazionale del lavoro (di seguito OIL), nonché dalle Organizzazioni non governative e dalla società civile, ma è altresì riconducibile all'emersione di una nuova diffusa consapevolezza in ordine alle aspettative sociali ed ambientali espresse a livello globale nei confronti delle imprese transnazionali.

Questo apparato eterogeneo di previsioni, contenute in atti aventi una valenza politica ma privi di immediata rilevanza giuridica⁶, rappresentano dei micro-cosmi regolativi che oggi trovano un collante strategico sia nei Principi Guida dell'Onu elaborati dall'Alto Rappresentante per i diritti umani e il *business*, John Ruggie, e promulgati nel giugno 2011 dalle Nazioni Unite (nel proseguo Principi Guida)⁷ sia, più recentemente, nell'Agenda Onu 2030 sullo sviluppo sostenibile, all'interno della quale viene dato ampio spazio al tema del *business* responsabile e sostenibile.

Di particolare evidenza è stata poi la costituzione, nel 2014, ad opera del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, di un gruppo di lavoro intergovernativo con il mandato di redigere uno strumento internazionale, giuridicamente vincolante, per regolare le attività delle società transnazionali e di altre imprese commerciali nella materia dei diritti umani. La bozza più recente della proposta di Trattato è stata pubblicata il 17 agosto 2021⁸ e in essa viene espressamente riconosciuto l'obbligo per gli stati firmatari di adottare misure legislative atte a garantire che le imprese operanti all'interno della propria giurisdizione rispettino i diritti umani internazionalmente riconosciuti (art.8).

Posto quindi il terreno di analisi, rappresentato dalle filiere globali del valore, le istituzioni internazionali si sono mosse, per un verso, con il chiaro obiettivo di promuoverle e sostenerle, in quanto assunte come leve della crescita economica ed occupazionale nonché forza trainante dello sviluppo di molti paesi nel mondo; per altro verso, tuttavia, quelle stesse organizzazioni si sono interrogate, sia pur con sensibilità diverse, sulle implicazioni sociali di tale modello economico e, in questa prospettiva, hanno ricercato soluzioni regolative attraverso le quali fornire risposte alle molteplici questioni sollevate dalle filiere, e sul piano della tutela dei

⁵ V. in particolare ILO, *Decent work in a globalized economy. Lessons from public and private initiatives*, Geneva, 2021.

⁶ Basti qui richiamare le Linee Guida dell'OCSE del 1976 (revisionate poi nel 2000 e nel 2011), la Dichiarazione tripartita dell'OIL sui principi riguardanti le imprese multinazionali e la politica sociale (del 1977, rivista nel 2000, nel 2006 e da ultimo nel 2017), il *Global Compact* dell'Onu (2000) e ancora le Norme delle Nazioni Unite sulla responsabilità delle imprese multinazionali e le altre imprese con riguardo ai diritti umani (2003).

⁷ Principi Guida su Imprese e Diritti Umani in attuazione del Quadro dell'Onu, *Proteggere, rispettare, rimediare*, A/HRC/17/31, in: <https://www.iriss.cnr.it/irisswp/wp-content/uploads/2016/09/principi-guida-su-imprese-e-diritti-umani-con-commentario.pdf>.

⁸ <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>

diritti dei lavoratori e, più in generale, di tutti coloro che a vario titolo entrano in contatto con la catena globale del valore⁹.

Tra i profili di maggior interesse per il giuslavorista, dinanzi allo scenario poc'anzi descritto, ve ne sono due che identificano, al contempo, le coordinate entro cui si sviluppa il presente contributo.

Da un lato la topografia delle azioni adottate, nel passato come nel presente, riflette uno scenario estremamente frastagliato che appare caratterizzato dalla *soft law*, come baricentro regolativo dominante, ma tende, in prospettiva, verso un'inattesa rivalutazione di strumenti regolativi di *hard law*, pur nei limiti che insistono sulla regolazione statutale in rapporto all'estensione sovranazionale delle attività economiche¹⁰. Si registra altrimenti una torsione da una regolazione centrata, pressoché esclusivamente, sulla *soft law*, a disposizioni di *hard law* che introducono inedite forme di responsabilità giuridicamente rilevanti. Tra le esemplificazioni più significative basti richiamare la proposta di Direttiva europea sulla *due diligence* così come la legge francese sul *devoir de vigilance* (v. *infra*).

Per altro verso, gli interventi regolativi che si stanno via via diffondendo tendono a mitigare l'impostazione tradizionalistica che poggia sull'attribuzione unitaria delle responsabilità nell'ambito del rapporto di lavoro. Del resto, dinanzi alle sofisticate strategie di organizzazione adottate dalle imprese per internazionalizzarsi nei territori più attrattivi, il diritto deve interrogarsi sulle tecniche più efficaci per stanare il vertice della catena, ovvero l'impresa che coordinata i suoi nodi per effetto di vincoli societari ma anche per situazioni di dipendenza economica e/o finanziaria. Qui, il nodo da sciogliere verte sulle relazioni di potere tra imprese e, in particolare, sulla possibilità di considerare il controllo esercitato dall'impresa dominante quale presupposto in ragione del quale attribuire alla stessa una responsabilità nei confronti dei lavoratori delle sussidiarie e dei fornitori.

Identificato quindi il contesto da cui partire, e richiamati i profili di criticità che affliggono la governance delle filiere globali, il presente contributo intende soffermarsi, sia pur a grandi linee, sui processi regolativi in atto, vuoi sul versante

⁹ Tra gli interventi che entrano nello specifico sul tema delle filiere globali è importante richiamare la Risoluzione OIL del 2016 sul lavoro dignitoso nelle catene globali del valore (v. *infra*), le Linee Guida dell'OCSE sul dovere di diligenza per la condotta d'impresa responsabile adottate nel maggio del 2018, così come gli interventi di caratura più settoriale che riguardano ambiti particolarmente vulnerabili sul piano della tutela dei diritti dei lavoratori. Il riferimento va alle Linee Guida dell'OCSE del 2016 sulla *due diligence* nelle catene del settore minerario nelle zone di conflitto e ad alto rischio, e alle Linee Guida dell'OCSE del 2017 sulla *due diligence* nelle catene nei settori dell'abbigliamento e delle calzature, nel settore agricolo, in quello finanziario ed estrattivo.

¹⁰ KOLBEN, *Integrative Linkage: Combining Public and Private Regulatory Approaches in the Design of Trade and Labour Regimes*, in *Harvard International Law Journal*, 2007, 203. ID., *Dialogic Labor Regulation in the Global Supply Chain*, in *Michigan Journal of International Law*, 2015, 425.

istituzionale che collettivo, aventi ad oggetto la responsabilizzazione degli attori economici all'interno dello scenario globale. In questa prospettiva appare determinante il ruolo propulsivo svolta dall'OIL sia nei confronti dei governi nazionali, che si sono dimostrati particolarmente reattivi nell'implementare le linee di indirizzo dell'Organizzazione, sia con riguardo alle imprese sulle quali l'OIL è intervenuta con l'obiettivo di indirizzarle verso modelli di business sostenibili, inclusivi e rispettosi dei diritti fondamentali del lavoro.

2. La posizione dell'Organizzazione internazionale del lavoro

Tra le numerose iniziative avviate dall'OIL al fine di responsabilizzare le imprese all'interno dello scenario globale¹¹, preme richiamare, ai nostri fini, soprattutto la Risoluzione dell'OIL sul lavoro dignitoso nelle catene globali del valore del 2016 in quanto affronta specificamente i problemi di *governance* nelle catene globali del valore dalla prospettiva giuslavoristica, integrando e completando la trama regolativa introdotto con i Principi Guida.

Pervero l'OIL, già a partire dalla Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale del 1977 (revisionata da ultimo nel 2017), si era posta il problema di come indirizzare il comportamento delle imprese, e promuovere il rispetto degli standard giuslavoristici, indipendentemente dal loro perimetro di azione. Ma è per effetto della tragedia di *Rana Plaza* in Bangladesh del 2013 che l'OIL innesca un significativo cambio di rotta nelle sue politiche di intervento, focalizzandosi in via prioritaria sul lavoro dignitoso nelle filiere globali¹².

In questa prospettiva l'OIL, coerentemente alla propria vocazione cooperativa sul piano internazionale, sceglie la via del dialogo con le imprese coinvolte nel crollo del *Rana Plaza*, promuovendo la sottoscrizione dell'accordo tra IndustriALL, UNI Global e numerose imprese multinazionali del settore tessile, nel quale l'Organizzazione stessa ha un ruolo inedito di controllo e di monitoraggio.

La direzione è in quell'occasione ormai tracciata, tanto che di lì a poco viene avviata una discussione, in seno all'Organizzazione, al fine di elaborare una

¹¹ LEBARON - WALLIN, *Mapping and Measuring the Effectiveness of Labour-Related Disclosure Requirements for Global Supply Chains*, in *ILO Research Department Working Paper*, 2018.

¹² ILO, *Asian Decent Work Decade resource kit: labour market governance*, II ed., Bangkok, 2011, 24; ILO, Sectoral Activities Department, *Wages and Working Hours in the Textiles, Clothing, Leather and Footwear Industries*, Issues Paper for discussion at the Global Dialogue Forum on Wages and Working Hours in the Textiles, Clothing, Leather and Footwear Industries, Sectoral Activities Department, Geneva, 23-25 Sept. 2014; ILO, *Decent work in global supply chains*, *International Labour Conference*, Report IV, Geneva, 2016; ILO, *Resolution concerning decent work in global supply chains*, 105th Session of the International Labour Conference, Geneva, 2016.

Risoluzione sul lavoro dignitoso nelle catene globali del valore. Il 10 giugno 2016 viene promulgata la Risoluzione¹³, quale esito di un dialogo serrato che ha visto una spaccatura tra i rappresentanti delle imprese, da un lato, e le organizzazioni sindacali e i rappresentanti governativi, dall'altro lato¹⁴.

La Risoluzione ha certamente rappresentato un nuovo punto di partenza nel dibattito, non solo in seno all'OIL, sulle misure funzionali a contrastare le prassi di "irresponsabilità sociale" adottate dalle imprese, nonché una base di riferimento all'interno della comunità internazionale sulla *governance* lavoristica nelle filiere. Come è stato espressamente sottolineato nel testo della Risoluzione, nessun'altra organizzazione internazionale ha il mandato, la competenza e l'esperienza dell'OIL per promuovere il lavoro dignitoso nelle catene di approvvigionamento globali¹⁵.

L'*incipit* dell'intervento dell'OIL muove dall'analisi delle tipicità che contraddistinguono le catene del valore: la loro natura proteiforme, e da qui il riferimento ad un modello organizzativo "*complex, diverse and fragmented*"; le precarie condizioni di lavoro; i *governance gaps*, anche definiti come "*decent work deficits*"¹⁶ che rendono gli stati stessi dei soggetti vulnerabili dinanzi alle pressioni dell'economia globale.

Partendo, quindi, da un contesto dominato da dinamiche tutt'altro che favorevoli ai diritti dei lavoratori, l'OIL intende rappresentare sia quanto è stato fatto per "*ensure that economic development and decent work go hand in hand*" sia, soprattutto, cosa è necessario fare per "*achieve coherence between economic outcomes and decent work in global supply chains*". L'accento viene posto sul bilanciamento tra lavoro dignitoso e sviluppo economico, anche traducibile come *upgrading* sociale ed economico, sia sulla coerenza e sull'equità nella redistribuzione del valore aggiunto prodotto all'interno delle filiere.

Riconoscendosi come "*best placed to lead global action for decent work in global supply chains*", l'Organizzazione ha formulato il suo programma di azione centrandolo sulle sinergie tra istituzioni, mondo delle imprese ed attori collettivi. L'OIL ha in questo senso proposto un sistema di *labour governance* che incorpora sia la dimensione verticale delle reti di attori che operano su scala globale, sia la loro collocazione territoriale, vale a dire il profilo dell'integrazione orizzontale.

In questa cornice, accanto agli strumenti di cooperazione tecnica, che sul tema hanno acquisito una particolare rilevanza, l'Organizzazione sottolinea il ruolo dei governi nazionali vuoi sul piano del rafforzamento dei sistemi ispettivi e di

¹³ Cfr. https://www.ilo.org/jakarta/WCMS_555927/lang--en/index.htm. Per i lavori preparatori vedi ILO, *Decent Work in Global Supply Chains*, cit.; ILO, *Workplace compliance in global supply chains*, Geneva, 2016; Documento di Follow-up, *Roadmap for the programme of action*, 2016

¹⁴ Cfr. https://www.ilo.org/jakarta/WCMS_555927/lang--en/index.htm

¹⁵ ILO, *Fourth item on the agenda: Decent work in global supply chains*, 105th Session of the International Labour Conference, Geneva, 2016.

¹⁶ ILO, *Decent Work in Global Supply Chains*, cit.

controllo, che manifestano limiti significativi in molti degli ordinamenti in cui si situano le filiere, vuoi sul versante della valorizzazione della *due diligence* e, più in generale, di tutte quelle misure che prevedono forme di responsabilità della *lead firm* per violazioni dei diritti dei lavoratori intervenute anche al di fuori dell'ordinamento in cui l'impresa *leader* ha la sede legale.

La Risoluzione dell'OIL, se per un verso auspica il potenziamento degli strumenti di responsabilità sociale, tra i quali *in primis* i codici di condotta, per altro verso identifica la *due diligence* come obiettivo comune e condiviso e, da qui, invita i governi nazionali ad implementarla con provvedimenti *ad hoc* che tengano conto delle specificità del settore in cui le imprese operano. Sullo sfondo, permane il tentativo di promuovere una responsabilità dell'attore economico in materia di diritti dei lavoratori che sia, ad un tempo, “*across borders*” e “*beyond the separate legal entity*”¹⁷. Si afferma qui, prepotentemente, il tema delle misure di diritto interno e/o internazionale capaci di estendere, sia pur con meccanismi distinti, il loro braccio protettivo oltre i confini di un singolo Stato.

Ulteriore tassello di una cornice regolativa tutt'altro che uniforme deve ritrovarsi, secondo l'OIL, nella dimensione collettiva e nel dialogo tra le organizzazioni sindacali e le imprese. Opportunamente la Risoluzione riconosce un ruolo decisivo al soggetto sindacale nelle sue declinazioni internazionali e domestiche. La c.d. *social governance*, intesa come l'interazione tra le parti sociali sia a livello aziendale che settoriale, sia nella dimensione interna che internazionale, dev'essere valorizzata in quanto può agire da collante, pensiamo in particolare agli Accordi quadro globali, nella definizione degli apparati di tutela (v. *infra*).

3. L'attivismo dell'Unione Europea

Il contesto europeo si rivela, da qualche tempo, un terreno particolarmente fertile e avanzato sui temi della protezione dei diritti umani, e dei diritti dei lavoratori in particolare, nell'ambito delle attività di impresa¹⁸. La *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, 23 Febbraio 2022, COM(2022) 71 final, 2022/0051 - di seguito “Proposta di Direttiva” o “Proposta”) richiesta dal Parlamento europeo nel marzo del 2021 e presentata dalla Commissione lo scorso 23 febbraio, rappresenta un tassello

¹⁷ ILO, *Decent Work in Global Supply Chains*, Report IV, cit.

¹⁸ AMFORI TRADE WITH PURPOSE, *Human Rights Due Diligence Legislation in Europe: Recommendations for a European Approach, Taking into Account Key Principles of Due Diligence*, Position Paper, 2020, in: <https://www.amfori.org/sites/default/files/amfori-2020-12-02-Position-Paper-Human-Rights-Due-Diligence.pdf>.

fondamentale dei percorsi regolativi di responsabilizzazione degli attori economici all'interno delle catene globali del valore.

L'interrogativo di fondo dal quale muove l'analisi verte sulla possibilità che la due diligence possa essere oggi considerata lo strumento regolativo che riporta a sistema, razionalizza e responsabilizza le imprese nelle complessità del tempo presente.

La contestualizzazione della Proposta di Direttiva, alla luce dei più recenti interventi regolativi a livello europeo che investono il tema della governance societaria sostenibile, è un passaggio necessario al fine di definirne la portata e decifrarne le criticità. Sul punto almeno due profili meritano di essere richiamati nei limiti del presente scritto.

Una prima considerazione porta a registrare che i percorsi regolativi avviati dall'Unione europea, pur nella loro eterogeneità, sono dominati da istanze comuni di responsabilizzazione degli attori economici e trovano il comune denominatore nel paradigma della sostenibilità, quale nuova parola d'ordine che sta assumendo sempre più rilevanza nella legislazione contemporanea.

Pensiamo, ad esempio, alla dir. 2014/95/UE in materia di informazioni non finanziarie e alla discussione in corso volta a potenziare gli strumenti di *enforcement* e la portata degli obblighi per le imprese coinvolte, così come al reg. (UE) n.2020/852 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e definisce i criteri per stabilire se un'attività economica possa essere considerata sostenibile dal punto di vista ambientale.

Il Regolamento poc'anzi richiamato introduce una tassonomia dei prodotti ed investimenti finanziari che devono essere valutati tenuto conto del loro diverso grado di sostenibilità ambientale. Sono tre i parametri in ragione dei quali individuare il livello di sostenibilità associabile ad un'attività economica: l'attività promuove uno o più obiettivi ambientali; l'attività non arreca danni significativi rispetto agli obiettivi posti dal Regolamento; l'attività rispetta le garanzie sociali minime, in particolare le Linee guida OCSE per le imprese multinazionali¹⁹ e i Principi Guida dell'ONU sulle imprese e i diritti umani²⁰. In quest'ultimo rinvio, in particolare, emerge chiaramente l'affinità con le previsioni in tema di due diligence tanto da lasciar presumere che in futuro il rispetto del dovere di vigilanza costituirà un indicatore preso a riferimento dagli investitori per valutare i rischi degli investimenti con riferimento alla materia ambientale e dei diritti umani.

Possiamo altresì richiamare i numerosi interventi settoriali che istituiscono processi di due diligence. Tra questi il Regolamento europeo del 20 ottobre 2010 prevede l'obbligo, per gli operatori che immettono legname e prodotti derivati sul mercato interno, di identificare tutti i subappaltatori nella catena nonché una valutazione dei relativi rischi; così come la normativa per il settore minerario che

¹⁹ OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011.

²⁰ OHCHR, UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011.

imponere alle imprese importatrici di minerali e metalli l'obbligo di tracciare i propri fornitori ed introduce un sistema di gestione dei rischi basato su strategie di identificazione, *audit* di controllo e pubblicazione di una relazione annuale (reg. 2017/821).

Un secondo ordine di questioni indugia sul fatto che, proprio in ragione dell'eterogeneità degli interventi sia a livello europeo che nazionale, la Proposta di Direttiva, in quanto strumento di armonizzazione normativa, risponde all'esigenza, da tempo manifestata in seno alle istituzioni europee, di introdurre una base comune di riferimento per gli stati e per le imprese sul tema della due diligence, ovvero tendere verso la creazione di un quadro comune di previsioni attraverso il quale l'Unione europea si impegna a promuovere la responsabilizzazione delle imprese e la tutela dei diritti umani, garantendo al contempo un'equa concorrenza e il buon funzionamento del mercato interno. Ciò passa necessariamente anche attraverso la definizione del rapporto tra la normativa generale e le normative settoriali di cui si è detto, nella direzione di poter ritenere queste ultime una sorta di tutela rafforzata applicabile in settori particolarmente vulnerabili.

In questi termini il memorandum esplicativo della bozza di direttiva individua cinque obiettivi specifici: migliorare le pratiche di governo societario per integrare meglio la gestione del rischio di sostenibilità nelle strategie aziendali; evitare la frammentazione degli obblighi di dovuta diligenza nel mercato unico e creare certezza del diritto per le imprese e le parti interessate; aumentare la responsabilità delle imprese per gli impatti negativi e garantire la coerenza per le imprese attraverso le iniziative dell'UE esistenti e proposte sulla condotta aziendale responsabile; migliorare l'accesso ai rimedi per le persone lese; integrare misure di sostenibilità più specifiche su determinati temi o settori.

Alla base il tentativo di adeguare il regime di responsabilità delle imprese alle strategie e alle strutture del mercato globale e, in particolare, di ricondurre le responsabilità al potere che le imprese esercitano sulle entità giuridiche ed economiche all'interno delle catene globali del valore.

Venendo all'ambito di applicazione, la Proposta di Direttiva riguarda le imprese dell'Unione Europea con un distinguo da farsi in relazione al numero di dipendenti e al fatturato.

Anzitutto vi sono le grandi società (oltre 500 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale che supera i 150 milioni di EUR) che si stimano nell'ordine di 9400 imprese europee più altre 2600 *extra-Ue*; vi sono poi le società, operanti in determinati settori con rischi elevati (es: settore minerario, tessile, ecc.), che pur non raggiungendo le soglie poc'anzi richiamate, hanno più di 250 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale pari o superiore a 40 milioni di EUR (stimate in 3400 basate in Ue e 1400 in Paesi terzi); infine ci sono le imprese di paesi terzi con una soglia del fatturato generato nell'Unione Europea in linea con i requisiti

di cui sopra. Il fatturato va calcolato a livello globale per le aziende europee e a livello Ue per quelle di Paesi terzi.

Risultano diversamente escluse sia le imprese pubbliche sia le Pmi. Considerato che queste ultime rappresentano circa il 90% delle imprese europee, il terreno di operatività della due diligence si rivela, per lo meno sul piano formale, più contenuto rispetto a quanto previsto sia nei Principi Guida ONU che nelle Linee guida OCSE sulla base dei quali le aziende devono introdurre processi di due diligence opportunamente adattati alle loro dimensioni, ai contesti operativi e, soprattutto, al loro profilo di rischio. Si potrà discutere eventualmente sul fatto che, indirettamente, le Pmi potranno essere coinvolte nel momento in cui risultano partner commerciali dell'impresa sottoposta alla due diligence.

Quanto alla tipologia di rapporti tra imprese che sono oggetto di intervento se, nel passato più recente, l'attenzione delle istituzioni internazionali e dei legislatori nazionali si è concentrata sui rapporti all'interno dei gruppi societari, a partire dai Principi Guida ONU i riflettori si sono accesi sulle catene globali del valore. Esemplificativa di questo cambio di passo è anche la Risoluzione dell'OIL sulla governance delle catene dalla quale emerge chiaramente l'esigenza di costruire un reticolato normativo capace di regolare le dinamiche tra i nodi della filiera garantendo al contempo il rispetto dei diritti dei lavoratori.

La Proposta di Direttiva conferma tale orientamento definendo, come ambito di applicazione della due diligence, sia i rapporti tra imprese e proprie sussidiarie (art. 3 lett. d) sia i rapporti tra l'impresa dominante e i partner commerciali.

Mentre nel primo caso la due diligence discende dal controllo esercitato dalla *lead firm* sulle sussidiarie, e quindi su quanto previsto nella dir. 2004/109/CE, nel secondo rilevano le relazioni commerciali e, nello specifico, le *established business relationship* (art. 3 lett. f). Nel considerando n. 20 si chiarisce che per "*established business relationships*" possono intendersi sia rapporti diretti che indiretti. I criteri individuati guardano all'intensità del rapporto, alla sua durata e al fatto che non rappresenti una parte residuale nelle dinamiche della catena.

La formula utilizzata è mutuata dalla legge francese ma si presenta distonica rispetto a quanto previsto dagli standard internazionali in tema di due diligence. In particolare i Principi Guida ONU adottano una prospettiva regolativa più ampia ovvero non circoscrivono l'ambito di applicazione della due diligence ai "rapporti commerciali consolidati". Una decisione che intende contrastare eventuali comportamenti opportunistici delle imprese finalizzati ad ignorare gli impatti prodotti nelle parti più remote della catena del valore, e considerare quindi solo i rischi relativi ai propri partner strategici. Tra l'altro un'indicazione di questo tipo potrebbe condurre le imprese a privilegiare partner non stabili, così da evitare di assolvere agli obblighi in tema di due diligence. La mappatura dei rischi dipende evidentemente da ciò che accade all'interno di tutti i nodi della catena e, di conseguenza, il piano di vigilanza può dirsi trasparente ed efficace solo se

presuppone a monte l'individuazione di tutti i partner commerciali e delle sussidiarie dell'impresa.

Un'ultima considerazione attiene ai profili sostanziali dell'obbligo di due diligence. Ai sensi del considerando n.15 della Proposta di Direttiva l'obbligo di *due diligence* si configura come un'obbligazione di risultato che dovrà essere ulteriormente dettagliata e specificata dai legislatori nazionali, con il chiaro intento di soddisfare gli obiettivi prefissati dalla Proposta.

Nello specifico, al fine di rispettare l'obbligo di due *diligence* (art. 4), le imprese dovranno:

- a) integrare la due diligence nelle politiche aziendali (art. 5);
- b) individuare gli effetti negativi reali o potenziali sui diritti umani e sull'ambiente (art. 6);
- c) prevenire o attenuare gli effetti potenziali e porre fine o ridurre al minimo gli effetti reali (artt. 6 e 7);
- d) istituire e mantenere una procedura di denuncia (art. 9);
- e) monitorare l'efficacia delle politiche e delle misure di due diligence (art. 10);
- f) dar conto pubblicamente delle misure di due diligence tenuti altresì in considerazione gli obblighi di reporting sulle informazioni non finanziarie (art. 11).

Nei limiti di queste brevi note, intendiamo svolgere qualche considerazione di ordine generale sulla portata dell'obbligo di due diligence a partire dal fatto che, come espressamente evidenziato nell'art. 5, la due diligence deve assumersi come parte integrante delle politiche societarie e tratto identitario delle stesse. In questi termini si assiste ad un'evoluzione e ad un avanzamento rispetto alle logiche che caratterizzano i processi di responsabilità sociale d'impresa.

Una seconda osservazione verte sulla cartografia dei rischi che le imprese sono tenute ad elaborare. Qui viene introdotta una differenziazione tra gli "*actual and potential adverse human rights impacts*" che devono essere individuati dalle imprese di cui all'art. 2 (1) lett. a, e gli "*actual and potential severe adverse impacts*" che devono essere individuati dalle imprese di cui all'art. 2 (1) lett. b e 2 (2) lett. b.

Una simile distinzione potrebbe porre problemi non secondari in fase applicativa, pur se la Proposta di Direttiva interviene precisando che l'intensità del "*severe adverse impact*" è misurata sulla base di una serie di fattori: la natura dell'impatto, il fatto che coinvolga un largo numero di persone o una vasta area territoriale, il fatto che sia irreversibile o rispetto al quale sia particolarmente difficile individuare dei rimedi (art. 3 lett. 1).

Se operiamo un raffronto con i Principi Guida ONU, rileva in particolare il Commento al Principio 14 ai sensi del quale la gravità della violazioni dev'essere accertata tenuto conto della loro entità, ovvero della gravità della violazione; della loro portata, ovvero il numero di soggetti che sono o potranno essere interessati; la loro natura irrimediabile o meno, che può essere definita come i limiti posti alla capacità di riportare gli interessati o l'ambiente ad una situazione almeno identica,

o equivalente, alla loro situazione prima dell'impatto negativo. Questa natura irrimediabile deve essere distinta dalla compensazione finanziaria: quest'ultima è qui importante solo nella misura in cui può consentire il recupero in una situazione identica (o equivalente).

Come chiarito nei Principi n. 18 e n. 24 dei Principi Guida ONU, la gravità non deve intendersi in senso assoluto ma piuttosto in rapporto agli altri impatti sui diritti umani che l'azienda ha individuato e, da qui, l'obbligo di introdurre misure che attenuino i rischi più gravi e, a seguire, di prevedere azioni rivolte a mitigare le altre situazioni di rischio. Le imprese saranno quindi tenute a mappare i rischi anche considerando il loro livello di gravità. In questi termini il punto 2.4 della *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct* dell'OCSE secondo cui l'impresa è tenuta a classificare, se necessario, i rischi di impatti negativi e a definire le misure da adottare in funzione della gravità e della probabilità di questi ultimi.

Una considerazione, da ultimo, riguarda quanto previsto dall'art. 7 in ordine alle azioni che le imprese devono adottare per prevenire gli impatti avversi sui diritti umani e sull'ambiente.

La Proposta prevede, per un verso, l'adozione di un piano d'azione di prevenzione, con scadenze definite e indicatori qualitativi e quantitativi per misurarne i miglioramenti e, per altro verso, la possibilità per le imprese di ottenere delle garanzie assicurative dai propri partner commerciali diretti circa il rispetto del codice di condotta e, se necessario, del piano di prevenzione. Qui va detto che se l'assunzione di responsabilità sul rispetto del codice di condotta e del piano di prevenzione da parte dei partner può certo essere una leva per estendere e rafforzare l'efficacia delle azioni di prevenzione delle violazioni, al contempo è necessario che l'impresa preveda dei sistemi di controllo e monitoraggio al fine di verificare il comportamento dei propri partner. Tale previsione può estendersi anche ai partner con i quali l'impresa intrattiene una "*indirect relationship*" (art. 7 p.3) ma solo con riferimento agli impatti negativi che non possono essere impediti o mitigati. Così operando si introducono delle differenziazioni che potrebbero indurre comportamenti opportunistici nelle imprese nonché sollevare ulteriori dubbi e questioni sulla portata dell'obbligo di due diligence.

4. Il ruolo degli Stati

La legge francese sul *devoir de vigilance* del 27 marzo 2017 rappresenta la prima disciplina adottata da uno stato europeo con lo scopo di attribuire alle imprese una responsabilità "transnazionale" per comportamenti tenuti al di fuori dei confini nazionali. Ambiziosa nei contenuti, la normativa d'oltralpe riflette un approccio originale che persegue non tanto una finalità repressiva e punitiva, quanto l'obiettivo di "sensibilizzare" ed educare l'attore economico sul tema dei diritti umani.

Pur muovendosi tra luci e ombre, la legge francese è l'espressione ad oggi più avanzata di quel movimento internazionale di idee, persone ed istituzioni che negli ultimi decenni si è mosso, su più piani, al fine di promuovere il rispetto dei diritti umani all'interno della filiera globale. Un movimento che, come detto, ha trovato da ultimo ispirazione, in particolare, nei Principi Guida.

In ambito europeo, la legge si impone nel panorama delle misure adottate dagli stati membri proprio per dare attuazione ai Principi Guida²¹. Essa introduce l'obbligo di redigere un piano di vigilanza, nel quale devono essere previste misure "ragionevoli", volte ad identificare i rischi e a prevenire violazioni gravi dei diritti umani, delle libertà fondamentali, della salute e sicurezza delle persone, dell'ambiente (art. 1 della l. n. 2017-399, che introduce l'art. della L. 225-102-4 del codice di commercio). La disposizione poc'anzi segnalata va letta in combinato disposto con la responsabilità diretta delle imprese (sancita nell'art. L. 225-102-5) qualora le stesse non vigilino sulle attività svolte dai propri partner commerciali all'interno delle filiere in cui operano.

Il *devoir de vigilance*, assimilabile per molti versi al *duty of care* dei sistemi di *common law*, è stato definito come "un principio giuridico in costruzione"²², modellato sulla falsariga della *due diligence* dei Principi Guida, ma elevatosi a previsione giuridicamente vincolante, e dotato di un suo specifico strumentario normativo. Come osservato da autorevole dottrina "la legge francese sembra adottare un'articolazione, una ibridazione tra diritto internazionale e legge nazionale, norme statali e leggi private, norme amministrative e meccanismi provenienti dalla responsabilità sociale e ambientale delle imprese. Si tratta di un sorprendente esempio di strumento di *internormazione variabile*"²³.

L'obbligo verte essenzialmente sulla redazione di un piano di vigilanza all'interno del quale devono essere esplicitati ed analizzati i rischi oggetto della normativa, al fine di individuare un ordine di priorità in ordine alle situazioni più gravi, e di rappresentare nel piano stesso le procedure che si intendono adottare per prevenire i rischi, nonché i meccanismi di segnalazione e raccolta dei rischi attuali e potenziali individuati anche in accordo con le parti sociali. Da ultimo, le imprese devono definire gli strumenti di controllo e monitoraggio al fine di verificare l'effettività ed efficacia delle misure adottate, ed eventualmente intervenire per modificarne la portata se risultano inadeguate.

Quanto poi agli strumenti attivabili al fine di garantire l'effettiva attuazione dei piani di vigilanza, la legge francese adotta un approccio prevalentemente soft,

²¹ MACCHI - BRIGHT, *Hardening Soft Law: The Implementation of the UNGPs in Domestic Legislations*, in BUSCEMI - LAZZERINI - MAGI - RUSSO (eds.), *Legal Sources in Business and Human Rights: Evolving Dynamics in International and European Law*, Leiden and Boston, 2020, 218 ss.

²² MOREAU, *L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, in *Droit social*, 2017, 675 ss.

²³ LYON-CAEN, *Verso un obbligo legale di vigilanza in capo alle imprese multinazionali?*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 242 ss.

introducendo la possibilità, per i soggetti interessati, di adire il giudice nel caso l'impresa non si conformi all'obbligo di redigere il piano, oppure nel caso di mancata pubblicizzazione dello stesso, o infine qualora non siano stati previsti meccanismi di controllo.

La prima controversia avente ad oggetto la legge sul *devoir de vigilance* ha coinvolto la multinazionale Total per un progetto petrolifero in un parco naturale in Uganda²⁴. Il 24 giugno 2019 diverse associazioni di consumatori, ONGs e organizzazioni sindacali hanno presentato una notifica legale contro Total, chiedendole di rivedere il proprio piano di vigilanza e la sua attuazione. Total ha respinto ogni accusa e, di conseguenza, il 23 ottobre 2019 i ricorrenti hanno intentato una causa dinanzi al Tribunale di Nanterre, chiedendo alla compagnia di conformarsi alla legge sul dovere di vigilanza e, in particolare, di includere nel piano di vigilanza le implicazioni ambientali e sui diritti umani del loro progetto minerario in Uganda.

Il 30 gennaio 2020, il tribunale di Nanterre si è dichiarato incompetente, deferendo la questione al tribunale commerciale. I ricorrenti hanno quindi impugnato la decisione ma il 10 dicembre 2020 la Corte d'appello ha accolto le deduzioni della Total, rinviando la causa al tribunale commerciale. Sulla questione è da ultimo intervenuta la Corte suprema francese che, con provvedimento del 15 dicembre 2021²⁵, si è pronunciata a favore dei ricorrenti, rigettando la giurisdizione dei tribunali commerciali e riconoscendo la competenza del tribunale civile. Di particolare rilievo sono le considerazioni della Corte nel punto in cui afferma che il piano di vigilanza non costituisce un atto di natura puramente commerciale (ai sensi degli articoli L. 721-3 et L. 225-102-4 del codice di commercio) e, di conseguenza, è possibile adire anche la giurisdizione civile qualora si ritengano non rispettati i vincoli previsti dalla legge sul dovere di vigilanza. Dopo una serie di decisioni giurisprudenziali controverse sul punto è intervenuto il legislatore francese attribuendo la competenza alla giurisdizione civile (COJ, art. L. 211-2)²⁶.

Pur se i primi dati sull'implementazione della legge riflettono non secondarie criticità²⁷, in parte riconducibilità all'elevata discrezionalità riconosciuta alle imprese nell'adozione del piano, e al coinvolgimento limitato delle organizzazioni

²⁴ BRABANT - SAVOUREY, *All Eyes on France - French Vigilance Law First Enforcement Cases (1/2): Current Cases and Trends*, 2020, disponibile in: https://www.cambridge.org/core/blog/2020/01/24/all-eyes-on-france-french-vigilance-law-first-enforcementcases-1-2-current-cases-and-trends/#_edn13.

²⁵ Cfr. <https://www.amisdela terre.org/wp-content/uploads/2021/12/20211215-cour-cass-decision-total-ug-competence.pdf>

²⁶ Per un commento SACHS, *Les dangers d'une dilution du devoir de vigilance dans la compliance*, in *Revue de droit du travail*, 2022, 352 ss.

²⁷ AA.VV., *Mise en oeuvre de la Loi sur le devoir de vigilance Rapport sur les premiers plans adoptés par les entreprises*. Rapport remis au Bureau International du Travail. Genève: OIT, 2020, disponibile in: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02819496/file/2020%20-%20rapport%20OIT%20Vigilance.pdf>

sindacali nella stesura dello stesso, la portata innovativa del provvedimento non può essere messa in discussione²⁸. Per una valutazione sull'effettività della legge dovremmo attendere i futuri sviluppi giurisprudenziali e, in questo senso, si registra un certo attivismo soprattutto di alcune Ong che hanno presentato ricorso contro imprese francesi per violazione degli obblighi di due diligence (tra i casi più recenti quelli contro McDonalds e Yves Roche).

Basti dire che molti altri stati si sono attivati per legiferare in tema di *due diligence* proprio su impulso del legislatore francese. Tra questi l'Olanda, la Svizzera e, da ultimo, la Germania che con la legge del 16 giugno 2021 (*Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten*)²⁹ ha introdotto un obbligo di *due diligence* nelle catene di approvvigionamento per quanto riguarda i diritti umani riconosciuti a livello internazionale e determinati standard ambientali. La legge entrerà in vigore gradualmente: nel 2023 si applicherà alle aziende con almeno 3.000 dipendenti, poi dal 1 gennaio 2024 alle aziende con più di 1.000 dipendenti. Trattasi delle imprese che hanno la loro sede principale di attività, la sede amministrativa, la sede legale o una succursale in Germania.

Sui contenuti dell'obbligo la legge prevede l'istituzione di un sistema di gestione dei rischi con l'obiettivo di identificare, prevenire o ridurre al minimo l'impatto negativo del business sui diritti umani e sull'ambiente. La legge definisce le misure preventive e correttive necessarie, rende obbligatorie le procedure di reclamo e richiede il monitoraggio dei piani così da intervenire nel caso subentrino nuovi o diversi rischi. Se le imprese non rispettano gli obblighi di legge sono previste sanzioni amministrative (fino a 8 milioni di euro o fino al 2% del fatturato globale annuo). Il sistema sanzionatorio basato sul fatturato si applica solo alle imprese con un fatturato annuo superiore a 400 milioni di euro. Inoltre, se viene inflitta una sanzione amministrativa al di sopra di un certo livello minimo, le imprese possono essere escluse dall'aggiudicazione degli appalti pubblici. Al fine di monitorare l'implementazione della legge è prevista l'istituzione di un'autorità (Ufficio federale dell'economia e del controllo delle esportazioni - *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle*) con ampi poteri di controllo e di verifica³⁰.

Se Francia e Germania sono ad oggi considerati gli stati più avanzati sul piano delle disposizioni in tema di *due diligence*, vi sono poi altri governi accusati di un sostanziale immobilismo rispetto al tema. Tra questi si colloca anche il nostro paese. In questi termini si è infatti espresso il Gruppo di Lavoro nelle Nazioni

²⁸ BRABANT - SAVOUREY, *Scope of the Law on the Corporate Duty of Vigilance: Companies Subject to the Vigilance Obligations*, in *Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires*, 2017, 1 ss.

²⁹ Cfr. https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Internationales/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf?__blob=publicationFile&v=3

³⁰ Per un commento NOGLER, *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz: perché è nata e quali sono i suoi principali contenuti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2022, 1 ss.

Unite su imprese e diritti umani nel corso della sua prima visita ufficiale in Italia, dal 27 settembre al 6 ottobre 2021, con l'obiettivo di verificare le azioni intraprese dal governo italiano al fine di dare attuazione ai Principi Guida. L'esito della visita non è stato particolarmente positivo, evidenziandosi non secondarie criticità soprattutto con riferimento ad alcune categorie di lavoratori risultati particolarmente vulnerabili (i lavoratori migranti, gli irregolari e le donne). Il Gruppo ha inoltre registrato la debolezza del sistema giudiziario italiano sul piano dei rimedi invocabili dalle vittime e l'assenza, come in pochi altri paesi europei, di un'istituzione nazionale a tutela dei diritti umani. Poste quindi i limiti del contesto indagato il Gruppo ha evidenziato l'urgenza di un intervento normativo specificamente rivolto *alla due diligence* in materia di ambiente e diritti umani registrando, sul punto, un certo ritardo nel nostro Paese non solo sul piano regolativo ma altresì nel dibattito in tutte le sedi preposte.

5. Quali scenari in prospettiva?

Il dibattito delle origini, sorto per lo più su deboli segnali che registravano l'urgenza di interventi volti a comporre le tensioni tra business e diritti umani, è avanzato e ha dato vita ad un movimento diversificato nella composizione ma accomunato negli obiettivi: sostenibilità e buona *governance* devono rappresentare una leva comune per la crescita e lo sviluppo della società globale.

Ma il sentiero che fin qui si è descritto, animato da istanze di "civilizzazione" della globalizzazione e composto da strumenti diversificati nella loro identità, è stato di recente scosso da fenomeni inediti. Prima le pulsioni nazionalistiche e neo-protezionistiche, oggi l'emergenza sanitaria.

Come l'OIL ci ha in più occasioni rappresentato, si tratta di fattori che hanno pesantemente influenzato le dinamiche proprie delle filiere globali del valore³¹. La pandemia ha scopercchiato il vaso di Pandora, mettendo in luce le fragilità, in termini di insicurezza e diseguaglianza, tipiche del modello economico delle catene, l'estrema debolezza dei sistemi nazionali, e ancora i *gap* regolativi e di tutela che affliggono i lavoratori coinvolti³².

A fronte delle loro fragilità, le *supply chains* sono oggi indicate come uno degli ambiti più esposti ad un possibile percorso di revisione, nella direzione di globalizzazioni "regionali" compatibili con la spinta all'autosufficienza delle

³¹ ILO, *Achieving Decent Work in Global Supply Chains. Report for Discussion at the Technical Meeting on Achieving Decent Work in Global Supply Chains*, Geneva, 2020.

³² RAJNEESH, *Policy opportunities and challenges from the COVID-19 pandemic for economies with large informal sectors*, in *Journal of International Business Policy*, 2020, 302 ss.

macro-aree economiche³³. Prevale quindi una situazione di sostanziale imprevedibilità ed incertezza sugli scenari prospettici futuri.

Da un lato sono numerosi gli esperti che prevedono cambiamenti sostanziali nell'organizzazione delle reti di produzione, in quanto le grandi imprese saranno indotte a rivalutare i rischi connessi alla loro catena di approvvigionamento, e alla loro dipendenza dalla produzione *just-in-time*. La soluzione potrebbe essere una diversificazione delle fonti di approvvigionamento, nonché una spinta alla regionalizzazione della produzione³⁴. Da qui l'osservazione secondo cui le catene corte potrebbero risultare più efficienti vuoi perché si riducono le distanze tra fornitori, produttori e consumatori, vuoi perché la *lead firm* può controllare più facilmente i nodi della catena, eventualmente riorientando la produzione verso i beni più richiesti nel mercato (pensiamo alla conversione della produzione realizzata da molte catene anche del tessile per produrre dispositivi individuali di protezione).

Una nuova consapevolezza dei rischi legati alla globalizzazione dei mercati emerge anche a livello istituzionale. In questi termini gli stati sono oggi certamente più accorti in ordine ai rischi di alcuni settori esposti in modo eccessivo alle forniture dall'estero e, in questo senso, più vulnerabili anche sul piano della sicurezza nazionale. Nel corso della pandemia si è fatto ricorso sovente alla riconversione della produzione proprio per rispondere ai bisogni essenziali della collettività.

Se appare ragionevole ritenere che gli stati in via di sviluppo, quali sedi privilegiate delle filiere globali, e soprattutto dei nodi *labour intensive*, premeranno per un ritorno al periodo pre-pandemia, per conservare quindi i benefici apportati dalle catene in termini di sviluppo, crescita economica ed occupazione, al contempo permangono forti dubbi in ordine all'impatto che tale situazione produrrà sul piano della governance e della tutela dei diritti dei lavoratori.

Posto che le imprese potrebbero essere indotte ad inasprire i termini e le condizioni di produzione per recuperare le perdite subite e, in questo senso, intensificare il potere esercitato sui nodi più deboli delle filiere, appare fondamentale rafforzare il percorso di responsabilizzazione degli attori economici che, come detto, si è affermato negli ultimi anni e indubbiamente intensificato a partire dai Principi Guida. Preme altrimenti impedire che la pandemia possa essere

³³ TREU, *La Pandemia un'occasione per pensare al "mondo che verrà"*, in AA. VV., *Il mondo che verrà*, in *Quaderni del CNEL*, 2020, 11 ss.

³⁴ VICARD - GUILLAUME, *Diversifier et régionaliser pour mieux régner: le futur de la mondialisation post-coronavirus*, in *The Conversation*, 2020, disponibile in: <https://theconversation.com/diversifier-et-regionaliser-pour-mieux-regner-le-futur-de-la-mondialisation-post-coronavirus-136437>; JAVORCIK, *Global supply chains will not be the same in the post-COVID-19 world*, in BALDWIN - EVENETT, *COVID-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work*, London, 2020.

utilizzata come *escamotage* per allentare i processi regolativi ed indebolire gli strumenti fino ad oggi introdotti per responsabilizzare le imprese.

La Dichiarazione del centenario dell'OIL per il futuro del lavoro³⁵ può in questo senso fungere da bussola per orientare il cammino delle istituzioni, dei governi, delle stesse imprese, dinanzi ad un percorso che si fa impervio. Essa rappresenta un esempio virtuoso di multilateralismo in risposta alle profonde trasformazioni del mondo del lavoro e, per questo, potrebbe certamente offrire indicazioni fondamentali agli attori pubblici e privati anche sul piano della *governance* delle catene nel post pandemia. La Dichiarazione ricorda che l'OIL, come risulta nel suo mandato costituzionale, deve orientare la sua azione verso l'impegno e la cooperazione all'interno del sistema multilaterale al fine di rafforzare la coerenza delle politiche, in linea con il riconoscimento che il lavoro dignitoso è la chiave per lo sviluppo sostenibile e che la mancata adozione di condizioni dignitose è ostacolo al progresso di tutti i paesi nel mondo.

L'approccio promosso dall'OIL nella Dichiarazione è centrato sulla tutela della persona - *c.d. human-centred approach* - come paradigma di riferimento, che appare ancor più determinante in questo momento storico³⁶. La crisi non può altrimenti mettere in discussione i paradigmi fondativi ai quali si è ispirata l'Organizzazione nella sua attività di *standard setting*, ovvero l'universalità, l'indivisibilità, l'interdipendenza e l'interrelazione dei diritti fondamentali a tutte le latitudini³⁷.

³⁵ ILO, *Centenary Declaration for the Future of Work, International Labour Conference*, Roadmap Brief, 2019, disponibile in: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang--en/index.htm>. In dottrina v. SUIOT, *The tasks ahead of the ILO at its centenary*, in *International Labour Review*, 2020, 117 ss.

³⁶ V. in questo senso ILO GOVERNING BODY, *COVID-19 and the world of work. Elements of a potential International Labour Conference (109th Session) outcome document on a global response for a human-centred recovery from the COVID-19 crisis*, Institutional Section Document, 1 March 2021, disponibile in: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_774286.pdf.

³⁷ ILO, *The effects of covid-19 on trade and global supply chains*, ILO Research Brief, 3 June 2020, disponibile in: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/--inst/documents/publication/wcms_746917.pdf

A SKILL-BASED APPROACH TO LABOUR LAW IN THE EUROPEAN DIGITAL STRATEGY[°]

Carlo Valenti

*Dottorando in Scienze giuridiche europee ed internazionali,
Università degli Studi di Verona*

Tra gli obiettivi da conseguire nel periodo 2020-2030, la nuova “Bussola digitale” dell’UE ha dato maggiore attenzione al rafforzamento della connettività, della produzione di chip e dei servizi digitali pubblici e privati, nonché alla diffusione della tecnologia blockchain e dell’IA. All’interno di tale strategia hanno inoltre rivestito un ruolo centrale le misure di accrescimento delle competenze digitali della forza lavoro, essendo queste in grado di garantire una migliore transizione dinnanzi alle recenti trasformazioni socioeconomiche. Tuttavia, non tutti gli Stati Membri valorizzano ancora l’apprendimento permanente in modo adeguato nei rispettivi ordinamenti giuridici, ponendo così la necessità di interventi più decisi per contrastare le esternalità negative derivanti dalla digitalizzazione (es. analfabetismo informatico, disallineamento delle competenze). In tale prospettiva, l’adozione di un approccio al diritto del lavoro maggiormente basato sul ruolo delle competenze nelle politiche attive potrebbe garantire una più agevole transizione verso il nuovo contesto produttivo e organizzativo.

Among the objectives to be achieved in the period 2020-2030, the new EU Digital Compass has prioritized objectives such as the strengthening of connectivity, chip manufacturing, and public and private digital services, and the spread of blockchain technology and AI. In addition, measures to enhance the digital skills of the workforce have also played a central role in this strategy, given that they can ensure a better transition in the face of recent socio-economic transformations. However, not all Member States have adequately valorised lifelong learning in their respective legal frameworks, thus requiring decisive interventions to counter the negative externalities of digitisation (e.g., computer illiteracy, skills mismatch). In this perspective, the adoption of a more skills-based approach to labour law in active policies could ensure a smoother transition to the new productive and organisational context.

Table of contents:

1. Introduction
2. The evolution of the European Digital Strategy over the years and its latest objectives
3. European Public Action and digitalisation: the insights from the DESI Index
4. The importance of upskilling in the European Digital Strategy: coordinating the European public actions through Cedefop
5. Conclusion

[°] Double blind peer-reviewed paper.

1. Introduction

Over the last past decades, the so-called “digital transition” has been playing an increasingly central role among the main priorities of the European Union, especially regarding the development of the socioeconomic context and productive fabric. After all, the full implementation of this goal represents a significant opportunity not only to promote economic and employment growth¹, but also to assert a greater technological independence at the international level². In this regard, the pervasiveness of technology can be clearly seen in different frameworks, such as the social, economic, legal, and administrative ones; for instance, the recent waves of technological progress have considerably improved the efficiency of the organizational and productive models of work, resulting in the birth and spread of the “Fourth Industrial Revolution”³ and prompting an update of the former legal frameworks in accordance with the new potential implications⁴.

Therefore, digitalisation has necessarily become deeply intertwined with the main European actions, since it constitutes an essential element to pursue economic and employment growth, environmental sustainability, and social equality, promote cooperation between Member States, and increase competitiveness at the national and international level⁵. Such commitment from the European Commission can be specifically observed in the continuous development process of the information and communications technologies (ICT). Although ICT are not expressly mentioned in the provisions of the Treaty on the

¹ Regarding the link between technological progress and economic growth, see: EPICOCO, *Technological change and economic development: endogenous and exogenous fluctuations*, in *Working Papers of BETA*, 2018, 2 ss.

² Cfr. HOBBS (ed.), *Europe’s digital sovereignty: From rulemaker to superpower in the age of Us-China rivalry*, in *European Council on Foreign Relations essay collection property*, 2020.

³ As defined in: SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, New York, 2017, *passim*.

⁴ The recent technological advancements have also brought, *inter alia*, to some updates regarding the dispositions on remote controls of workers from employers. Indeed, such changes have considerably affected the effectiveness of the former legal provisions, paving the way for a new approach to privacy and personal information (e.g., EU Regulation 2016/679 on General Data Protection Regulation). On this point, see *ex multis*: COLAPIETRO - GIUBILEI, *Controlli difensivi e tutela dei dati del lavoratore: il nuovo punto della Cassazione*, in *Labour Law Issues*, 2021, 186 ss.; CALIFANO, *Tecnologie di controllo del lavoro, diritto alla riservatezza e orientamenti del Garante per la protezione dei dati personali*, in TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, 2017, 165 ss.; OGRISEG, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, in *Labour Law Issues*, 2016, 27-64.

⁵ On this point, see: BUGHIN - LABAYE - WINDHAGEN - SMIT - MISCHKE - BRAGG, *Rome redux: new priorities for the European Union at 60*, in McKinsey Global Institute discussion paper, 2017, 5 ss.; BERNDT - MUENT - REVOLTELLA - BENDING - CALTHROP - DUNNETT - FITZPATRICK - LUNDQVIST - PIOVESAN - SCATASTA - STÖLTING - VÁLILA, *Restoring EU competitiveness*, European Investment Report, Luxembourg, 2016, 14 ss.

Functioning of the European Union (TFEU), these technologies are embedded within sectoral and horizontal policies (e.g., industrial, commercial, research and development, and educational fields), especially on account of the dispositions concerning technological development and research at the articles 179-190 of TFEU.

However, the interventions regarding the development of ICTs also require taking into account the negative externalities arising from the impact of digitalisation in social and economic terms. Among the critical factors to ensure a smooth digital transition, the enhancement and acquisition of skills can be seen as one of the most important to achieve⁶, given that a widespread misalignment of competences and digital illiteracy of the working-age population could hamper the overall effectiveness of the European Digital Strategy⁷. For this reason, it would appear necessary for European policy strategies to invest in the development of ICTs infrastructures concomitantly with interventions aimed at prompting a firmer interconnection between labour law⁸ provisions and measures to enhance the skills of the workforce.

2. The evolution of the European Digital Strategy over the years and its latest objectives

In this perspective, the European digital transition has experienced a remarkable evolution over the last decades, spacing from the strengthening of technological infrastructures and internet networks for better communications and connections alone to interventions aimed at building a comprehensive “digital single market”⁹ and improving the state of technological advancement of the socio-economic environment (e.g., computer literacy of the population, public and private digital services, legally recognised digital identity). In addition, it has also been involving a growing number of social actors and authorities, promoting comprehensive and coordinated measures.

⁶ On this topic, see: IMPICCIATORE, *La formazione per l'occupazione nel mercato del lavoro che cambia*, in *Dir. lav. mer.*, 2020, 603-622; SIMONCINI, *L'incidenza della rivoluzione digitale nella formazione dei lavoratori*, in *Lav. giur.*, 2018, 39 ss.; CIUCCIOVINO, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 1059.

⁷ Cfr. MAGGI, *AI, automation and the Future of Work: The EU digital strategy, job polarisation and skill-biased technological change*, in *CSI Review*, 2022, 27-40.

⁸ Cfr. MAINARDI, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 341-369.

⁹ The “digital single market” can be described as a unitary structure with no internal barriers to the spread of digital services and technologies that promotes investment in technological infrastructures and online commerce. Its broad legal basis can be observed at the articles 4, 26, 27, 114, and 115 of TFEU.

Thus, to better understand the overall European public actions concerning technological progress, the evolution of the European Digital Strategy and its most significant steps should be taken into account first. After all, such analysis would allow to observe the various challenges faced by the European Union and provide useful insights regarding the main institutional and non-institutional actors involved, the key-objectives pursued, the existing deficiencies, and the potential margins for improvement of the digital economy.

Among the first initiatives, it is worth mentioning the framework programmes ESPRIT and RACE¹⁰, which were undertaken between 1983 and 1988 to strengthen ICTs (e.g., telecommunications technologies, software, advanced microelectronics, information processing systems). Although they cannot be technically attributable to formal Community strategic actions, these interventions managed to promote the research and development of ICTs, as well as increasing the competitiveness of the European industrial sectors. Conversely, extensive strategic actions can be observed between 1987 and 1993, especially in the release of the Green Paper on “*the development of the common market for telecommunications services and equipment*” (COM(87) 290 of 30 June 1987) and the White Paper “*growth, competitiveness, employment*” (COM(93) 700 of 5 December 1993), which implemented comprehensive ICT strategies with a firmer stance on social and productive advancement¹¹. These papers paved the way for the creation of a “European Digital Single Market” by promoting the relevance of technologies as key-factors for growth and competitiveness.

Under the momentum of these actions, other initiatives to ensure a liberalisation process in the technological field have followed: for instance, the eEurope programme – organised in three phases (eEurope 2002, eEurope 2005 and i2010) – was born to create an “Information Society for All”¹² and involved a massive development of ICTs to strengthen the European economy, namely by reducing inequalities regarding digital advancement between Member States and focusing on competitiveness and sustainability. Among its objectives, the main ones included reducing the cost of internet tariffs, promoting the digital skills of the population, and strengthening the security of IT networks and digital public services.

¹⁰ On this point, see: ASSIMAKOPOULOS - PIEKKARI - MACDONALD, *ESPRIT: Europe's Response to US and Japanese Domination*, in COOPEY (ed.), *Information Technology Policy: An International History*, Oxford, 2004, 247 ss.; MYTELKA - DELAPIERRE, *The alliance strategies of European firms in the information technology industry and the role of Esprit*, in *Journal of Common Market Studies*, 1987, 231 ss.

¹¹ Cfr. OROFINO, *La multilevel “governance” delle comunicazioni elettroniche venti anni dopo il Framework 2002*, in *federalismi.it*, 2022, 692 ss.

¹² On this point, see: FABISCH, *An Ambitious Goal - eEurope for All*, in *International Journal of IT Standards and Standardization Research*, 2003, 57-61; BASLÉ - PÉNARD (eds.), *eEurope - La société européenne de l'information en 2010*, Paris, 2002.

In this regard, a significant change of pattern from the previous actions can be observed here. In particular, the eEurope strategy gradually attributed a greater relevance to the skills required for the digital transition by pursuing not only the fostering of Internet use by citizens and businesses and promotion of investments in the digital education of the European population, but also the definition of a regulatory framework suitable for e-commerce¹³.

Perhaps, one of the most important initiatives regarding the digital transition of the European Union can be seen in the Digital Agenda for Europe (COM(2010) 245 of 19 May 2010), which was introduced to ensure a smother digitalisation process and designed as one of the fundamental pillars of Europe 2020 plan¹⁴. This latter can be described as an ambitious and long-term strategy to ensure an efficient and competitive socioeconomic system with high levels of employment and social cohesion through smart, sustainable, and inclusive growth models¹⁵. In particular, the Digital Agenda was aimed at strengthening ICT connectivity, stimulating investment in research and development, promoting the computer literacy of the population and the dissemination of e-government, and updating the regulatory framework in the light of the consolidation of the European Digital Single Market.

The realisation of such crucial objective has been pursued through the use of different legal instruments, involving directives, legislative proposals, regulations, and communications¹⁶. Among the various measures, it is worth noting two main interventions: the Digital Single Market Strategy for Europe (COM(2015) 192 of 6 May 2015) and the Digitising European Industry (DEI) initiative (COM(2016) 180 of 19 April 2016). Although they can be both depicted as comprehensive actions to pursue the strengthening of technological infrastructure and digital skills and achieve a sustainable and inclusive growth through the exploitation of digitalisation, they can be summarised as follow.

On one hand, the Digital Single Market Strategy for Europe involved key initiatives to promote the liberalisation and strengthening of e-commerce and communication infrastructures, the growth of consumer confidence in digital services, the launch of e-government, and the updating of data protection

¹³ After all, the establishment of a digital-friendly legal framework can indeed contribute to harness the potential benefits arising from the digital economy and, thus, ensure economic and employment growth of the European Union.

¹⁴ Europe 2020 was a strategic plan of investments in five priority areas (education, employment, research and development, social integration, and climate and energy sustainability) to foster recovery after the Great Financial Recession of 2008. On this point, see: POCHE, *Eu 2020. Social impact of the new form of European governance*, in *Etui Policy Brief*, 2010, 3 ss.; MARLIER - NATALI - VAN DAM (eds.), *Europe 2020: Towards a more social Eu?*, Brussels, 2011, 11 ss.

¹⁵ Cfr. BORELLI, *Le politiche del lavoro nazionali nell'ambito della strategia Europa 2020 e della governance economica europea*, in *Lav. dir.*, 2012, 465.

¹⁶ Cfr. CAGGIANO, *Il quadro normativo del mercato unico digitale*, in DAL POZZO (a cura di), *Il mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *Eurojus.it*, 2020, 13-49.

legislation. Thus, the Digital Single Market Strategy has tried to lay the foundations in a perspective of sustainability and cohesion for a greater digitization of the social and productive fabric¹⁷. In particular, the main actions included the promotion of digital services for European businesses and consumers and the strengthening of e-commerce, which were pursued, *inter alia*, through the definition of a regulatory framework capable of maximizing the diffusion of technology. Moreover, it was aimed at removing all obstacles to access and use of online services by citizens and businesses (e.g., unjustified geo-blocking¹⁸), and renewing the European legal system to ensure stronger data protection and clear processing of personal information on the internet¹⁹.

On the other hand, Digitising European Industry (DEI) initiative²⁰ was conceived to promote the implementation of actions involving the digital transformation of companies and, ultimately, the achievement of greater industrial competitiveness. Such objective was mainly envisaged on account of the ICT sector's relevance and topicality, which employed over 6 million people and accounted for approximately 4% of the European GDP according to the Commission's Communication of 2016. In this regard, the European Commission has recommended to implement all necessary measures to ensure a smooth transition to the new scenario resulting from the digitalisation of the global market. In order to achieve that, the DEI Strategy was mainly organised on five pillars, which intended above all to facilitate an effective spread of the Industry 4.0 model: these pillars involved the creation of a common virtual platform of national initiatives for industrial digitalisation, the establishment of digital innovation hubs (DIH), the provision of a "digital-friendly" regulatory framework, the definition of partnerships and industrial platforms, and investments in digital upskilling for the European population. By doing so, the European Union aimed to trigger major financial investments in the digital sector, coordinating legislative interventions to promote industrial development and, thus, harness, the technological potential²¹.

¹⁷ After all, the promotion of the digital single market could not be achieved without the strengthening of rules for the protection of personal data aimed at reinforcing both online security and privacy of citizens.

¹⁸ Cfr. DUCH-BROWN - MARTENS, *The Welfare effects of lifting geoblocking restrictions in the EU Digital single Market*, in *JRC/IPTS Digital Economy Working Paper*, 2016, 4 ss.

¹⁹ Reg. (EU) 2016/679 of the European Parliament and the Council of 27 April 2016.

²⁰ Cfr. DE STREEL - HOCEPIED - LOGNOUL - ROSIC, *Contribution to Growth: European Digital Single Market. Delivering improved rights for European citizens and businesses*, Study for the Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Luxembourg, 2019.

²¹ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Digitising European Industry: Progress so far, 2 Years after the Launch*, Brussels, 2018.

In this perspective, the results achieved by the European Union surely demonstrate significant improvements in the digital transition²², which the Commission has been pursuing both with soft law and hard law approaches²³ over the years. However, the end of 2020 has marked not only the conclusion of the Digital Agenda's ten-year plan²⁴, but also the beginning of the new "Digital Compass" strategy that aims to further boost the digital transition by 2030. For this reason, the European Digital Strategy has been adjusted in accordance with the new challenges, such as the damages and inequalities related to the Covid-19 pandemic. Indeed, this latter has emphasised the importance of new technologies and the related actions to take, such as the promotion of artificial intelligence, the strengthening of cybersecurity, blockchain technology, and cloud systems, and major investments in upskilling processes. In this regard, the pandemic crisis has demonstrated how essential both the solidity of the digital infrastructure and the availability of adequate computer skills can be in the current socioeconomic context, given that the European Union intends to shape its recovery for the post-pandemic on such factors.

Thus, the announcement of the Digital Compass strategy for the definition of digitalisation priorities to be achieved by 2030²⁵ and the decision to allocate at least 20% of the funds for the post-pandemic recovery to the digital transition strategy are certainly important signals from the European Commission. In this regard, the new Digital Compass has adopted a human-centred and sustainable approach in order to achieve the empowerment of citizens and businesses. In fact, among the different pillars, it is worth noting the one about skills, which is based on the promotion of basic digital skills among the population (min. 80%) and the spread of ICT specialists (at least 20 million) by the end of 2030.

Indeed, such goals appear encouraging in terms of promotion of the employability of the working-age population, especially in the light of the previous five-year plan known as the "European Skills Agenda"²⁶ that was also based on a more skills-based approach the labour framework. In any case, it will be necessary to wait for future developments in order to better understand the direction taken with the policies for the decade 2020-2030, which among the main

²² An overview on the European social dialogue regarding digitalisation can be found in: PERUZZI, *Il dialogo sociale europeo di fronte alle sfide della digitalizzazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 1213-1219.

²³ On this point, see: MACIEJEWSKI - OZOLINA - FERGER - PIAGUET - APAP - DESOMER - GRONBECH - JORGENSEN - HARDT - LEFORT - MATIC - VANHOUCHE, *EU Mapping: Overview of Internal Market and Consumer Protection related legislation*, Brussels, 2015.

²⁴ Cfr. ŠIŠKOVÁ (ed.), *The European Union – What is Next? A Legal Analysis and the Political Visions on the Future of the Union*, Cologne, 2019.

²⁵ Cfr. Communication "Digital Compass: The European Way for the Digital Decade" (COM/2021/118 final) of 9 March 2021.

²⁶ On this point, see: SENATORI, *The European Framework Agreement on Digitalisation: a Whiter Shade of Pale?*, in *Italian Labour Law E-Journal*, 2020, 162 ss.

priorities currently target the promotion of European competitiveness and innovation, as well as the creation of new jobs and an overall improvement in the living conditions of the population.

3. European Public Action and digitalisation: the insights from the DESI Index

The targets set by the current strategies and the challenges posed by the pandemic crisis urge the European Union to identify new potential areas of development related to the digitalisation processes in order to better carry out the key-objectives of the new Digital Agenda 2030²⁷. After all, the latest changes have emphasised how essential it is to accelerate the digital transition by investing in AI, the interconnection of databases and blockchain networks, and the development of modern IT infrastructures, given that new and improved technologies are enabling factors capable of guaranteeing a stronger socioeconomic growth²⁸.

However, there are still critical issues regarding the overall digital strategy that need to be addressed, such as major gaps in the progresses between Member States with respect to human capital and digital technology integration. Thus, given the crucial importance of such factors, the link between technology and skills must be tackled first in order to better guide the new European Digital Strategy up to 2030.

In this respect, the Digital Economy and Society Index (DESI) – an indicator designed by the European Union to observe in detail the digitalisation process and its impact on the socioeconomic context of the Member States – is the most suitable instrument to identify such critical issues, since it monitors specific thematic areas and provides a detailed annual report about: connectivity, human capital, internet use, digital technology integration, and digital public services. According to the latest DESI report, both encouraging and negative signs can be highlighted, especially regarding the human capital area. In fact, although it is true that an increasing number of European citizens is now relying on internet services almost every day²⁹, there are still high rates of “computer illiteracy”, i.e., the lack of basic digital skills that allow individuals to use a computer or search and

²⁷ Cfr. EUROPEAN INVESTMENT BANK, *Digitalisation in Europe 2021-2022. Evidence from the EIB Investment Survey*, European Investment Bank report, Luxembourg, 2022.

²⁸ Regarding the growth models, both the Japanese “technological push” in the 1980s and US “flexibility, innovation and competitiveness” approach in the 2000s have been taken as benchmark models by the European Union over the years. That is because they provided useful insights to promote a rapid and prosperous economic growth. However, it is worth nothing that the European Union has been gradually focusing on sustainability and inclusiveness for a more cohesive development since 2010.

²⁹ According to the DESI (2021) report, 86% of European citizens now use the internet almost daily for personal or work reasons.

understand the information available online (42% of the population aged 16-74 years). Of course, it is also worth noting that digital literacy has been gradually growing over the last six years. In addition, such values are significantly different on the base of the socio-demographic context³⁰. Nonetheless, in average only 56-58% of European citizens actually have basic digital skills and the situation tends to differ according to the selected Member States: for instance, Bulgaria ranks the lowest in the human capital indicator due to its 29% of computer literacy, while the most advanced country (Finland) reaches around 76%.

In this regard, it is important to mention that the human capital indicator represents a core factor to consider in order to guarantee the correct implementation of the digitalisation in other areas. After all, for instance, significant levels of computer illiteracy could hinder the spread of e-government, resulting in a limited impact for digital public services by citizens³¹. Indeed, the lack of basic digital skills – a fundamental requirement to access the labour market both for low and medium skilled work profiles – inevitably contribute to exacerbate the problem of mismatches between labour supply and demand³².

In particular, major levels of computer illiteracy in the European population could increase both skill mismatch – namely the mismatch between the skills offered by workers and those required by companies³³ – and the impossibility of acquiring the desired professional figures in the current labour market³⁴. In this sense, such misalignments can become particularly problematic if the increasing use and interest in ICT personnel by businesses is not matched by an equal availability of specialized workers³⁵, given that it would inevitably hinder the

³⁰ The DESI report for 2021 highlights that the individuals without a basic level of digital skills are larger in the 55-74 age and the retired/inactive samples, respectively 67% and 72%. Conversely, younger categories are characterized by higher levels of computer literacy (87% for students, 84% individual with a high formal education, 80% for the population 16-24 years of age).

³¹ In this respect, the DESI report still depicts an encouraging overall scenario, since the percentage of people who use digital public services has grown from 57% to 67% in five years.

³² On this point: ILO, *Skills mismatch in Europe: Statistics brief*, Geneva, 2014.

³³ According to the previous DESI report, a growing relevance of ICT can be observed in the European productive fabric, since lots of small enterprises employ ICT specialised staff (15%), as well as medium-sized (42,5%) and large ones (75%).

³⁴ Such negative externalities are often the result of mismatches between the theoretical and practical knowledge gained by the workforce during the training period and what employers actually seek. On this point, see *ex plurimis*: BRUNELLO - WRUUCK, *Skill Shortages and Skill Mismatch in Europe: A Review of the Literature*, in *IZA Discussion Papers*, 2019, 3-26; CEDEFOP, *Insights into skill shortages and skill mismatch. Learning from Cedefop's European skills and jobs survey*, in *Cedefop reference series*, 2017, 12-17.

³⁵ According to the latest DESI report, a growing relevance of ICT workers can be observed in the European productive fabric, since 19% of EU enterprises employed such specialists.

European businesses' ability to adopt new technologies within organizational and production models³⁶.

Therefore, this misalignment of skills between labour supply and demand represents both a failure to harness the potential of digitalisation³⁷ and a considerable loss of efficiency in terms of the productivity of companies³⁸. After all, although the gradual implementation of the European digital transition has improved businesses' production and organizational models, it is equally true that the kind of tasks and competences required of the workforce has been currently evolving as well on account of digitalisation³⁹.

Thus, the need to ensure economic growth with an ethical and sustainable perspective requires the European Union to focus not only on the promotion of artificial intelligence, the strengthening of cybersecurity, and greater use of blockchain technology and cloud systems, but also on a further improvement of the digital skills of the population. After all, the European Pillar of Social Rights⁴⁰ itself attributed a remarkable relevance to the process of lifelong learning and acquisition of new competences, given that its first principle states: «everyone has the right to quality and inclusive education, training and life-long learning in order to maintain and acquire skills that enable them to participate fully in society and manage successfully transitions in the labour market». Indeed, although recent technological progress has helped to make production and organizational models of work increasingly efficient, it appears clear that digital progress tends to increase the demand for highly qualified workers and accelerate the process of obsolescence of knowledge and skills. For these reasons, the European Digital Strategy inevitably demands to give a renewed priority to upskilling and reskilling measures on account of their core relevance in the current scenario.

³⁶ In this regard, it should be highlighted that the European Union is currently at a disadvantage compared to the United States, mainly because of the structural barriers that slow down both investments in digitalisation and the adoption of new technologies by companies. Cfr. EUROPEAN INVESTMENT BANK, *Who is prepared for the new digital age? Evidence from the EIB Investment Survey*, European Investment Bank report, Luxembourg, 2020, *passim*.

³⁷ Cfr. VELCIU, *Job mismatch – effects on work productivity*, in *SEA - Practical Application of Science*, 2017, 395-398.

³⁸ The Boston Consulting Group described skills mismatch as a “hidden tax” on the efficiency and productivity that affects more than 1,3 billion people in OECD countries. Cfr. PUCKETT - BOUTENKO - HOTEIT - POLUNIN - PERAPECHKA - STEPANENKO - LOSHKAREVA - BIKKULOVA, *Fixing the Global Skills Mismatch*, Boston Consulting Group report, Boston, 2020.

³⁹ For instance, these changes can be also observed in the greater demand for high skilled profiles, namely workers with decision-making autonomy and technical and cognitive competences. On this point, see: BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 468-491; SALENTO, *Digitalizzazione delle imprese e trasformazione delle competenze. Quadro analitico e riscontri empirici*, in *Labor*, 2019, 135 ss.

⁴⁰ Cfr. GIUBBONI, *Oltre il Pilastro europeo dei diritti sociali. Per un nuovo riformismo sociale in Europa*, in BRONZINI (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Roma, 2018, 16 ss.

In this respect, the new ten-year plan for the digital transition⁴¹ needs to be accompanied by the definition of a better legal framework for continuous training policies and, consequently, a firmer link between active labour market policies (ALMPs) and enhancement of skills⁴². In particular, such intervention should be pursued with a major attention to the whole working-age population in spite of the employment status. Indeed, achieving greater employability⁴³ would allow to guarantee smoother employment transitions and cope with the rapid changes in the labour market, thus countering the obsolescence of knowledge, the mismatch of skills, and, ultimately, the effect of disruptive innovation⁴⁴.

4. The importance of upskilling in the European Digital Strategy: coordinating the European public actions through Cedefop

In this sense, it appears clear that the digitalisation processes are making the world of work more complex on account of the new socio-economic and legal implications arising from technological progress, prompting labour law⁴⁵ to redraw its former legal dispositions concerning social security systems, working methods and times, and the exercise of the workers' rights over recent years. Among the various implications and new challenges, the definition of legal provisions aimed at strengthening upskilling actions within active labour market policies for the whole working-age population can be noted. After all, that is the reason why the European public action has gradually promoted the development of an upskilling and reskilling actions for the Member States to implement.

In this regard, some of them have already developed comprehensive interventions regarding employment transitions and lifelong learning, defining extensive provisions in their legal framework as well. For instance, such efforts

⁴¹ In particular, the new digital compass determines the objectives to be achieved by 2030 in the following thematic areas: data economy and digital taxation, connectivity and cybersecurity, digital sovereignty, artificial intelligence, digitalisation of justice and healthcare, digital services, education, and digital skills.

⁴² Cfr. D. GAROFALO, *Rivoluzione digitale e occupazione: politiche attive e passive*, in *Lav. giur.*, 2019, 329 ss.

⁴³ Despite the lack of a unique definition, such expression can be described as the ability to preserve a job position or to quickly obtain a new one on account of the professional status achieved. On this point, see: ROCCELLA, *Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 187-241.

⁴⁴ Cfr. FALERI, *Voce Disruptive innovation*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, 2022, 108-110; FILÌ - COSTANTINI (eds.) *Legal Issues in the Digital Economy. The Impact of Disruptive Technologies in the Labour Market*, Cambridge, 2019.

⁴⁵ Cfr. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 525 ss.

can be observed in Spain⁴⁶, which implemented a vocational training reform in 2015 in order to assure a better cooperation between State and regional authorities in the management of resources for upskilling and reskilling (Act No. 30/2015). Other significant examples can be seen in France and its continuous training system⁴⁷, given that the *Compte Personnel de Formation* (CPF) represents a remarkable instrument for the continuous development⁴⁸. In particular, the disposition introduced by *Loi* No. 288/2014 can be depicted as a public funding mechanism to support lifelong learning for the whole working-age population (all individuals aged 16 and over)⁴⁹.

Indeed, compared to the *droit individuel à la formation* (DIF)⁵⁰ – namely a precursor of the CPF intended for employees in the public and private sectors – such system is addressed to all citizens regardless of employment status, thus ensuring the continuity of training process with a view to employment transitions. To be specific, after the subsequent reform by *Loi* No. 771/2018⁵¹, the *Compte Personnel de Formation* allows every beneficiary to accrue up to €500 of training credit each year (overall max. €5.000)⁵² on account of the annual number of working hours of the beneficiary. By doing so, France has introduced in its legal framework an “individual right to continuous training”⁵³ based on training credits recognized on the basis of citizenship, portable between different jobs, and eligible for capitalisation over time⁵⁴.

Undoubtedly, the French case constitutes a best practice model from which the European Union can get useful insights in order to promote upskilling and

⁴⁶ Cfr. BARROSO-HURTADO - PAŽUR - BELA RIBEIRO, *Negotiating “employability” in Europe: Insights from Spain, Croatia and Portugal*, in BENASSO - BOUILLET - NEVES - PARREIRA DO AMARAL (eds.), *Landscapes of Lifelong Learning Policies across Europe. Comparative Case Studies*, Cham, 2022, 165-190; GIL-JAURENA, *Lifelong Learning Policies and Higher Education in Europe and Spain*, in *Journal of Lifelong Learning Society*, 2015, 303-338.

⁴⁷ On this matter, see: MERLO, *Percorso di lettura sulla formazione continua in Francia*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, 623-632.

⁴⁸ Cfr. CASANO, *Ripensare i Fondi Interprofessionali per la formazione continua: uno sguardo ai progetti di riforma francesi*, in *Boll. ADAPT*, 2018, 1-3.

⁴⁹ Cfr. DUBAR, *La formation professionnelle continue*, Paris, 2015.

⁵⁰ On this topic: MAGGI-GERMAIN, *La formation professionnelle continue entre individualisation et personnalisation des droits des salariés*, in *Droit Social*, 2004, 485 ss.

⁵¹ Cfr. CHAUCHARD, *Toward the personalization of social rights?*, in *Revue française des affaires sociales*, 2018, 129-148.

⁵² Such amount is raised up to €800 of training credit annually (overall max. €8.000) for disadvantaged individuals with disabilities or low level of qualification.

⁵³ Cfr. VALENTI, *The individual right to continuous training of workers: an analysis of best practices in the international framework*, in *Labour Law Issues*, 2021, 72 ss.

⁵⁴ Such changes were also followed by the creation of a digital platform called “Mon Compte Formation”, which was aimed at promoting and facilitating the usage and fungibility of the CPF accounts. To be specific, the number of active CPF accounts increased up to 5.468.534 during the first months of 2018. Cfr. D’AGOSTINO - VACCARO, *Nuove tutele per i lavoratori: il diritto soggettivo alla formazione Francia e Italia a confronto*, in *Professionalità studi*, 2020, 137 ss.

reskilling in all Member States⁵⁵. In fact, despite its lack of binding power over education and employment, the European Union could resort to soft law approaches⁵⁶ in order to promote the “individual learning account” system⁵⁷ more broadly. For instance, the recent Council Recommendation of 16 June 2022 on individual learning accounts (2022/C 243/03) can be depicted as a perfect example of this strategy.

Indeed, although the transposition of the *Compte Personnel de Formation* to other European countries could be complicated on account of the different legal frameworks⁵⁸, the adoption of selected key elements from this model could bring to the definition of a common and comprehensive European individual learning model, thus increasing the opportunities for upskilling and reskilling pathways of the working-age population⁵⁹. In this perspective, it would be able not only to guide the national policies in designing efficient actions aimed to improve skills, but also to align Member States’ digital literacy levels and promote international competitiveness and mobility of workers in the European area.

In this regard, an important role is played by the European Centre for the Development of Vocational Training (Cedefop), namely the agency of the European Union in charge of deepening vocational education and training (VET) and promoting a coordinated cooperation between different public and private actors (e.g., policymakers, social partners). In particular, the institute is currently undertaking new efforts in order to provide consultancy for Member States, including, *inter alia*, country reviews (TCRs) on upskilling pathways for the 2021-2023 period. Such actions are aimed at verifying the correct implementation of the Council Recommendation of 19 December 2016 on “Upskilling Pathways: New Opportunities for Adults” (2016/C 484/01) and gain useful insights on skill development in order to align Member States’ strategies.

⁵⁵ Cfr. FERNANDES - KERNEIS, *Vers un droit individuel à la formation des adultes pour tous les européens*, Brussels, 2020, 58-70.

⁵⁶ Cfr. OECD, *Improving the Quality of Non-Formal Adult Learning: Learning from European Best Practices on Quality Assurance, Getting Skills Right*, Paris, 2021.

⁵⁷ On this topic, see: HARRINGTON - YAMASHITA, *Individual Learning Accounts: A Comparison of Implemented and Proposed Initiatives*, in *Adult Learning*, 2021; OECD, *Individual Learning Accounts: Panacea or Pandora's Box?*, Paris, 2019, 7.

⁵⁸ In particular, the traditional separation between subordinate work and self-employment has often generated different regulations and safeguards for workers on the basis of their employment status in many national legal frameworks.

⁵⁹ Cfr. CEDEFOP, *Empowering adults through upskilling and reskilling pathways. Volume 1: adult population with potential for upskilling and reskilling*, Luxembourg, 2020; CEDEFOP, *Empowering adults through upskilling and reskilling pathways. Volume 2: Cedefop analytical framework for developing coordinated and coherent approaches to upskilling pathways for low-skilled adults*, Luxembourg, 2020.

Among the latest thematic country reviews, it is worth highlighting the joint analysis of French and Italian upskilling pathways for low-skilled adults⁶⁰. In this case, Cedefop aims to verify if the individual policy frameworks of the two countries are suitable to ensure the professional development of low skilled adults, with particular attention to basic digital skills, literacy, and numeracy (EQF 3-4 competences), as well as pointing out which good practices concerning lifelong learning are the most suitable to be implemented both at the national and European level⁶¹.

Therefore, it appears clear that the European Union should continue the process of analysis and review of the different approaches adopted by Member States regarding lifelong learning, given that the coordination through Cedefop⁶² could make it easier to identify the key factors to address in order to develop comprehensive and systematic actions.

5. Conclusion

These coordinated consultancies are surely to be welcomed as additional steps in the right direction, especially in light of the new strategies and actions for the period 2020-2030. Above all, the new “European Skills Agenda for Sustainable Competitiveness, Social Equity and Resilience”⁶³ – which aims to ensure upskilling and reskilling actions up to 2025 by involving governments, businesses, and trade unions, and strengthening the importance of skills, competitiveness, and public and private investment in upskilling/reskilling⁶⁴ – can be noted. In particular, the European Commission’s efforts in the “*Pact for Skills*” initiative to foster a cooperative environment and common commitment between companies,

⁶⁰ Cedefop launched a review process on upskilling interventions in Member States for the 2021-2023 period, starting with France and Italy (source: <https://www.cedefop.europa.eu/en/news/cedefop-launches-reviews-upskilling-pathways-adults-france-and-italy>).

⁶¹ Cfr. CEDEFOP, *Annual report 2021*, Luxembourg, 2022, 24 ss.

⁶² Cfr. CEDEFOP, *Strengthening skills systems in times of transition. Insights from Cedefop’s 2022 European skills index*, in *Cedefop Policy Brief*, June 8, 2022.

⁶³ This initiative aims to take up the main objectives introduced by the European Skills Agenda of 2016, considering other recent strategies for the digital development of the socio-economic fabric as well.

⁶⁴ Among its twelve actions, a significant attention and relevance the role of the European public actions regarding upskilling and reskilling can be seen in the following key-actions: 1) EU support for strategic national upskilling; 2) Unlocking Member States’ and private investments in skills by improving the reference framework; 3) Initiatives concerning individual learning accounts; 4) New pact for skills.

workers, and local and regional authorities for the development of a model for lifelong learning initiatives is undoubtedly encouraging⁶⁵.

In this perspective, the European Union is currently relying on both soft law and hard law approaches to coordinate the national frameworks regarding digitalisation and lifelong learning in the employment framework. This can also be inferred, for instance, from the Digital Education Action Plan (2021-2027)⁶⁶ designed to adapt education and learning for the digital age, given that it aims to further consolidate the training offerings of education systems on the basis of labour market needs. After all, in the absence of such wide-ranging interventions to counter skill mismatch and shortages and, thus, adapt its labour law framework to the changing context, it wouldn't be possible to meet the objectives pursued by the Digital Compass, such as the increase of computer literacy in the European Union to 80% by 2030.

In conclusion, although different Member States have started promoting continuous training of the whole working-age population with a firmer stance during the last decade, there are still major challenges arising from the current transformation of the socioeconomic context that affects governments, employers, and workers. For these reasons, it will be necessary to constantly monitor the achievement of the targeted objectives and see how the 2020-2030 actions develop step by step. In this perspective, it is to be hoped that such strategy will be accompanied by a more widespread skills-based approach to labour law in terms of active labour market policies.

⁶⁵ In addition, such pact also relies on the creation of knowledge and networking hubs, which are considered an indispensable means of building a solid network for career guidance services.

⁶⁶ On this topic, see: ANNETTE, *A digital learning future*, in *Impact*, 2021, 4-5.

GIURISPRUDENZA

**QUALCHE RIFLESSIONE A PARTIRE DAI PRIMI ORIENTAMENTI
DELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO IN TEMA DI
“DISCRIMINAZIONI ALGORITMICHE”[°]**

Matteo Borzaga

*Professore Ordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Trento*

Dopo aver preso brevemente in considerazione gli ambiti del diritto del lavoro con riguardo ai quali le ripercussioni dell'intelligenza artificiale assumono maggiore rilevanza, il saggio approfondisce il tema delle “discriminazioni algoritmiche” e, muovendo da una recente decisione del Tribunale di Bologna sul tema (i cui contenuti vengono puntualmente descritti), mette in luce, pur criticamente, le potenzialità del diritto antidiscriminatorio “di seconda generazione” nel combatterle.

Having described the labour law sectors in which the repercussions of Artificial Intelligence are most relevant, the essay analyses the issue of “algorithmic discriminations”: starting from a recent decision of the Tribunal of Bologna (whose contents are accurately described), the potential of the so called “second generation” antidiscrimination law in combating this kind of discriminations is critically highlighted.

Sommario:

1. Considerazioni introduttive
2. Intelligenza artificiale, algoritmi e diritto antidiscriminatorio di “seconda generazione”
3. La vicenda *Frank* e l'emergere del concetto di “discriminazioni algoritmiche” nella giurisprudenza di merito
4. Conclusioni

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Considerazioni introduttive

Le riflessioni proposte nel presente contributo prendono le mosse da una decisione assunta dal Tribunale di Bologna a fine dicembre 2020, alla quale può attribuirsi un duplice merito: quello di aver portato alla ribalta il tema della lotta alle “discriminazioni algoritmiche” e quello di averne offerto un’analisi giuridica decisamente approfondita e condivisibile¹.

La vicenda giudiziaria che ha condotto a tale decisione è scaturita da un ricorso di alcune organizzazioni sindacali (Filt Cgil, Filcams Cgil e Nidil Cgil, tutte di Bologna) volto ad accertare la natura discriminatoria delle modalità con cui erano regolamentate le condizioni di accesso alle sessioni di lavoro da parte delle/dei ciclofattorine/i attraverso la piattaforma digitale della società committente (Deliveroo Italy s.r.l.). Quest’ultima si serviva infatti, allo scopo, di un algoritmo (c.d. algoritmo *Frank*) che finiva con il penalizzare, dal punto di vista reputazionale e quindi anche relativamente alla possibilità di procurarsi gli *slot* orari migliori, coloro che avessero cancellato la propria prenotazione con un preavviso inferiore alle 24 ore, senza tenere conto in alcun modo delle ragioni per le quali la cancellazione era avvenuta. Più nel dettaglio, le suddette organizzazioni sindacali reputavano che, operando “alla cieca”, l’algoritmo *Frank* finisse per ledere, in particolare, la libertà sindacale delle/dei ciclofattorine/i e, soprattutto, il loro diritto di sciopero. Il Tribunale di Bologna, pronunciandosi nel quadro del procedimento di cui all’art. 28 del d. lgs. n. 150 del 2011, ha dato sostanzialmente ragione alle ricorrenti, ritenendo sussistente, nel caso di specie, una discriminazione indiretta.

Poiché il ragionamento condotto dalla giudice del lavoro per giungere a tale conclusione merita di essere approfondito, nelle pagine che seguono se ne prenderanno in esame i passaggi più significativi, sotto il profilo tanto processuale quanto sostanziale. Nel farlo, particolare attenzione verrà com’è ovvio dedicata ai motivi che hanno indotto la giudice stessa a considerare indirettamente discriminatorio l’algoritmo *Frank*.

Tale approfondimento non potrà peraltro prescindere dal fatto che la vicenda giudiziaria in esame e le modalità con le quali è stata decisa si collocano in un contesto più ampio – quello dell’impatto dell’intelligenza artificiale sui rapporti di lavoro e della possibilità di contrastarne gli effetti negativi anche attraverso un uso innovativo (se non strategico) del diritto antidiscriminatorio c.d. “di seconda generazione” – in ordine al quale sarà dunque necessario premettere alcune pur stringate considerazioni.

¹ Cfr., in proposito, DE SIMONE, *Discriminazione*, in NOVELLA - TULLINI, *Lavoro digitale*, Torino, 2022, 127 ss.

2. Intelligenza artificiale, algoritmi e diritto antidiscriminatorio di “seconda generazione”

In effetti, se si guarda alle dinamiche attuali del mercato del lavoro, ci si rende conto di come l'intelligenza artificiale le stia pesantemente condizionando, e non necessariamente in termini positivi. Si tratta, del resto, di un fenomeno assai rilevante e sfaccettato, per molti versi paragonabile, quanto all'entità dei suoi possibili effetti, alla globalizzazione². Peraltro, se quest'ultima si è tradotta essenzialmente in un aumento (senza dubbio eccessivo) della flessibilità, specie in entrata³, le conseguenze dell'intelligenza artificiale sembrano poter assumere una portata più ampia, riguardando diversi aspetti, dal futuro tasso di occupazione alle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa che, già evolutesi a seguito del superamento del fordismo⁴, sono probabilmente destinate a mutare nuovamente.

Poiché il fenomeno di cui si sta dicendo è emerso soltanto in tempi recenti, il relativo dibattito dottrinale, pur progressivamente intensificatosi, appare ben lungi dall'aver trovato una convergenza, anche se, come si accennava poco sopra, la sensazione che si ha approfondendolo è che le ripercussioni di tale fenomeno sui rapporti di lavoro siano percepite da studiosi e studiosi più come rischi che come opportunità, specie laddove il legislatore e la giurisprudenza decidano di affrontarle in modo eccessivamente timido, come per molti versi avvenuto fino ad ora⁵.

La circostanza che vi siano, in proposito, interpretazioni anche contrastanti è ben segnalata, a giudizio di chi scrive, dalle prese di posizione relative al possibile impatto dell'intelligenza artificiale sul futuro tasso di occupazione. Sul tema – che a ben vedere ha natura socioeconomica più che giuridica – si sono confrontate due scuole di pensiero diametralmente opposte.

Anzitutto vi è chi, adottando una prospettiva decisamente pessimista, ritiene che a causa dell'intelligenza artificiale verranno persi moltissimi posti di lavoro⁶. La ragione di ciò consisterebbe da un lato nelle caratteristiche del progresso

² Su tali questioni si v., in generale, BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Torino, 2002. Sia altresì consentito rinviare a BORZAGA, *Le ripercussioni del progresso tecnologico e dell'intelligenza artificiale sui rapporti di lavoro in Italia*, in *DPCE online*, 2022, 393 ss.

³ Ci si riferisce, in particolare, a quanto accaduto in Italia. Peraltro, anche numerosi altri Paesi europei hanno tentato di mitigare gli effetti della globalizzazione attraverso un aumento della flessibilità, ma con maggiore equilibrio (calibrando flessibilità in entrata, flessibilità in uscita e flessibilità funzionale: si cfr., ad es., il caso tedesco).

⁴ Su cui v., tra i molti, ACCORNERO, *Era il secolo del lavoro*, Bologna, 1997 e RULLANI - ROMANO, *Il postfordismo. Idee per il capitalismo prossimo venturo*, Milano, 1998.

⁵ Su tale questione si rinvia a quanto si dirà, pur brevemente, nel paragrafo successivo.

⁶ Cfr., in particolare, RIFKIN, *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era post-mercato*, Milano, 1995.

tecnologico attuale, talmente veloce da rendere impossibile la transizione, avutasi fino ad oggi, tra professioni vecchie e nuove⁷ e, dall'altro, nel fatto che grazie all'intelligenza artificiale sarebbe possibile automatizzare non più unicamente mansioni manuali, ma anche mansioni di concetto se non addirittura attività per svolgere le quali sono necessarie competenze particolarmente elevate⁸.

Tutt'al contrario, altre/i, pur dicendosi consapevoli del fatto che l'impatto dell'intelligenza artificiale sarà tale da rendere la transizione fra professioni vecchie e nuove senza dubbio più complicata rispetto al passato, fanno proprio un approccio ottimista. Costoro si soffermano in particolare sull'importanza della formazione professionale per quanto attiene alla riqualificazione di quelle lavoratrici e di quei lavoratori che saranno sostituite/i dai *robot*⁹, oltre che sull'accrescimento delle potenzialità connesse ad una prestazione lavorativa sempre più intensamente supportata e resa efficiente dall'impiego di macchine frutto proprio dei processi di automazione generati dall'intelligenza artificiale¹⁰. Si pensi, in particolare, al miglioramento delle condizioni occupazionali e lavorative di cui le/i disabili, specie se gravi, potranno godere proprio grazie all'appena descritta evoluzione¹¹.

Le opinioni che si sono appena espone rappresentano, in realtà, più che altro delle previsioni, che potranno essere confermate o smentite a seconda di quanto accadrà in concreto nei prossimi anni. Allo stato, la ricerca in proposito è dunque ancora in una fase del tutto preliminare, eppure i primi risultati disponibili sembrano smentire la prospettiva pessimista, nel senso che i processi di automazione in atto determinano in realtà una soltanto molto parziale distruzione dei posti di lavoro esistenti¹². Ragionando poi in termini più generali, la situazione del mercato del lavoro del futuro deve essere valutata anche alla luce del progressivo invecchiamento della popolazione italiana e della mancanza di manodopera che necessariamente ne seguirà, come del resto già pronosticato da diversi studi¹³, con il che i più volte citati processi di automazione potrebbero in

⁷ Si v., in proposito, le considerazioni di PICCININI - ISCERI, *IA e datori di lavoro: verso una e-leadership?*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, 4 ss.

⁸ Cfr., su questo punto, l'accurata ricostruzione di P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 548 ss.

⁹ V., in proposito, quanto affermato da P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, cit., 551 s.

¹⁰ Cfr. MEDA, *The future of work: The meaning and value of work in Europe*, Geneva, ILO Research Paper, 2016, 13.

¹¹ Si v., su questo punto, P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, cit., 552 s. e PICCININI - ISCERI, *IA e datori di lavoro: verso una e-leadership?*, cit., 5.

¹² Cfr., in proposito, l'interessante studio di CASELLI - FRACASSO - SCICCHITANO - TRAVERSO - TUNDIS, *Stop worrying and love the robot: An activity-based approach to assess the impact of robotization on employment dynamics*, in GLO Discussion Paper, 2021, 30 ss.

¹³ Tra cui spicca la recentissima ricerca di DE SARIO - GIANGRANDE, *L'impatto della crisi demografica italiana sul lavoro*, Roma, Fondazione Di Vittorio, 2022, disponibile in:

realtà essere d'aiuto (e dunque assumere un ruolo ulteriormente positivo) proprio per contrastare gli effetti di questa evoluzione.

Venendo, ora, a questioni più propriamente giuridiche, è evidente come l'impatto dell'intelligenza artificiale sui rapporti di lavoro riguardi diversi aspetti del loro svolgimento, che per ovvie ragioni di spazio non possono in questa sede essere approfonditi.

Ci si riferisce, in particolare, al tema del controllo dell'attività lavorativa delle/dei dipendenti da parte delle datrici/dei datori di lavoro, in relazione al quale il fenomeno in esame ha aperto scenari del tutto impensabili fino a poco tempo fa. In effetti, le innovazioni tecnologiche cui stiamo assistendo, se non opportunamente arginate, possono rivelarsi particolarmente invasive, consentendo un monitoraggio a tal punto capillare da violare la sfera più intima dei soggetti coinvolti¹⁴. Una situazione, quest'ultima, in ordine alla quale la dottrina non ha mancato di esprimere preoccupazione, anche a seguito delle modifiche apportate, in senso sostanzialmente permissivo, da uno dei decreti attuativi del c.d. *Jobs Act* del Governo Renzi all'art. 4 della l. n. 300 del 1970¹⁵.

Le nuove tecnologie possono avere poi ripercussioni significative anche su una modalità di svolgimento della prestazione particolarmente in voga in questo periodo, quella del lavoro agile (o *smart working*) che, disciplinata nel nostro ordinamento dalla l. n. 81 del 2017, è stata massicciamente utilizzata (specie nel settore pubblico) durante la recente emergenza pandemica¹⁶. Ebbene, tale modalità di svolgimento della prestazione - che le innovazioni tecnologiche possono per l'appunto contribuire ad incentivare - dovrebbe perseguire un duplice obiettivo, l'aumento della competitività e la conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro, avere quindi dei risvolti positivi anche in capo a lavoratrici e lavoratori in termini di flessibilità¹⁷. Alla luce della significativa esperienza applicativa accumulatasi negli ultimi anni, non si possono peraltro sottovalutare i rischi ad essa connessi e consistenti, essenzialmente, nella scarsa esperienza di datrici e datori di lavoro e delle/dei loro preposte/i nella sua organizzazione e nella sua

<https://fondazionevittorio.it/it/l'impatto-della-crisi-demografica-italiana-sul-lavoro>, 1 ss. In estrema sintesi, da tale ricerca si evince che, nel 2042, il bacino delle lavoratrici e dei lavoratori potenziali diminuirà, in Italia, di sei milioni e ottocentomila unità, mentre aumenteranno notevolmente (di circa tre milioni e ottocentomila unità) le persone non più in età lavorativa, determinandosi, in tal modo, un notevolissimo squilibrio demografico.

¹⁴ Su tali tematiche si v., in generale, DE STEFANO, "Negotiating the Algorithm": Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2019, 23 ss.

¹⁵ Cfr., in proposito, TROISI, *Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore*, in *Variazioni Temi Dir. lav.*, 2016, 667 ss.

¹⁶ Si v., sul punto, CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 215 ss. e ALBI, *Il lavoro agile tra emergenza e transizione*, originariamente pubblicato in *Biblioteca "20 maggio"*, 2020, 200, originariamente pubblicato in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 430/2020, 1 ss.

¹⁷ Cfr. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 804 ss.

gestione, nonché nell'isolamento in cui possono incorrere le lavoratrici e i lavoratori coinvolte/i¹⁸.

La questione giuridica relativamente alla quale si è dibattuto più intensamente è peraltro rappresentata dall'impatto dell'intelligenza artificiale sui modi di lavorare, e dunque, in fin dei conti, sulla tenuta delle categorie tradizionali del diritto del lavoro, subordinazione e autonomia. Su tale dibattito ci si intende ora pur brevemente concentrare, anche perché ad esso si legano taluni ragionamenti contenuti nella decisione del Tribunale di Bologna in tema di "discriminazioni algoritmiche" alla cui puntuale analisi ci si dedicherà diffusamente poco oltre.

In proposito, particolare attenzione è stata dedicata proprio ai rapporti di lavoro delle/dei ciclofattorine/i, di quelle lavoratrici e di quei lavoratori, cioè, che operano attraverso piattaforme digitali consegnando a domicilio principalmente (ma non solo) cibo. Ebbene, le modalità con le quali costoro svolgono la prestazione lavorativa sono decisamente innovative, per non dire sconosciute fino a tempi recenti, e ciò proprio per la circostanza che tali modalità sono fortemente influenzate dall'intelligenza artificiale, sotto forma di applicazioni per *smartphone* e di algoritmi¹⁹. Una situazione, quest'ultima, che - ancor più significativamente di quanto avvenuto con l'avvento del postfordismo - crea difficoltà di inquadramento dei relativi rapporti di lavoro nell'ambito della subordinazione o dell'autonomia, così come (assai tradizionalmente) concepite dagli artt. 2094 e 2222 del Codice civile del 1942²⁰.

Difficoltà di inquadramento delle quali non hanno mancato di approfittare pressoché tutte le imprese del settore, le quali, pur trovandosi di fronte a soggetti le cui condizioni di lavoro sono spesso problematiche e precarie e che dunque avrebbero bisogno di essere il più possibile tutelati, hanno sistematicamente fatto ricorso non già a contratti di lavoro subordinato, bensì piuttosto a contratti di collaborazione continuativa e coordinata a carattere prevalentemente personale²¹. Si tratta, come forse noto, di una tipologia negoziale di lavoro autonomo particolarmente vantaggiosa per le/i committenti, in quanto, a fronte di un numero piuttosto esiguo di garanzie riconosciute a collaboratrici e collaboratori, consente (grazie all'elemento della coordinazione) un'interazione significativa tra le parti²².

¹⁸ V. BORZAGA, *Le ripercussioni del progresso tecnologico e dell'intelligenza artificiale sui rapporti di lavoro in Italia*, cit., 398.

¹⁹ Su tali questioni si cfr., in termini generali, PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino, 2021.

²⁰ V. DEL CONTE - RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 673 ss.

²¹ In merito a tali contratti si cfr., soprattutto, G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1979, nonché PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione (Riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3 c.p.c.)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, 506 ss. e BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro «parasubordinato»*, in *Lav. dir.*, 1987, 41 ss.

²² Cfr., in proposito, BORZAGA, *Lavorare per progetti. Uno studio su contratti di lavoro e nuove forme organizzative d'impresa*, Padova, 2012.

Su tale, ampio ricorso ai contratti di collaborazione continuativa e coordinata hanno preso posizione dapprima la dottrina e poi anche la giurisprudenza. Se giuslavoriste e giuslavoristi hanno assunto spesso posizioni critiche, proprio alla luce del fatto che le/i ciclofattorine/i abbisognano di tutele assai più significative di quelle riconosciute nel quadro di tali contratti²³, le/i giudici del lavoro hanno fatto proprio un atteggiamento assai più timido, confermando inizialmente la correttezza del comportamento delle imprese committenti (in quanto mancherebbe, in concreto, l'elemento dell'eterodirezione, distintivo della subordinazione)²⁴, salvo poi valorizzare l'istituto delle collaborazioni organizzate dal committente (o collaborazioni etero-organizzate), introdotto dal d. lgs. n. 81 del 2015 (un altro dei decreti attuativi del c.d. *Jobs Act* del Governo Renzi) in concomitanza con l'eliminazione del lavoro a progetto²⁵.

Sebbene a siffatte collaborazioni siano riconosciute le tutele tipiche della subordinazione²⁶, si tratta pur sempre di rapporti di lavoro autonomo che, per come sono stati concepiti dal legislatore, molto difficilmente vengono prescelti dalle/dai committenti nel momento genetico della relazione contrattuale, operando piuttosto in termini rimediali, ovvero a seguito di un ricorso in giudizio²⁷. L'istituto in esame, pur avendo avuto il merito di riconoscere le esigenze di tutela di lavoratrici e lavoratori difficilmente riconducibili all'alveo della subordinazione intesa in senso tradizionale, rischia cioè di rappresentare un'arma spuntata perché è probabilmente destinato ad avere una scarsa applicazione pratica.

La segnalata timidezza della giurisprudenza nel farsi carico delle esigenze di tutela delle/dei ciclofattorine/i è ancor più significativa se si guarda al panorama europeo, atteso che in diversi Paesi le/i giudici del lavoro (specie di ultima istanza) hanno ritenuto che i relativi rapporti di lavoro debbano ricadere nell'alveo della subordinazione²⁸.

²³ Su questo punto si v., per tutti, PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit.

²⁴ Ci si riferisce, in particolare, ad alcune sentenze pronunciate nel corso del 2018 dai Tribunali di Milano e di Torino.

²⁵ Come ha fatto anzitutto la Corte d'Appello di Torino nel c.d. caso *Foodora* (2019) e poi anche la Corte di Cassazione con la sentenza n. 1663 del 24 gennaio 2020. Su tali itinerari giurisprudenziali si v., in particolare, l'analisi di PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit.

²⁶ Sul punto va precisato che, a fronte di una disposizione (l'incipit dell'art. 2 del d. lgs. n. 81 del 2015) a mente della quale alle collaborazioni etero-organizzate «si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato», la giurisprudenza citata alla nota precedente non ha ad oggi chiarito che cosa debba intendersi con tale espressione (l'intera disciplina o soltanto parti di essa?).

²⁷ Sia consentito rinviare, in proposito, a BORZAGA, *Storia di uno «sconfinamento»: l'emergere di dinamiche di potere nel lavoro autonomo*, in *Lav. dir.*, 2021, 514 s.

²⁸ Si pensi, in particolare, a Germania, Francia, Spagna e Regno Unito. Cfr., in proposito, CORAZZA, *L'umanità dell'algoritmo. Note a margine di A. Aloisi, V. De Stefano, Il tuo capo è un algoritmo. Laterza, 2020*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2021, 549 ss.

Viste le criticità del dibattito di cui si è appena detto, soprattutto sul versante giurisprudenziale, non stupisce, a giudizio di chi scrive, che la giudice del Tribunale di Bologna eviti di prendere posizione su di esso, accennando soltanto alla sua esistenza²⁹. Del resto, ella può permettersi di procedere in questo modo perché nella vicenda giudiziaria sulla quale è chiamata a pronunciarsi viene in interesse il diritto antidiscriminatorio (e in particolare, come si accennava, quello di “seconda generazione”), ovvero una materia che presenta tutta una serie di peculiarità, tra cui quella di travalicare, almeno in parte, la distinzione tra subordinazione e autonomia³⁰.

In proposito, va infatti messo anzitutto in luce come già il d. lgs. n. 216 del 2003, nel sancire la disciplina relativa alla parità di trattamento indipendentemente da religione, convinzioni personali, disabilità, età e orientamento sessuale, faccia riferimento, quanto meno con riguardo all’accesso all’occupazione, anche al lavoro autonomo, estendendo così il proprio ambito di applicazione al di là della subordinazione³¹.

Inoltre, e soprattutto, con riguardo al caso in esame viene in interesse una specifica disposizione, rappresentata dall’art. 47 *quinquies* del d. lgs. n. 81 del 2015 (introdotto nel 2019³²), secondo la quale alle/ai ciclofattorine/i si applicano il diritto antidiscriminatorio e la disciplina concernente la tutela della libertà e della dignità prevista per le lavoratrici e i lavoratori subordinate/i³³.

In realtà, il modo in cui il legislatore ha concepito il diritto antidiscriminatorio “di seconda generazione” non soltanto consente alla giudice del Tribunale di Bologna di non prendere posizione in ordine al dibattito sulla collocazione sistematica delle/dei ciclofattorine/i nell’ambito della distinzione tra autonomia e subordinazione, ma rappresenta altresì uno strumento particolarmente utile per chi ha proposto il ricorso in giudizio.

Come si ricorderà, infatti, non si è trattato, in questo caso, di singole lavoratrici e singoli lavoratori, bensì di organizzazioni sindacali che, facendo leva sul procedimento antidiscriminatorio di cui all’art. 28 del d. lgs. n. 150 del 2011, hanno costruito la relativa vicenda in maniera strategica. Tali organizzazioni, in altri termini, hanno tentato (con successo, in realtà), di promuovere l’evoluzione del diritto sindacale non già attraverso strumenti per così dire classici (si pensi, in

²⁹ Si v., in particolare, il punto 2 della decisione citata.

³⁰ Cfr., sul punto, BORZAGA - MAZZETTI, *Discriminazioni algoritmiche e tutela dei lavoratori: riflessioni a partire dall’Ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020*, in *Biolaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 2022, 242 ss.

³¹ Si v., in proposito, SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-Discrimination Law in the Italian Courts: The New Frontiers of the Topic in the Age of Algorithms*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, n. 440/2021, 11.

³² Ai sensi del d. l. n. 101 del 2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 128 del medesimo anno.

³³ Cfr., in proposito, PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell’Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, 4 ss.

particolare, all'esercizio del diritto di sciopero), bensì in sede giudiziale e proprio attraverso il diritto antidiscriminatorio³⁴. Una decisione, quest'ultima, che si ispira ai modelli di *legal mobilisation*, tipici della tradizione angloamericana e la cui caratteristica principale consiste nel perseguire il miglioramento delle condizioni dei singoli individui o dei gruppi di individui che ad essi fanno ricorso attraverso lo strumento del processo³⁵.

Questo modo di procedere, già interessante di per sé, lo diviene ancor di più se si considera che la decisione in esame non costituisce un caso isolato, ma si colloca, al contrario, all'interno di un gruppo di sentenze con le quali sono state definite una serie di vicende relative a discriminazioni per convinzioni personali a seguito di azioni promosse da organizzazioni sindacali ai sensi del già citato art. 28 del d. lgs. n. 151 del 2011.

Si è trattato – oltre che, evidentemente, di quella in commento – delle vicende c.d. “FIAT” e “Ryanair”, concernente la prima il caso di una ventina di lavoratori iscritti alla Fiom Cgil che, nel momento in cui vi era stato un trasferimento di personale da Fiat Automobile Group a Fabbrica Italia Pomigliano, non erano stati riassunti da quest'ultima³⁶, e relativa la seconda ad una clausola collettiva inserita nel contratto individuale di lavoro del personale di cabina al precipuo fine di dissuadere tale personale dall'esercizio della libertà sindacale³⁷.

Da quanto detto si evince come si sia trattato di casi che, coinvolgendo imprese assai note (FIAT, Ryanair e, per l'appunto, Deliveroo Italy Srl), hanno suscitato l'interesse non soltanto di specialiste e specialisti e, soprattutto, si sono tutte quante concluse con decisioni favorevoli alle organizzazioni sindacali ricorrenti (decisioni che hanno cioè ritenuto sussistenti in concreto delle discriminazioni fondate sulle convinzioni personali). Ne è conseguito un tanto inaspettato quanto significativo “protagonismo” del più volte citato art. 28 del d. lgs. n. 150 del 2011 che, proprio per l'importanza strategica assunta nella difesa della libertà sindacale, ha indotto la dottrina a paragonarlo all'art. 28 della l. n. 300 del 1970, e a definirlo, coerentemente, “l'altro art. 28”³⁸.

³⁴ Si v., sul punto, BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour Law Issues*, 2021, I.3.

³⁵ Si cfr., per qualche approfondimento, ZEMANS, *Legal mobilization: the neglected role of the law in the political system*, in *The American Political Science Review*, 1983, 690 ss. e VANHALA, *Legal mobilization, political science*, Oxford, 2012.

³⁶ Su tale vicenda si v., in particolare, BARBERA - PROTOPAPA, *Il caso FIAT: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, 163 ss. e DE STEFANO, «Caso FIAT», *affiliazione sindacale e tutela antidiscriminatoria: una lettura fondata sulle fonti internazionali ed europee*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 369 ss.

³⁷ Cfr., in proposito, PERUZZI, *Discriminazione collettiva e danni punitivi. La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso Ryanair*, in *Arg. dir. lav.*, 2021, 1413 ss. e BORZAGA, *Libertà sindacale e compagnie aeree low cost: la Corte di Cassazione si pronuncia sul caso R.*, in *Labor*, 2022, 362 ss.

³⁸ Ci si riferisce a PROTOPAPA, *Uso strategico del diritto e azione sindacale*, Bologna, 2021.

3. La vicenda *Frank* e l'emergere del concetto di "discriminazioni algoritmiche" nella giurisprudenza di merito

Fatte queste doverose premesse sulle ripercussioni dell'intelligenza artificiale sui rapporti di lavoro in generale e sull'uso innovativo del diritto antidiscriminatorio "di seconda generazione" a tutela dell'esercizio della libertà sindacale in particolare, pare il caso, a questo punto, di prendere dettagliatamente in esame il ragionamento che ha indotto la giudice del lavoro di Bologna a ritenere sussistente, nel caso di specie, una vera e propria "discriminazione algoritmica".

Poiché, come si accennava poco sopra, l'ambito di applicazione del diritto antidiscriminatorio "di seconda generazione" è sufficientemente ampio per consentire alla giudice stessa di non prendere posizione sulla qualificazione del rapporto di lavoro delle/dei ciclofattorine/i, tale ragionamento si concentra, anzitutto, su due questioni di natura processuale (cessazione della materia del contendere e legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali ricorrenti), per poi prendere in considerazione quella più importante, relativa alla sussistenza, in concreto, di una discriminazione a loro danno e dedicarsi, infine, al rimedio da adottare in concreto per rimuoverla.

Procedendo con ordine, e iniziando quindi dalle questioni di natura processuale, la prima a venire in interesse è quella relativa alla cessazione della materia del contendere. In proposito, va infatti messo in luce come Deliveroo Italy Srl avesse comunicato al Tribunale, in corso di causa, di aver eliminato il sistema di prenotazione differenziato in base alle statistiche (e dunque al *ranking* reputazionale), con il che sarebbe stato superato anche l'utilizzo, in concreto, del più volte citato algoritmo *Frank* e dunque, secondo la medesima società committente, cessata la materia del contendere.

Tale conclusione viene peraltro rigettata dalla giudice del lavoro di Bologna, la quale sottolinea, in generale, come l'eliminazione del sistema di prenotazione differenziato in base alle statistiche non abbia fatto venir meno l'interesse delle organizzazioni sindacali ricorrenti all'accertamento della natura discriminatoria di tale sistema, nonché a vedersi risarcito il danno consequenziale. Che così stiano le cose è del resto confermato da un lato dal comportamento delle parti, che hanno continuato ad insistere perché venissero accolte le rispettive conclusioni, e dall'altro dalla cospicua giurisprudenza, richiamata dalla medesima giudice, dalla quale emerge chiaramente come la cessazione della materia del contendere possa essere dichiarata, anche d'ufficio, soltanto nel momento in cui non sussista più contestazione sul diritto sostanziale di cui si tratta³⁹.

L'eliminazione del sistema di prenotazione differenziato in base alle statistiche ha peraltro delle importanti ripercussioni sul versante sanzionatorio, attesa

³⁹ Cfr., ad es., Cass., 8 luglio 2010, n. 16150, Cass., 22 dicembre 2006, n. 27460, Cass., 1° aprile 2004, n. 6395.

l'evidente impossibilità di pronunciare un ordine di cessazione della condotta antidiscriminatoria (mentre rimane possibile una condanna al risarcimento del danno e alla pubblicazione della sentenza)⁴⁰.

Per quanto concerne, poi, la legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali ricorrenti, contestata da Deliveroo Italy Srl, va evidenziato, anzitutto, che nell'ordinamento giuslavoristico italiano a queste ultime è pacificamente riconosciuto un potere di rappresentanza collettiva soltanto con riguardo alla fase negoziale, mentre sul piano processuale la questione appare assai più problematica⁴¹. A fronte cioè di una azione sindacale sviluppatasi tradizionalmente in termini sociali e politici, sul piano giurisdizionale ha prevalso un'impostazione privatistica, che neppure l'avvento dello Statuto dei Lavoratori (l. n. 300 del 1970) e in particolare del suo art. 28 è stato in grado di scalfire⁴². Tale ultima disposizione, infatti, è stata utilizzata per tutelare diritti e interessi propri delle organizzazioni sindacali e solo in via mediata quelli di lavoratrici e lavoratori⁴³.

In questo quadro particolarmente restrittivo si colloca l'art. 5, co. 2, del d. lgs. n. 216 del 2003, il quale stabilisce che le organizzazioni sindacali (e altre organizzazioni rappresentative) sono legittimate ad agire, oltre che alle condizioni del precedente co. 1⁴⁴, anche nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione.

Ebbene, dopo aver richiamato tale disposto normativo, la giudice del lavoro di Bologna ripercorre i relativi itinerari giurisprudenziali⁴⁵, sul versante tanto eurounitario quanto interno, alla stregua dei quali la legittimazione ad agire può essere riconosciuta alle organizzazioni sindacali laddove sussistano, congiuntamente, due diverse condizioni. Si tratta, più nel dettaglio, dell'impossibilità di individuare il soggetto o i soggetti singolarmente discriminati

⁴⁰ Si v., in particolare, il punto 1 della decisione in commento.

⁴¹ Cfr., su questo punto, RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale: studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, Milano, 2018, 11 ss.

⁴² Si v. BORZAGA - MAZZETTI, *Discriminazioni algoritmiche e tutela dei lavoratori: riflessioni a partire dall'Ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020*, cit., 233 e FONTANA, *Statuto e tutela antidiscriminatoria (1970-2020)*, in RUSCIANO - GAETA - L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, Napoli, 2020, 209.

⁴³ Cfr. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale: studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, cit., 32 ss.

⁴⁴ Tale comma stabilisce quanto segue: «1. Le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione e dei suoi familiari, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio».

⁴⁵ Per approfondimenti in proposito si v., ancora una volta, RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale: studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, cit., 88 ss.

(purché, in effetti, la discriminazione perpetrata abbia colpito una categoria indeterminata di persone) e della rappresentatività dell'associazione (*rectius*: organizzazione sindacale) rispetto all'interesse collettivo in questione, che va verificata esaminando il relativo statuto (deve trattarsi, cioè, di un interesse proprio di detta associazione)⁴⁶.

Poiché, nel caso di specie, l'asserita discriminazione colpisce una categoria indeterminata di persone (ovvero tutte/tutti le/i ciclofattorine/i che vogliono partecipare a forme di astensione collettiva dal lavoro) e le organizzazioni sindacali ricorrenti possono considerarsi rappresentative in quanto nei loro statuti si afferma espressamente la volontà di contrastare ogni forma di discriminazione - sussistono cioè entrambi i requisiti di cui all'art. 5, co. 2, del d. lgs. n. 216 del 2003 come interpretati dalla giurisprudenza - il Tribunale di Bologna ritiene che siffatte organizzazioni sindacali fossero legittimate ad agire e passa quindi, finalmente, all'esame del merito della vicenda sottopostagli.

Sul punto, come già si accennava in precedenza, la giudice del lavoro di Bologna finisce con il pronunciarsi in favore delle organizzazioni sindacali ricorrenti, ritenendo che nel caso di specie fosse sussistente una "discriminazione algoritmica" di tipo indiretto.

Prima di approfondire le ragioni che l'hanno indotta a concludere in tal modo, vale la pena spendere due parole sugli algoritmi, il loro funzionamento e dunque, in fin dei conti, le loro potenzialità discriminatorie. In proposito, e in termini assai generali, può mettersi in luce come si tratti di procedimenti di calcolo espliciti e descrivibili attraverso un insieme di regole, costituite da sequenze logiche di istruzioni elementari e non ambigue, che conducono a un determinato risultato atteso, attraverso l'applicazione, per un numero finito di volte, di quelle stesse regole⁴⁷.

Alla luce di tale definizione, sembrerebbe di poter affermare che gli algoritmi si caratterizzano per oggettività e neutralità intrinseche. In realtà le cose non stanno affatto così, anzi: essendo esseri umani a programmarne il funzionamento, non mancano i rischi che gli algoritmi stessi finiscano con il ripercuotersi negativamente sulla prestazione, perpetrando, ad esempio, discriminazioni a danno di lavoratrici e lavoratori, in termini anche più gravi rispetto a quelle "tradizionali", a causa essenzialmente dell'opacità e della complessità del loro funzionamento⁴⁸.

⁴⁶ Su questo punto si cfr., Cass., ord. 15 dicembre 2020, n. 28646, Cass., ord. 20 luglio 2018, n. 19443 e Corte Giust., 23 aprile 2020, causa C-507/18 (NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford).

⁴⁷ È questa, pressoché testualmente, la definizione contenuta nel Dizionario di Economia e Finanza dell'Enciclopedia Italiana Treccani (https://www.treccani.it/enciclopedia/algoritmo_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/).

⁴⁸ Cfr., in proposito, PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour Law Issues*, 2021, I.55 s. e ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione*

Fatte queste considerazioni preliminari, ed entrando quindi nel vivo del ragionamento della giudice del lavoro di Bologna, va sottolineato come ella, dopo aver attentamente valutato il quadro istruttorio alla luce dell'art. 2 del d. lgs. n. 216 del 2003, ritenga in concreto sussistente una discriminazione indiretta per il fatto che la disciplina applicata (quella relativa alla cancellazione anticipata delle sessioni di lavoro prenotate) è di per sé neutra, ma mette una particolare categoria di lavoratrici e lavoratori (coloro che intendano scioperare) in una posizione particolarmente svantaggiosa⁴⁹. Una situazione, quest'ultima, ancor più evidente se si considera che, in altri casi – quello dell'infortunio sul lavoro e quello del malfunzionamento della *app* – la società committente ha deciso di “neutralizzare” gli effetti delle statistiche sulla prenotazione degli *slot* orari, dimostrando in tal modo che, quando lo ritiene opportuno, può togliere all'algoritmo la benda che lo rende cieco ovvero incosciente⁵⁰.

Che le procedure imposte dall'algoritmo per evitare il peggioramento del proprio *ranking* reputazionale e quindi la perdita di occasioni di lavoro siano incompatibili con l'esercizio del diritto di sciopero è inequivocabilmente dimostrato da due elementi in particolare, quello relativo all'obbligo di collegarsi alla piattaforma (tramite *log-in*) e quindi anche di recarsi nella zona di lavoro prenotata (per via della geolocalizzazione) almeno quindici minuti prima dell'inizio della sessione e quello concernente il preavviso di almeno ventiquattro ore in caso di cancellazione della sessione stessa.

È infatti evidente, anzitutto, come il primo elemento di fatto impedisca a lavoratrici e lavoratori l'esercizio stesso del diritto di sciopero, svuotandolo di significato, in quanto li obbliga comunque a recarsi sul luogo di lavoro, salvo patire un danno economico evidentemente sproporzionato⁵¹. Per quanto concerne, poi, la necessità di dare un preavviso di almeno ventiquattro ore in caso di cancellazione della sessione di lavoro, non può sfuggire come si tratti di una situazione anch'essa in grado di svuotare di significato l'esercizio del diritto di sciopero, in quanto consente alla società committente di sostituire facilmente lavoratrici e lavoratori assenti⁵². Del resto, se si prende in considerazione la giurisprudenza, tanto costituzionale quanto di legittimità, che ha ritenuto legittimo lo sciopero improvviso, ci si rende conto di come la necessità di dare il preavviso,

nell'UE, in ALESSI - BARBERA - GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, 685.

⁴⁹ Tale conclusione è stata criticata da parte della dottrina, secondo la quale nel caso di specie si sarebbe dovuta ravvisare una discriminazione diretta. Si cfr., in proposito, BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I.12 ss. e SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-Discrimination Law in the Italian Courts: The New Frontiers of the Topic in the Age of Algorithms*, cit., 16 ss.

⁵⁰ V., in proposito, il punto 4 dell'ordinanza in esame.

⁵¹ Cfr., su questo punto, BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 2021, 110 ss.

⁵² *IBIDEM*.

specie in un contesto di elevata competizione qual è quello delle consegne a domicilio, dia vita a una forma del tutto particolare di “crumiraggio interno” che finisce proprio con l’ostacolare l’esercizio del diritto di sciopero⁵³.

Poiché come si accennava la giudice del lavoro di Bologna ricostruisce la fattispecie in esame come discriminazione indiretta, rimangono a questo punto da prendere in considerazione, ai sensi dell’art. 3, co. 6, del d. lgs. n. 216 del 2003, le giustificazioni offerte dal datore di lavoro⁵⁴. Quest’ultimo deve dimostrare, in particolare, la legittimità delle finalità perseguite e la proporzionalità dei mezzi impiegati per farlo⁵⁵.

Ebbene, secondo la medesima giudice il relativo onere della prova non è stato adeguatamente assolto.

Sul punto, va in effetti messo in luce come Deliveroo Italy Srl incentri anzitutto il suo ragionamento sulla natura del rapporto di lavoro, asserendo che il sistema di prenotazione differenziato in base alle statistiche sarebbe legittimo in considerazione dell’inquadramento delle/dei ciclofattorine/i come lavoratrici/lavoratori autonome/i⁵⁶. Un’affermazione, quest’ultima, del tutto inconferente non soltanto sulla base dell’evoluzione giurisprudenziale, già citata in precedenza, alla stregua della quale costoro vanno considerate/i come collaboratrici/collaboratori etero-organizzate/i, dovendosi quindi riconoscere loro le garanzie tipiche del lavoro dipendente, bensì soprattutto alla luce del fatto che, come si è pure visto, il diritto antidiscriminatorio “di seconda generazione” trova applicazione ben oltre la subordinazione⁵⁷.

Inoltre, secondo la giudice del lavoro di Bologna, neppure le considerazioni per cui il già citato sistema di prenotazione costituirebbe un vantaggio per le/i ciclofattorini e sarebbe comunque soltanto opzionale possono giustificare l’adozione: nella vicenda in esame, del resto, non è in discussione la legittimità di tale sistema in sé, né il «fatto che sia incentivata la cancellazione preventiva delle sessioni prenotate che non si intendono più utilizzare, ma solo il fatto che l’eventuale cancellazione o la mancata partecipazione alla sessione cancellata non possa essere giustificata dal rider sulla base di comprovate ragioni dotate di rilievo

⁵³ Si v., sul punto, BALESTRI, *Esercizio del diritto di sciopero e legittimità della reazione datoriale*, in *Lav. dir. Eur.*, 2018, 1 ss. e ROTA, *Il crumiraggio tecnologico: una lettura comparata*, in *Labour Law Issues*, 2018, C.33 ss.

⁵⁴ Tale disposizione stabilisce infatti che «6. Non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell’articolo 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari (...)».

⁵⁵ Cfr., in proposito, BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 111 e BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I.11.

⁵⁶ Si v. il punto 4 della decisione in commento.

⁵⁷ Cfr., in proposito, PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell’Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 6 e BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I.11

giuridico (prima fra tutte, ma non sola, l'esercizio del diritto di sciopero costituzionalmente garantito)»⁵⁸.

Se dunque, alla luce del ragionamento di cui si è detto fin qui, il sistema di prenotazione differenziato in base alle statistiche confezionato da Deliveroo Italy Srl costituisce una discriminazione indiretta che non può in alcun modo trovare giustificazione rimane infine da considerare, pur brevemente, il versante sanzionatorio.

Su questo punto va rammentato quanto già si diceva in precedenza, ovvero che, avendo la società committente provveduto a eliminare tale sistema di prenotazione, non è in concreto possibile condannarla alla cessazione del comportamento illegittimamente posto in essere, sebbene ciò sia astrattamente previsto dall'art 28, co. 5, del d. lgs. n. 150 del 2011⁵⁹.

Ciò peraltro non toglie che nel caso di specie possano venire in interesse le altre sanzioni previste dalla medesima norma, ovvero la pubblicazione della decisione, a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale (co. 7) e il risarcimento del danno, anche non patrimoniale (nuovamente co. 5).

In effetti, su richiesta delle organizzazioni sindacali ricorrenti, il Tribunale di Bologna decide di applicarle entrambe⁶⁰, facendo peraltro una serie di approfondimenti in merito alla seconda alla luce della giurisprudenza (di legittimità e di merito) formatasi in proposito. In particolare, la giudice del lavoro di Bologna si sofferma su due diverse questioni, quella della natura e delle caratteristiche di tale risarcimento del danno e quella della sua riconoscibilità in favore di un ente collettivo (le organizzazioni sindacali ricorrenti, per l'appunto)⁶¹.

In merito alla prima, vengono in particolare richiamate talune sentenze della Corte di Cassazione, nelle quali si mette in luce come si tratti di un risarcimento del danno dalla natura polifunzionale, sia preventiva (e cioè deterrente o dissuasiva), sia sanzionatorio-punitiva⁶². A tali decisioni se ne sono affiancate alcune altre della giurisprudenza di merito, che la giudice del lavoro di Bologna ritiene di condividere e che hanno configurato il danno di cui si sta dicendo come danno comunitario - da determinarsi sulla base dei canoni dell'adeguatezza,

⁵⁸ Così, testualmente, la giudice del lavoro di Bologna al punto 4 della decisione che si sta esaminando.

⁵⁹ Cfr., sul punto, BORZAGA - MAZZETTI, *Discriminazioni algoritmiche e tutela dei lavoratori: riflessioni a partire dall'Ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020*, cit., 248 s.

⁶⁰ Per quanto riguarda la prima si stabilisce che l'ordinanza venga pubblicata sul sito *web* della società committente nonché sul quotidiano "La Repubblica".

⁶¹ V., in particolare, il punto 5 della decisione in esame. Per approfondimenti sulla relativa tematica sia consentito rinviare a BORZAGA, *Libertà sindacale e compagnie aeree low cost: la Corte di Cassazione si pronuncia sul caso R.*, cit., 369 ss.

⁶² Si esprime in questi termini Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

dell'effettività, della proporzionalità e della dissuasività⁶³ - e non riducibile ad una sanzione meramente simbolica⁶⁴.

Pure con riguardo alla seconda questione la medesima giudice richiama una serie di pronunce a mente delle quali l'azione proposta da un sindacato ai sensi dell'art. 5, co. 2, del d. lgs. n. 216 del 2003 è volta a tutelare direttamente l'interesse collettivo proprio di tale ente esponenziale, legittimato a farne valere la lesione, con il che il medesimo ente potrà richiedere il risarcimento del danno in proprio favore⁶⁵.

Alla luce di tutto ciò, il Tribunale di Bologna riconosce alle organizzazioni sindacali ricorrenti un risarcimento del danno non patrimoniale quantificandolo, in via equitativa alla stregua di una serie di parametri puntualmente indicati nella decisione in esame⁶⁶, in una cifra pari a cinquantamila euro.

4. Conclusioni

Volendo trarre qualche conclusione da quanto si è detto sin qui, si ritiene di dover anzitutto ribadire quanto messo in luce nelle prime pagine del presente contributo, e cioè che l'intelligenza artificiale si sta ripercuotendo in modo davvero considerevole sui rapporti di lavoro. Si tratta, a ben vedere, di un impatto estremamente sfaccettato e che rischia di divenire ancor più significativo in futuro, mettendo in crisi la disciplina giuridica che ha, pur con alti e bassi, governato detti rapporti fino ad oggi.

In questo quadro a tinte piuttosto fosche si inserisce la decisione del Tribunale di Bologna su cui ci si è invece soffermati nel paragrafo precedente. Una decisione di grande importanza, sia perché costituisce un esempio di uso strategico del diritto antidiscriminatorio di "seconda generazione" da parte delle organizzazioni sindacali al fine di rafforzare il riconoscimento di diritti basilari qual è quello di sciopero, sia perché identifica, per la prima volta, la portata (indirettamente) discriminatoria degli algoritmi, evidenziando, tra l'altro, come questi ultimi possano essere, in proposito, particolarmente pericolosi a causa dell'opacità e complicatezza del relativo processo decisionale. In questo senso, la citata pronuncia rappresenta il primo argine concreto alla deriva tecnologica in atto, che può essere particolarmente oppressiva per lavoratrici e lavoratori. Alla luce di ciò, non può dunque che auspicarsi un ulteriore sviluppo (e anche un affinamento) del

⁶³ Trib. Firenze, 26 giugno 2018.

⁶⁴ Come specificato, ad es., da Corte Giust., 2 aprile 2013, causa C-81/12 (Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării).

⁶⁵ Cfr., in proposito, Cass., 20 luglio 2018, n. 19443 e App. Brescia, 24 luglio 2019, n. 328.

⁶⁶ Si tratta, in particolare, della «diffusione su tutto il territorio nazionale della condotta, della sistematicità della sua attuazione e della pubblicità della stessa».

filone giurisprudenziale cui l'ordinanza del Tribunale di Bologna di fine dicembre 2020 ha dato avvio.

Se tuttavia la si colloca nel più ampio contesto rappresentato dalle richiamate ripercussioni dell'intelligenza artificiale sui rapporti di lavoro, si ha l'impressione che essa non sia in alcun modo sufficiente garantire a lavoratrici e lavoratori le tutele delle quali hanno bisogno in un contesto che sta mutando tanto velocemente. Basti pensare alla vicenda della qualificazione della prestazione lavorativa delle/dei ciclofattorine/i che, a giudizio di chi scrive, è a questo proposito assolutamente emblematica. Sebbene infatti costoro operino in condizioni precarie e spesso anche pericolose, non è facile ricondurli all'alveo della subordinazione (e delle relative garanzie), quanto meno se, come in Italia, il quadro normativo di riferimento risale a quasi ottant'anni or sono.

Si tratta, evidentemente, di un paradosso, al quale non può che porre rimedio il legislatore, prendendo l'iniziativa in modo assai più netto rispetto al recente passato, quando si sono preferite operazioni di *maquillage*, spesso foriere di dubbi interpretativi (come dimostra chiaramente la vicenda delle collaborazioni etero-organizzate), ad interventi risoluti (come sarebbe la modifica della definizione del concetto di subordinazione). Ciò, a maggior ragione, in un quadro di riferimento nel quale, a differenza di quanto avvenuto con la decisione in tema di "discriminazioni algoritmiche" che si è commentata, la giurisprudenza si è rivelata assai timida, fatto ancor più significativo se si considera che, come si è già accennato più volte, il destino dell'intelligenza artificiale è quello ripercuotersi sui modi di lavorare di un numero crescente di categorie di lavoratrici e lavoratori.

**LA QUALIFICAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO SU
PIATTAFORMA DIGITALE NEL DIRITTO VIVENTE:
OLD WINE IN A NEW BOTTLE?[°]**

Marco Tufo

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
Università degli Studi di Siena*

Con il presente contributo viene offerta una ricostruzione del percorso giurisprudenziale italiano in materia di qualificazione del rapporto di lavoro dei cc.dd. riders. Prendendo le mosse dall'orientamento restrittivo della giurisprudenza di merito, secondo la quale i ciclofattorini sarebbero collaboratori coordinati e continuativi, viene attraversata la tesi per cui gli stessi avrebbero natura di collaboratori eterorganizzati, ex art. 2 d.lgs. n. 81/2015, per poi giungere alle più recenti pronunce che hanno optato per la subordinazione, ora valorizzando l'eterodirezione, ora l'eteroorganizzazione della prestazione. Posta in evidenza l'assoluta incertezza e imprevedibilità del procedimento di qualificazione del rapporto, in conclusione, viene proposta una soluzione "universalistica" di riconoscimento delle tutele lavoristiche, idonea a garantire la protezione di tutte le persone che, nel prestare il proprio lavoro, si trovano in una posizione di debolezza socio-economica.

The research aims at reconstructing the Italian jurisprudential path on the legal qualification of riders' employment relationships. Starting from the restrictive trial courts' guidance, according to which riders are coordinated and continuous workers, the thesis that they are heterorganised collaborators, according to Article 2 of Legislative Decree no. 81/2017, is analysed. Then the most recent cases law having opted for subordination, now as heterodirection, now as heteroorganisation, is studied. Having highlighted the absolute uncertainty and unpredictability of the relationship qualification process, in conclusion, a "universal" solution for the recognition of labour protections is proposed, suitable for protecting all workers who find themselves in a position of socio-economic weakness.

Sommario

1. Introduzione
2. Prima tappa: i riders sono collaboratori coordinati e continuativi
3. Seconda tappa: dal lavoro eterorganizzato come *tertium genus* all'accoglimento della tesi della "norma di disciplina"
4. Terza tappa: i riders sono subordinati "eterodiretti"...
5. Quarta tappa: ... anzi subordinati "eterorganizzati"
6. Dove va la subordinazione?

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Introduzione

Tra le innovazioni tecnologiche che hanno messo alla prova il diritto del lavoro negli ultimi anni le piattaforme digitali¹ stanno ricoprendo un ruolo di assolute protagoniste. La loro capacità di mettere in crisi le “tre regole di unità aristotelica” del diritto del lavoro² e di stimolare interrogativi in merito a chi sia effettivamente il datore di lavoro/committente, e dunque il reale interlocutore del prestatore di lavoro (e dei sindacati), ha inevitabilmente posto al centro della discussione la questione della qualificazione del rapporto. Si tratta di un tema che, ciclicamente, torna a essere rivisitato dal dibattito giuslavoristico a ogni “soffio” di nuova tecnologia³ e che ha per oggetto l’idoneità dell’art. 2094 c.c. a rispondere alle istanze di tutela provenienti dai lavori della rivoluzione tecnologica di turno, ossia l’attualità dell’alternativa autonomia/subordinazione a fronte di attività che sembrano avere caratteri riconducibili tanto all’una quanto all’altra categoria.

Peraltro, nell’ambito della rivoluzione tecnologica che stiamo vivendo, il lavoro su piattaforma digitale si è prevalentemente manifestato – almeno per ciò che è visibile quotidianamente – in prestazioni tradizionali⁴, le quali presentano significative analogie con lavori che si sono trovati al centro della discussione giuslavoristica del passato. Avendo già il diritto del lavoro affrontato la questione qualificatoria con riferimento ai barrocciai di inizio Novecento e ai *pony express* degli anni Ottanta⁵, è stato naturale rifarsi alle soluzioni allora adottate per trovarne rispetto ai *riders*⁶ del *food delivery*⁷. Tuttavia, la ricerca della natura delle

¹ BRINO, Voce *Piattaforme digitali di lavoro*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, Torino, 2022, 163-169.

² VENEZIANI, *Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1987, 54.

³ GAETA, *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*, in *Labour Law Issues*, 2020, I.60.

⁴ E infatti, come è noto, il lavoro su piattaforma digitale può riguardare sia attività tradizionali, svolte localmente (c.d. *working on-demand via apps*), sia prestazioni effettuate virtualmente, sul web (c.d. *crowdwork*). Cfr. DE STEFANO, *The rise of the “just-in-time workforce”: on-demand work, crowdwork, and labor protection in the “gig-economy”*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2016, 471 ss.; LAZZERONI, Voce *Crowdwork*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 56-64; ID., Voce *Work on-demand via apps*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 230-235.

⁵ VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, n. 336/2017.

⁶ TEBANO, Voce *Riders*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 187-193.

⁷ Cfr. BIASI, *Dai pony express ai riders di Foodora. L’attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all’affannosa ricerca di inedite categorie*, in ZILIO GRANDI - BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Milano, 2018, 67-91; MENEGATTI, *On-demand workers by application: autonomia o subordinazione?*, in ZILIO GRANDI - BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., 93-111; ICHINO, *Sulla questione dei fattorini di Foodora*, in *www.pietroichino.it*, 20 ottobre 2016.

prestazioni su piattaforma digitale non può ridursi alla mera applicazione di risposte vecchie a fattispecie nuove, senza tener conto dell'impiego, nel lavoro su piattaforma digitale, di strumenti tecnologici e meccanismi – quale l'intelligenza artificiale⁸, l'algoritmo⁹ e i sistemi reputazionali¹⁰ – che diversificano fortemente le modalità concrete di esecuzione della prestazione rispetto al passato. Per questo motivo, il lavoro dei *riders* ha visto sinora fronteggiarsi due principali correnti: una prima, intenzionata ad “allargare le maglie” della subordinazione per quanto possibile, allo scopo di farvi rientrare i ciclofattorini; una seconda, che ritiene necessario intervenire sulla nozione di subordinazione, fino al suo superamento, nell'ambito di una rivoluzione del diritto del lavoro ove le tutele non vengano più ripartite in base alla classica alternativa biunivoca subordinazione-autonomia.

I due orientamenti da ultimo menzionati sono stati fatti propri dalla giurisprudenza, la quale, con pronunce prevalentemente di merito, ha preso posizioni assai variegata e spesso agli antipodi l'una con l'altra riguardo alla natura delle prestazioni dei ciclofattorini. Tra le decisioni finora rese un ruolo di rilievo va attribuito a Trib. Torino 27 dicembre 2021¹¹, la quale, nel qualificare come subordinati i *riders* ricorrenti, ha valorizzato il requisito della dipendenza a discapito dell'eterodirezione, fornendo una nozione di subordinazione più ampia rispetto all'orientamento consolidato della Cassazione. Per comprendere, però, come si sia giunti a tale elaborazione, che costituisce, ad oggi, l'operazione giurisprudenziale di maggiore allargamento della nozione di subordinazione nei confronti dei lavoratori su piattaforma digitale, è opportuno ricostruire quanto avvenuto negli ultimi anni nelle aule di giustizia in merito alla qualificazione del rapporto dei *riders*, riordinando gli orientamenti della giurisprudenza in materia, allo scopo di verificare se la direzione seguita dai giudici sia idonea a offrire adeguate tutele alle nuove occupazioni nascenti dalla quarta rivoluzione industriale.

2. Prima tappa: i *riders* sono collaboratori coordinati e continuativi

La prima giurisprudenza sui *riders* si colloca in un contesto, quello della metà degli anni Dieci del Duemila, ove le piattaforme del *food delivery*, che si erano appena diffuse in Italia, operavano nel nostro Paese prevalentemente attraverso

⁸ ZAPPALÀ, Voce *Intelligenza artificiale*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 133-137.

⁹ ID., Voce *Algoritmo*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 17-24.

¹⁰ LAZZERONI, Voce *Rating*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 176-180.

¹¹ Trib. Torino 27 dicembre 2021, in *Riv. giur. lav.*, 2022, 162 con nota di TUFO, *I riders di Uber sono lavoratori subordinati o collaboratori eterorganizzati? Il ritorno della dipendenza quale tratto distintivo della subordinazione*.

società a responsabilità limitata con le quali i ciclofattorini stipulavano contratti d'opera *ex art. 2222 c.c.* o di collaborazione coordinata e continuativa in serie, i cui testi escludevano espressamente la riconducibilità del rapporto alla subordinazione e prevedevano compensi “a consegna” e non su base oraria. Le condizioni di lavoro in cui versavano i *riders* portavano questi ultimi ad aggregarsi collettivamente, al di fuori dei canali sindacali tradizionali¹², e ad astenersi, in più occasioni, dal lavoro, in particolare a Torino e a Milano, rivendicando nei confronti delle piattaforme, tra l'altro, il riconoscimento della subordinazione¹³. Non è allora un caso che proprio i Tribunali di queste due città abbiano reso le prime due pronunce in materia, che analizzeremo di seguito in ordine cronologico.

In Trib. Torino 7 maggio 2018¹⁴, sei ciclofattorini agivano nei confronti della Digital Services XXXVI Italy s.r.l., operante in Italia per conto di Foodora, al fine ottenere il riconoscimento della subordinazione, con ogni conseguenza di legge, cui si aggiungeva, in subordine, la richiesta di applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015, ossia della normativa sulle collaborazioni organizzate dal committente. Anche in Trib. Milano 10 settembre 2018¹⁵, il ricorrente, *driver* di Foodinho s.r.l.¹⁶, conveniva di fronte al giudice del lavoro la predetta società, con la quale era intercorso un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, chiedendo di essere qualificato come lavoratore subordinato ma senza invocare la controversa figura delle *co.co.org*.

In entrambi i casi, i collaboratori avevano sottoscritto con le società convenute contratti di collaborazione coordinata e continuativa, che escludevano testualmente qualsiasi vincolo orario, di presenza al lavoro e di reperibilità nonché l'esercizio del potere gerarchico e disciplinare, tali da far ritenere il rapporto subordinato. I collaboratori, per espressa previsione contrattuale, dovevano installare sul proprio *smartphone* una applicazione sulla quale venivano pubblicati settimanalmente *slot* orari, ossia turni, per i quali ciascun *rider/driver* poteva dare disponibilità in base alle proprie esigenze personali, senza alcun obbligo formale. Dopo l'assegnazione del turno, il collaboratore si doveva recare in un'area predefinita della città, attivare la *app* e la geolocalizzazione e attendere le richieste di ordine. Accettata la richiesta, il ciclofattorino doveva andare all'indirizzo del ristorante comunicato dalla piattaforma, ove procedeva al ritiro del cibo, che poi

¹² Nello specifico, le organizzazioni più note sono state *Deliverance Project* Torino e *Deliverance* Milano.

¹³ Su queste vicende v. MARTELLONI, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, in *Labour Law Issues*, 2018, 16 ss.

¹⁴ Trib. Torino 7 maggio 2018, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 371, con nota di SPINELLI, *La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei fattorini di Foodora tra autonomia e subordinazione*.

¹⁵ Trib. Milano 10 settembre 2018, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 83, con nota di SPINELLI, *Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo*.

¹⁶ *Startup* italiana che ha incorporato la Digital Services XXXVI Italy S.r.l. a seguito della sua messa in liquidazione, poi acquisita nel 2016 da Glovo.

provvedeva a consegnare al recapito del cliente, operazione questa da completare in un tempo minimo determinato (mezzora per Foodora). In linea teorica, i collaboratori erano quindi liberi di prenotare gli *slot* o non prenotarli, di disdirli e di non presentarsi a rendere la prestazione e, in ugual misura, potevano anche rifiutare o cancellare gli ordini di consegna. Tali operazioni, tuttavia, incidevano negativamente sulla reputazione del *rider/driver*, ossia sul suo punteggio, determinato da un *mix* di fattori, tra cui anche il giudizio del cliente. E tale punteggio assumeva un ruolo cruciale nella gestione della prestazione dei collaboratori, atteso che coloro che avevano i punteggi più elevati potevano, secondo un sistema premiale, scegliere gli *slot* prioritariamente rispetto a coloro che avevano punteggi più bassi, senza contare che questi ultimi, anche in occasione di singoli atti di rifiuto o cancellazione di ordini, potevano venire sospesi dalla piattaforma ed esclusi dalla *chat* aziendale, anche permanentemente.

Ebbene, i giudici aditi, in entrambe le circostanze, non rinvenivano nei casi di specie gli elementi della subordinazione e ciò, principalmente, sulla base dell'argomento per cui i collaboratori *de quibus* erano liberi di decidere "se e quando lavorare", profilo questo, a loro dire, incompatibile con l'eterodirezione che caratterizza il lavoro subordinato. In particolare, richiamando l'approccio "rigorista"¹⁷ della giurisprudenza maggioritaria della Suprema Corte, impiegata dalla Cassazione a suo tempo per decidere la natura delle prestazioni dei *pony express*¹⁸, i Tribunali di Torino e Milano ricordavano come l'eterodirezione consistesse nell'emanazione di ordini specifici, ossia di direttive tecniche, puntuali e dettagliate, che, nell'attuale contesto tecnologico, possono essere impartite anche a mezzo *email*, *internet* e *app*. Nessuna manifestazione simile del potere direttivo si era avuta, a parere dei giudici, nei casi di specie, non essendo i collaboratori in alcun modo vincolati a rendersi disponibili o ad accettare ordini di consegna. Né si poteva affermare che l'obbligo di lavorare derivasse dai solleciti alle consegne fatti dalla piattaforma nei confronti dei *riders* o dalla circostanza che questi ultimi dovessero contattare o venissero contattati dalla piattaforma stessa al fine di spiegare perché non potessero effettuare la consegna, attesa l'esigenza aziendale di dover garantire il servizio in tempi rapidi. Neppure, poi, l'esistenza del sistema di prenotazione degli *slot* orari e di quello reputazionale ad esso collegato integravano l'eterodirezione, sia in quanto anche nel lavoro autonomo il committente è libero di fissare *standard* qualitativi di esecuzione della prestazione, sia perché, pur riducendosi gli *slot* selezionabili per i collaboratori con punteggi più bassi, ciò non li privava della libertà di scelta delle fasce orarie. Tutto ciò, dunque, era riconducibile a mere esigenze di

¹⁷ BORZAGA, Sub Art. 2094 c.c., in DEL PUNTA - SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Milano, 2020, 388.

¹⁸ Cass. 25 gennaio 1993, n. 811, in *Orient. giur. lav.*, 877; Cass. 10 luglio 1991, n. 7608, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, 103.

coordinamento tra l'azienda committente e il collaboratore, il quale era tenuto a fornire una prestazione in linea con gli *standard* della piattaforma. Peraltro, non sussisteva neppure l'esercizio del potere disciplinare, poiché la sospensione o esclusione dalla *chat* o dalla piattaforma non era una sanzione tipica, né privava il collaboratore di un suo diritto, non avendone egli rispetto all'utilizzo, appunto, della *chat* e della piattaforma, *a fortiori* in ragione del fatto che egli era totalmente libero di prenotare o non prenotare gli *slot*, come la società committente era pienamente libera di non accettare le disponibilità dei *riders* o di chiamarli. Oltre a ciò, neppure soccorrevano gli indici sussidiari della subordinazione¹⁹ al fine del suo riconoscimento. Pur essendo le prestazioni state svolte continuativamente - elemento, questo, non esclusivo della subordinazione - e pur essendo alcuni strumenti di lavoro (come lo zaino e il caricabatterie) forniti dalla committente, i mezzi di locomozione e gli *smartphone* erano dei collaboratori, i quali non avendo orari fissi né percependo una retribuzione periodica, non potevano ritenersi inseriti nell'organizzazione aziendale. Infine, in entrambe le decisioni, i Tribunali escludevano anche l'applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 (nella formulazione *pre* l. n. 128/2019), seppure la relativa domanda fosse stata presentata solamente dai *riders* ricorrenti torinesi. Ciò, ancora una volta, per l'autonomia dei collaboratori di decidere "se e quando lavorare" e per l'assenza di sottoposizione dei *riders* al potere direttivo e organizzativo del committente²⁰, accogliendosi la lettura dottrina della "norma apparente"²¹, secondo la quale la disposizione in oggetto non avrebbe alcuna efficacia normativa, risolvendosi, piuttosto, nella codificazione della giurisprudenza che, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, ha individuato quale elemento distintivo della subordinazione la soggezione del lavoratore al potere organizzativo datoriale, ove l'eterodirezione si sostanzia in direttive generali e programmatiche e cioè in un esercizio anche solo astratto e potenziale del potere direttivo (c.d. subordinazione "attenuata")²².

¹⁹ V. tra le più recenti Cass. 30 aprile 2021, n. 11424, in *DeJure*.

²⁰ Anzi, per Trib. Torino 7 maggio 2018, cit., l'art. 2 d.lgs. n. 81/2015, versione originaria, avrebbe avuto un ambito di applicazione addirittura più ristretto dell'art. 2094 c.c., dovendo sussistere eterorganizzazione non solo delle generali modalità di esecuzione della prestazione ma "anche" dei tempi e luoghi di lavoro.

²¹ Tosi, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1117 ss.

²² Potere direttivo che, come è noto, si manifesta in questa forma soprattutto in prestazioni altamente qualificate, di carattere intellettuale o dirigenziale oppure, ancora, ad alto contenuto tecnologico ma anche in presenza di mansioni meramente esecutive e di contenuto elementare (in giurisprudenza v. Cass. 4 maggio 2020, n. 8444, in *Foro it.*, 2020, 2708; Cass. 13 febbraio 2020, n. 3640, in *Foro it.*, 2020, 2708; in dottrina si rinvia a SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018, e MARIMPIETRI, *Il lavoro subordinato*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Torino, 2009, 25-71).

3. Seconda tappa: dal lavoro eterorganizzato come *tertium genus* all'accoglimento della tesi della "norma di disciplina"

Mentre nessuna notizia si è avuta in ordine all'impugnazione della sentenza resa dal Tribunale di Milano nei confronti del *driver* di Foodinho, i *riders* di Foodora, nel giugno 2018, impugnavano la decisione del Tribunale di Torino, criticandola, da un lato, per non aver applicato correttamente il principio lavoristico secondo il quale la natura del rapporto di lavoro non deriva tanto – e comunque *in primis* ed esclusivamente – dal dato cartolare del contratto sottoscritto, quanto da come il rapporto si sia effettivamente svolto in concreto, rinvenendosi nel caso di specie l'esercizio del potere direttivo e organizzativo da parte della committente, e, dall'altro lato, per aver il giudice di *prime cure* interpretato in modo eccessivamente restrittivo e contraddittorio l'art. 2 d.lgs. n. 81/2015, teso, evidentemente, nelle stesse intenzioni del legislatore, ad estendere le tutele riservate ai subordinati.

Ebbene, la Corte d'Appello di Torino²³, pur non riconoscendo la natura subordinata dei rapporti dei ricorrenti sempre sulla base dell'argomento per cui questi potevano decidere "se e quando lavorare", rafforzato dal *nomen iuris* dei contratti di co.co.co., accoglieva la domanda relativa all'applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015²⁴. In particolare, il giudice torinese non condivideva la lettura della "norma apparente" fatta propria dal Tribunale, non potendo, a suo dire, un organo giudicante affermare che una disposizione sia priva di valore precettivo ma dovendo comunque applicarla attraverso l'interpretazione, per non cadere in una sorta di *non liquet*. E allora, rispolverando un argomento "sempre verde" nell'ambito della discussione sulla natura del rapporto di lavoro, la Corte d'Appello riteneva che le co.co.org. non fossero nient'altro che il *tertium genus* tra autonomia e subordinazione tanto invocato negli ultimi decenni, finalizzato ad approntare tutele nei confronti dei nuovi lavoratori emergenti dal nuovo contesto tecnologico, tutele che neppure il lavoro coordinato e continuativo, neanche nell'abrogata forma del co.co.pro., era riuscito ad offrire. Il giudice di secondo grado forniva anche le coordinate per capire quando vi fosse eterorganizzazione ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015, tratteggiando il nuovo assetto delle prestazioni

²³ App. Torino 4 febbraio 2019, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 91.

²⁴ Interpretazione, questa, già prospettata da: SPINELLI, *La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei fattorini di Foodora tra autonomia e subordinazione*, cit., 371 ss.; ID., *Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo*, cit., 83 ss., sebbene secondo una diversa lettura dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 - in combinato disposto con l'art. 409 n. 3 c.p.c., come modificato dall'art. 15 l. n. 81/2017 -, ove le co.co.org. si differenzierebbero dalle co.co.co. per l'attribuzione consensuale del potere di coordinamento, anche spazio-temporale, al committente (v. *amplius* CARABELLI, *Introduzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 3 ss.; PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 65 ss.).

di lavoro, ordinate per grado decrescente di intensità della soggezione ai poteri del datore/committente: 1) in presenza del potere gerarchico, direttivo e disciplinare, ossia dell'eterodirezione come intesa dalla giurisprudenza più restrittiva della Cassazione, si avrebbe avuta la subordinazione *ex art. 2094 c.c.*; 2) laddove la prestazione del collaboratore fosse stata funzionalmente e strutturalmente integrata nell'organizzazione del committente, sarebbe ricorsa l'eteroorganizzazione, con applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015; 3) nel caso in cui il collaboratore avesse organizzato la propria prestazione in autonomia, vi sarebbe stato coordinamento. Di conseguenza, mentre nell'eteroorganizzazione sarebbe stato il committente a definire unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione, in particolare stabilendone tempi e luoghi, nel lavoro coordinato tali profili sarebbero stati decisi consensualmente e di comune accordo tra le parti (cc.dd. modalità di coordinamento).

Il ragionamento del giudice torinese sarebbe stato tuttavia incompleto se questi non avesse chiarito quali tutele fossero riconducibili al “nuovo” tipo delle co.co.org. Ebbene, secondo la Corte d'Appello, le co.co.org., non potendo essere lavoro subordinato, sarebbero rimaste “tecnicamente” confinate nell'area dell'autonomia ma, proprio trattandosi di *tertium genus*, ad esse si sarebbero dovute applicare alcune protezioni della subordinazione, nello specifico in materia di salute e sicurezza sul lavoro, orario di lavoro, riposi e previdenza, nonché di retribuzione, con conseguente inquadramento professionale secondo il contratto collettivo applicabile.

Sulla scorta di ciò la Corte d'Appello di Torino statuiva che i *riders* ricorrenti fossero co.co.org. (da inquadrare nel V livello del CCNL logistica, trasporto merci), in quanto, essendo stata la piattaforma a stabilire che dovessero lavorare secondo una “turnistica” oraria, a chiedere loro di recarsi in aree specifiche di Torino per accettare gli ordini di consegna, a comunicare gli indirizzi di consegna e a predeterminare i tempi di consegna, era la piattaforma stessa a eteroorganizzare le modalità di esecuzione della prestazione e, in particolare, i suoi tempi e luoghi.

Era tuttavia la Corte di Cassazione²⁵, interpellata dalla società convenuta, a mettere un punto fermo al caso Foodora e, di conseguenza, all'interpretazione dell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015. Nel confermare l'applicazione di tale ultima disposizione, la Suprema Corte abbandonava l'idea del *tertium genus*, criticando la selezione di tutele effettuata dal giudice di seconda istanza, in quanto priva di riferimenti normativi e, sostanzialmente, arbitraria²⁶. Veniva invece accolta la tesi

²⁵ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 252, con nota di FAIOLI, *Situazione italiana delle tutele del lavoro nella gig-economy. I ciclo-fattorini (riders) tra giurisprudenza del 2020 e legge del 2019*.

²⁶ Si tratta di un esito che già era stato previsto, prima di App. Torino 4 febbraio 2019, da CARABELLI, *Introduzione*, cit., 8. Egli, ritenendo le co.co.org. lavoro autonomo, aveva infatti notato che alcune disposizioni sul lavoro subordinato, come nello specifico quelle inerenti all'esercizio dei poteri datoriali (artt. 2103, 2104, comma 2, 2105, 2106, 2107 e 2108 c.c.) fossero del tutto

della “norma di disciplina”²⁷: il legislatore, più che creare una nuova fattispecie tra subordinazione e autonomia, avrebbe voluto, seguendo un approccio “rimediale”, estendere le tutele della subordinazione a collaborazioni dotate dei caratteri della continuità e della personalità ma organizzate nelle modalità di esecuzione unilateralmente dal committente, in particolare rispetto a tempi e luoghi della prestazione, con fini antielusivi, attesa, da un lato, l’*alea* dei giudizi di qualificazione del rapporto e, dall’altro lato, la condizione di debolezza economico-sociale di alcuni lavoratori, afferenti soprattutto alle nuove occupazioni nate dal progresso tecnologico, i quali, diversamente, sarebbero sprovvisti di protezioni. A conferma di questa interpretazione, il giudice di legittimità richiamava la riforma dell’art. 2 d.lgs. n. 81/2015, operata a mezzo del d.l. n. 101/2019 (c.d. decreto “salva imprese”), conv. in l. n. 128/2019, il quale, a seguito di App. Torino 4 febbraio 2019, oltre ad aver introdotto garanzie minime per i *riders* attraverso il nuovo Capo V-bis, aveva reso ancora più ampia l’applicazione delle co.co.org., estendendola alle prestazioni di carattere “prevalentemente” personale, e non solo “esclusivamente”, eliminando il riferimento ai “tempi e luoghi”, che aveva ingenerato la lettura restrittiva del Tribunale di Torino in primo grado, e prospettando l’operatività espressa della disposizione *de qua* nei confronti delle piattaforme digitali.

Seguendo questa impostazione, la Cassazione ha pertanto tentato di collocare le co.co.org. al di fuori dell’attuale dicotomia tra autonomia e subordinazione, proponendo un superamento della fattispecie, secondo un approccio che, ispirato ai sistemi di *common law*, ponga attenzione alle esigenze di tutela di specifiche categorie di lavoratori (non subordinati)²⁸.

La posizione della Suprema Corte in merito alla qualificazione del rapporto dei ciclofattorini non è rimasta comunque priva di eco. Sulla scorta di essa, infatti, è stato stipulato il discusso CCNL AssoDelivery - UGL Rider, mediante il quale le parti hanno inteso dare attuazione non solo all’art. 47-*quater* d.lgs. n. 81/2015, stabilendo che i compensi dei *riders* debbano essere quantificati a consegna, ma anche all’art. 2, comma 2, lett. a), del medesimo decreto, al fine di escludere

incompatibili con le collaborazioni eterorganizzate, il che avrebbe ingenerato l’elevato rischio di selezioni discrezionali delle tutele applicabili ad opera della giurisprudenza. Invero, anche la Cassazione, nella sentenza in oggetto, ha dichiarato di essere consapevole che, in alcune circostanze, non sarà possibile estendere integralmente la disciplina della subordinazione alle co.co.org. Sul punto, però, gli Ermellini non si sono dilungati oltre, senza chiarire in quali modalità l’interprete possa riconoscere le protezioni “ontologicamente incompatibili” con le fattispecie concrete che potrebbero vedersi applicare l’art. 2 d.lgs. n. 81/2015 e alimentando, così, a loro volta, gli stessi rischi di una possibile selezione discrezionale delle tutele da essi criticati (cfr. BIASI, *Tra fattispecie ed effetti: il “purposeful approach” della Cassazione nel caso Foodora*, in *Lav. dir. Eur.*, 2020, 16).

²⁷ DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 359.

²⁸ V., per tutti, TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori nella gig economy*, in *Lav. dir.*, 2017, 367 ss.

l'applicazione della disciplina riconducibile alle co.co.org. e dunque della subordinazione²⁹. Tale accordo, come è noto, è stato sin da subito assai criticato dalla dottrina³⁰ e dal Ministero del lavoro³¹, in quanto ritenuto un contratto “pirata”, perché concluso da soggetti non rappresentativi e in violazione dello stesso art. 47-*quater*³². Sulla base di tali argomenti i Tribunali di Bologna³³ e di Firenze³⁴, in occasione di due procedure *ex art. 28 St. lav.* instaurate dagli organismi locali di Bologna di Nidil CGIL, Filt CGIL e Filcams CGIL contro Deliveroo, nel dichiarare il CCNL illegittimo, hanno incidentalmente ritenuto i ciclofattorini coinvolti nelle controversie quali collaboratori eterorganizzati, meritevoli di vedersi applicare non solo la disciplina individuale dei lavoratori subordinati ma anche quella collettiva, comprensiva, appunto, della tutela contro la condotta antisindacale.

4. Terza tappa: i *riders* sono subordinati “eterodiretti”...

Nonostante il richiamo della Suprema Corte all’approccio “rimediale”, gli Ermellini non escludevano, tuttavia, che, nel caso concreto, il rapporto controverso potesse assumere i tratti della subordinazione, alla ricorrenza dei requisiti di cui alla fattispecie. Sebbene, a prima vista, tale affermazione possa apparire ovvia - atteso che nel nostro ordinamento la natura della prestazione lavorativa è definita dal suo atteggiarsi in concreto e cioè da come viene effettivamente eseguita - è proprio sulla base di tale considerazione che la giurisprudenza di merito successiva ha costruito i giudizi di qualificazione del rapporto dei *riders*, riconoscendone la subordinazione, sinora, in tre pronunce rese contro tre diverse piattaforme.

La prima, e forse più nota, sentenza che ha deciso per la subordinazione di un ciclofattorino di Glovo (*rectius* di Foodinho S.r.l.), che aveva instaurato il giudizio a seguito della propria estromissione dalla piattaforma, è stata Trib. Palermo 24

²⁹ Art. 3 CCNL.

³⁰ BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell’esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *Labour Law Issues*, 2020, R.63 ss.

³¹ Nota del 17 settembre 2020, n. 9430.

³² *Contra* TOSI, *La tutela dei riders, carenze legislative ed eccedenze interpretative*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021; F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell’Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021.

³³ Trib. Bologna 30 giugno 2021, decr., in *Riv. giur. lav.*, 2021, 486, con nota di MARTELLONI, *Art. 8 St lav. e rito antidiscriminatorio: il sindacato chiama le piattaforme di food-delivery a rispondere della discriminazione per motivi sindacali*.

³⁴ Trib. Firenze 24 novembre 2021, in *DeJure*.

novembre 2020³⁵. In termini generali, il modello organizzativo utilizzato da Glovo non era dissimile da quello emerso dal caso Foodora e dalla precedente sentenza resa dal Tribunale di Milano nei confronti di Foodinho. L'attività dei *riders*, formalmente autonomi, veniva gestita attraverso un sistema di prenotazione di *slot* orari, il quale era fortemente influenzato dal punteggio reputazionale di ciascun cicofattorino, come definito dall'algoritmo, atteso che la priorità di scelta degli orari era accordata ai lavoratori con *rating* più alti, restando a quelli con punteggi più bassi la sola possibilità di prenotare i turni residui³⁶. Già tale elemento era idoneo a smentire quanto deciso dalle precedenti sentenze di merito. In altre parole, il Tribunale di Palermo, addentrandosi nell'analisi della fase funzionale-esecutiva del rapporto dei *riders*, e non fermandosi solamente a quella genetica, come fatto dai Tribunali di Torino e Milano, dimostrava come i cicofattorini di Glovo non avessero alcuna libertà di decidere "se e quando lavorare" e, dunque, come fossero soggetti al potere organizzativo dalla piattaforma. Ma, secondo il giudice palermitano, nella fattispecie in oggetto ricorrevano anche altri elementi riconducibili al potere direttivo e di controllo, e quindi all'eterodirezione, da rileggersi in senso evolutivo in ragione del proliferare del neo-taylorismo digitale³⁷, tra i quali: la necessità per il *rider* di trovarsi in una determinata posizione rispetto al ristorante e al luogo di consegna per massimizzare l'efficienza del servizio; l'essere *loggato* nel tempo precedente all'assegnazione della consegna; l'obbligo di avere lo *smartphone* carico nella misura minima del 20 per cento. Del resto, la sussistenza dell'eterodirezione risultava corroborata dalle penalizzazioni che Glovo infliggeva ai lavoratori per non aver rispettato i suoi *standard* e le sue procedure, idonee a ridurne o a non aumentarne i punteggi e, conseguentemente, a restringere la loro libertà di prenotare *slot* rispondenti alle proprie esigenze personali. Tali penalizzazioni integravano un potere disciplinare "atipico", che, insieme alla continuità della prestazione (effettuata per circa un anno e mezzo in favore della piattaforma), facevano fortemente propendere per la natura subordinata del rapporto. Infine, a completamento della sussunzione della fattispecie concreta nell'art. 2094 c.c., il Tribunale di Palermo evidenziava che il *rider*, a seguito della prenotazione dello *slot*, doveva recarsi in determinate aree della città, ove rimaneva in attesa delle ordinazioni senza che tale periodo fosse retribuito. Ciò si traduceva nella "messa a disposizione" delle sue energie lavorative in favore della piattaforma e, quindi, nella presenza del requisito

³⁵ Trib. Palermo 24 novembre 2020, in *Riv. giur. lav.*, 2021, 241, con nota di RICCOBONO, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una «pedalata» verso la subordinazione*.

³⁶ Da notare che, peraltro, tra i fattori che influivano sul punteggio reputazionale vi era anche la richiesta da parte della piattaforma di prestare l'attività di consegna preferibilmente nei fine settimana.

³⁷ RICCOBONO, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una «pedalata» verso la subordinazione*, cit., 249 ss.

codicistico della “dipendenza”³⁸, intesa come “doppia alienità” (c.d. eterorganizzazione)³⁹. Insomma, il giudice del lavoro palermitano, seppure cercando supporto nella giurisprudenza UE⁴⁰ e straniera⁴¹ pronunciatisi in materia di lavoro su piattaforma digitale per dar forza alle proprie tesi, rivendicava l’attualità dei criteri tradizionali dell’art. 2094 c.c., in un’operazione complessiva di ricerca degli elementi della subordinazione nel caso concreto, che aveva, però, come fulcro essenziale l’integrazione dell’eterodirezione⁴².

5. Quarta tappa: ... anzi subordinati “eterorganizzati”

La sentenza del Tribunale di Palermo ha costituito a sua volta il punto di partenza del ragionamento che il Tribunale di Torino, con la sentenza del 27 dicembre 2021, ha sviluppato nel c.d. caso Uber Eats, ai fini della qualificazione dei *riders* ricorrenti come subordinati.

I fatti all’origine della pronuncia in oggetto sono assai noti⁴³. Oltre un anno fa il Tribunale di Milano adottava un decreto penale⁴⁴ con cui veniva disposta l’amministrazione giudiziaria di Uber Italy S.r.l., ai sensi dell’art. 34 d.lgs. n. 159/2001, per la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti circa la violazione dell’art. 603-*bis* c.p. - e cioè del reato di “intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro” o, in altre parole, di “caporalato”⁴⁵ - in relazione al reclutamento di centinaia *riders* da parte di Uber Eats in tutta Italia. Sebbene lo svolgimento della prestazione da parte di tali ciclofattorini avvenisse secondo modalità simili a quelle “tradizionali” del *food delivery*, come già descritte con riferimento alle altre

³⁸ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Bari, 1972; ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967.

³⁹ Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 30, in *Giust. civ.*, 1996, 915. Tale tesi è stata raramente fatta propria dalla Cassazione (v. Cass. 22 luglio 2019, n. 19657; Cass. 23 ottobre 2018, n. 26813; Cass. 13 giugno 2017, n. 14660; Cass. 16 gennaio 2007, n. 820, tutte in *DeJure*).

⁴⁰ Corte giust., 22.4.2020, C-692/19, *B v. Yodel Delivery Network Ltd.*, ord., in *Riv. giur. lav.*, 2021, 399; Corte giust., 20.12.2017, C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain SL*.

⁴¹ In particolare, rilievo nella motivazione assume la sentenza della Corte Suprema spagnola, *Tribunal Supremo - Sala Cuarta, de lo Social*, 25.9.2020, n. 805, disponibile in: <https://supremo.vlex.es/vid/849700129>.

⁴² RICCOBONO, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una «pedalata» verso la subordinazione*, cit., 249.

⁴³ E infatti il Tribunale di Torino, a integrazione e conferma dell’istruttoria, ha fatto uso delle risultanze dello stesso decreto penale per rendere la propria decisione.

⁴⁴ Trib. Milano 27 maggio 2020, sez. misure di prevenzione, decr., in *Riv. giur. lav.*, 2020, 639, con nota di LOFFREDO, *Siamo uomini o multinazionali?*

⁴⁵ FALERI, *Voce Caporalato digitale*, in BORELLI - BRINO - FALERI - LAZZERONI - TEBANO - ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie*, cit., 38-43.

pronunce esaminate in questo scritto, alcuni profili particolari meritano di essere evidenziati.

In Italia, negli anni 2018-2019, l'attività di consegna di cibo a domicilio sotto l'insegna di Uber Eats veniva effettuata formalmente attraverso la collaborazione di più soggetti imprenditoriali. Da un lato, vi erano società appartenenti alla "galassia" di Uber: a Uber Italy S.r.l., che si occupava di mettere in contatto i ristoratori interessati al servizio con le imprese che organizzavano l'attività dei propri *riders*, si affiancavano Uber Portier B.V., la quale stipulava i contratti e gestiva la piattaforma Uber Eats nonché la *app* Uber Driver, utilizzata obbligatoriamente dai ciclofattorini per le consegne, e Uber B.V., che forniva supporto a Portier. Dall'altro lato, vi erano appunto imprese alle quali Uber Italy affidava l'organizzazione delle consegne, effettuate a mezzo di *riders* aventi rapporti contrattuali solo con tali imprese e non con Uber. Questa organizzazione, che escludeva in apparenza Uber da qualunque coinvolgimento nel rapporto di lavoro tra le imprese terze e i ciclofattorini, veniva invece smentita nei fatti. Risultava, infatti, come gran parte dei compiti legati all'organizzazione dell'attività di Uber Eats fosse espletata da Uber Italy, la quale costituiva, dunque, la reale titolare dei poteri decisionali tra le imprese coinvolte.

Nello specifico, era Uber Italy a gestire ogni aspetto del rapporto di lavoro coi *riders*, a partire dal loro reclutamento. Nonostante i lavoratori venissero formalmente assunti da un'impresa terza (Flash Road City - FRC), il titolare di quest'ultima, nelle operazioni di reclutamento, si presentava agli aspiranti ciclofattorini, a volte individuati direttamente da Uber, come "responsabile di Uber", senza contare che tale impresa terza era un'impresa individuale, dotata di capitale sociale e struttura inidonei a organizzare un'attività formata da ben 700 *riders*. Insomma, veniva fatto intendere ai ciclofattorini di intrattenere rapporti con una società genericamente denominata "Uber" o "Uber Eats". Stipulato tale contratto, denominato "contratto di collaborazione occasionale" o, dopo il 2019, "di lavoro autonomo occasionale", che prevedeva un compenso da € 3,00 ad € 3,50 netti a consegna, venivano consegnati ai *riders* lo zaino per trasportare cibi e bevande e la tuta per la pioggia e Uber Italy attivava l'*account* del collaboratore sulla piattaforma Uber Eats.

Come anticipato, lo svolgimento delle prestazioni avveniva nelle modalità classiche del *food delivery*. Il ciclofattorino, accedendo alla piattaforma, attendeva *online* (senza che il tempo di attesa fosse retribuito) la notifica dell'ordinazione, che aveva 60 secondi per accettare, decorsi i quali si verificava la sua "non accettazione". Successivamente, il collaboratore doveva recarsi all'indirizzo del ristorante comunicato dalla piattaforma per il ritiro della merce; era solo in quel momento che Uber Eats indicava l'indirizzo di consegna. Una volta che quest'ultima era stata effettuata, il lavoratore doveva informare Uber (unico soggetto che poteva contattare in caso di problemi nella consegna, a un numero telefonico dedicato), attraverso la piattaforma, dell'adempimento dell'incarico,

salvo il caso di mancato ritiro da parte del cliente, nella cui ipotesi andava osservata una specifica procedura, mediante la piattaforma stessa, per evitare che risultasse una “consegna falsa”.

Nonostante, apparentemente, i *riders* potessero connettersi quando volevano e accettare gli ordini in autonomia, essi erano in realtà soggetti a una serie di pressioni che, di fatto, rendevano le loro scelte vincolate. E infatti, Uber aveva individuato orari (per esempio a pranzo o a cena) e giorni (ad esempio nei quali si svolgevano partite di calcio o giornate piovose) in cui vi sarebbe stata una maggiore richiesta di consegne e, su questa base, aveva elaborato veri e propri turni di lavoro. Al fine di spingere i *riders* a connettersi in tali fasce orarie, FRC inviava loro messaggi esortativi via *WhatsApp*, promettendo maggiori guadagni in quegli orari ma anche minacciando la sospensione o il blocco dell'*account*, operazione eseguita da Uber Italy, il che obbligava i ciclofattorini ad accettare tutti gli ordini ricevuti. Peraltro, lavorare al di fuori di tali fasce orarie non era di fatto possibile, atteso che Uber scollegava i *riders* che si fossero resi disponibili in orari “poco fruttuosi”, entro i quali non venivano loro richieste prestazioni. I ciclofattorini non erano liberi neppure in ordine al luogo di esecuzione della prestazione, atteso che la *app* consentiva di essere destinatari dell'ordinazione solamente in prossimità del ristorante. Laddove il lavoratore non si fosse fatto trovare presso tale area o vi avesse sostato per troppo tempo senza prendere ordinazioni, sarebbe stato passibile di sospensione o blocco dell'*account*. In ogni caso, ove i *riders* non avessero rispettato le regole e procedure di Uber Italy o non ne avessero soddisfatto le richieste, quest'ultima avrebbe decurtato e sospeso i pagamenti verso FRC, la quale, a sua volta, avrebbe fatto lo stesso nei confronti dei lavoratori. E, nonostante i dati raccolti nell'esecuzione della prestazione fossero anonimizzati, Uber poteva identificare il singolo *riders* da sanzionare sia incrociando i dati stessi sia attraverso appostamenti e indagini in loco affidati a FRC.

Sulla scorta di ciò, dieci *riders*, operanti tramite Uber Eats a Torino, convenivano in giudizio Uber Italy S.r.l. e Flash Road City (FRC) e deducevano che, pur avendo stipulato formalmente con FRC contratti di collaborazione coordinata e continuativa e di collaborazione autonoma occasionale a tempo determinato, prorogabili, la loro attività era stata prestata in favore di Uber Italy, quale datore di lavoro sostanziale, in forma subordinata⁴⁶.

Ebbene, il Tribunale di Torino accoglieva la domanda, ripercorrendo gran parte delle argomentazioni del Tribunale di Palermo. Similmente a quest'ultima pronuncia, veniva accertato come Uber non fosse un mero intermediario, facilitatore

⁴⁶ In via principale, i ricorrenti chiedevano l'accertamento dell'illecita intermediazione di manodopera da parte di FRC e dell'esistenza di rapporti di lavoro subordinato, o la costituzione di rapporti *ex art. 2 d.lgs. n. 81/2015*, con Uber Italy, domanda che, tuttavia, veniva rigettata dal giudice torinese presupponendo essa l'esistenza a monte di un rapporto di lavoro subordinato con FRC, circostanza non sussistente nel caso di specie.

dell'incontro tra domanda e offerta e come tale estraneo rispetto alle prestazioni lavorative, ma piuttosto il vero esercente di tutti i poteri datoriali nei confronti dei ciclofattorini ricorrenti. Quello direttivo e organizzativo si esprimeva nella decisione unilaterale della piattaforma su tempi e luoghi di lavoro e sulle modalità di esecuzione della prestazione ma anche nelle direttive stringenti impartite dalla *app*. In particolare, tale potere veniva esercitato mediante il rigido protocollo che i *riders* dovevano seguire dall'accettazione dell'ordine alla consegna (comprensivo della necessità di trovarsi in una determinata area per prendere in carico l'ordine e della definizione dell'indirizzo di ritiro e consegna da parte dell'*app*) e tramite l'organizzazione in turni orari delle prestazioni, ma trovava riscontro anche nel tempo in cui i ciclofattorini rimanevano connessi in attesa dell'ordine e nelle pressioni da loro subite da parte FRC, richieste e realizzate nell'interesse di Uber. Veniva poi rinvenuto un potere "latamente" disciplinare nelle penalità che i ciclofattorini subivano per non aver rispettato le regole della piattaforma, applicate direttamente da Uber, come nel caso della sospensione dall'*account*, o mediate da FRC, quando di carattere economico. Infine, il Tribunale ravvisava altresì la sussistenza del potere di controllo, prodromico all'esercizio di quello disciplinare, come dimostrato dalle operazioni di raccolta e incrocio dei dati dei lavoratori e dalle indagini svolte in loco da FRC per conto di Uber, utilizzate ai fini dell'individuazione dei *riders* passibili di sanzione.

Ma il Tribunale di Torino compieva un passo ulteriore rispetto a quello di Palermo, valorizzando maggiormente rispetto a quest'ultimo la tesi della subordinazione come "doppia alienità". Se, infatti, il giudice palermitano aveva richiamato tale concetto nell'ambito di un'operazione complessiva di riconoscimento della subordinazione, la quale risultava integrata anche negli altri suoi requisiti *ex art. 2094 c.c.*, e in ogni caso seguendo un'impostazione avente come fulcro la ricerca dell'eterodirezione, il Tribunale di Torino ritiene che l'eterorganizzazione, nel caso di specie, sia tale da giustificare da sola, e a prescindere dagli ulteriori elementi di cui all'*art. 2094 c.c.*, pur come visto sussistenti, il riconoscimento della subordinazione. E infatti, la circostanza che i ciclofattorini non potessero decidere se, quando e come lavorare e che fossero inseriti in un'organizzazione imprenditoriale non propria ma della piattaforma, della cui pertinenza era il risultato delle prestazioni, era tale da spogliarli del tutto della propria autonomia, traducendosi nell'obbligo di mettere a disposizione le loro energie in favore della piattaforma secondo i tempi e le modalità imposti dai processi elaborati da Uber nel suo esclusivo interesse. Del resto, la "messa a disposizione" delle energie dei *riders* avveniva anche nella fase precedente all'assegnazione degli ordini, in quanto gli stessi dovevano recarsi in prossimità dei ristoranti *partner* e connettersi alla *app* per lunghi periodi (pari a 20 ore settimanali in media) in attesa dell'incarico, periodo che, peraltro, neppure veniva

retribuito. Ciò, in linea con la giurisprudenza di legittimità⁴⁷ e con l'orientamento del Ministero del Lavoro⁴⁸, consentiva l'integrazione anche dell'indice della continuità della prestazione, escludendone l'occasionalità, non rilevando il fatto che l'attività non fosse svolta a tempo pieno ma che il lavoratore fosse continuativamente a disposizione del datore in vista del suo perdurante interesse al ripetersi della prestazione lavorativa.

La rilevanza della pronuncia del Tribunale di Torino va riscontrata, dunque, nell'aver recuperato la dipendenza quale elemento fondamentale della subordinazione, e ciò, anche sulla base della giurisprudenza UE e straniera⁴⁹, concependo tale requisito come "dipendenza organizzativa"⁵⁰ del prestatore nei confronti del datore, da cui discende la "messa a disposizione" da parte del lavoratore delle proprie energie e del proprio tempo. In ciò il Tribunale torinese identifica l'elemento distintivo rispetto alle collaborazioni organizzate dal committente, cosicché, al fine di comprendere se applicare l'art. 2094 c.c. o l'art. 2 d.lgs. n. 81/2015, il giudice dovrebbe «verificare se e in quale misura il lavoratore abbia nel concreto la libertà di decidere il se e il quando della propria prestazione, anche verificando meccanismi contrattuali di incentivo/penalizzazione che, nei fatti, inducono [*rectius* obbligano] il lavoratore a rendersi disponibile quanto più possibile»⁵¹.

6. Dove va la subordinazione?

La ricostruzione giurisprudenziale che precede mostra come la subordinazione stia subendo un processo di estensione nel diritto vivente, a causa della difficoltà di confermare l'orientamento dell'eterodirezione "in senso stretto" nel nuovo

⁴⁷ V. Cass. 3 ottobre 2017, n. 23056, in *Foro it.*, 2017, 3300.

⁴⁸ V. Circolari del Ministero del lavoro n. 17 del 19 novembre 2020 e n. 7 del 30 ottobre 2020.

⁴⁹ E infatti, il giudice torinese richiama la nozione di subordinazione e "falso lavoro autonomo" elaborata nell'UE (in particolare, rinviando a C. giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*, e a Corte giust., 22 aprile 2020, C-692/19, cit.), le decisioni rese nel caso Uber britannico (*Aslam and Farrar and others v. Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd*, 2015 ET 2202551/2015 & Others, in <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-vuber-reasons-20161028.pdf>; *Aslam and Farrar and others v. Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd*, 2018 EWCA A2/2017/3467, in <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/12/uber-bv-ors-v-aslam-ors-judgment-19.12.18.pdf>; *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*, Hilary Term [2021] UKSC 5, in <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>) e francese (*Cour de cassation*, 4 marzo 2020, n. 19-13.316, *Chambre sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 389, con nota di BORELLI, *Salariato digitale. Uber secondo la Cassazione francese*) nonché la già citata *Tribunal Supremo - Sala Cuarta, de lo Social*, 25.9.2020, n. 805, cit., per evidenziare la preponderanza dell'eteroorganizzazione ai fini del riconoscimento della natura subordinata del rapporto.

⁵⁰ Trib. Torino 27 dicembre 2021, cit., 43.

⁵¹ Ivi, 47.

contesto tecnologico. Si è visto, infatti, come l'idea che il potere direttivo si debba sostanziare in ordini specifici e dettagliati, seguita dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Torino nel caso Foodora, abbia subito un processo di graduale "sbiadimento", attraverso un esame più attento della fase esecutiva del rapporto dei *riders* e secondo una lettura dell'eterodirezione in senso evolutivo, che tenga conto di quanto l'algoritmo condiziona la definizione delle modalità di esecuzione della prestazione. Tale operazione, già nella sentenza del Tribunale di Palermo, ha comportato il passaggio a un'eterodirezione "in senso ampio", ossia all'eteroorganizzazione: ciò che conta ai fini del riconoscimento della subordinazione è la mancanza di libertà del lavoratore di decidere l'*an* e il *quando* della prestazione, potendosi, per il resto, il potere direttivo esprimersi in forma "attenuata", mediante direttive generali e programmatiche e finanche solo tramite un esercizio astratto e potenziale⁵². Se, dunque, per aversi subordinazione è sufficiente che la prestazione sia eteroorganizzata, ciò che conta ai fini della qualificazione del rapporto nel senso dell'art. 2094 c.c., come ben esplicitato dal Tribunale di Torino nella sentenza del dicembre 2021, non è tanto la "direzione", quanto la "dipendenza", secondo l'interpretazione della Corte costituzionale⁵³. Se la prestazione è eteroorganizzata, infatti, il lavoratore è privo di una propria organizzazione e, a causa della "doppia alienità", dall'organizzazione produttiva in cui è inserito e dal risultato dell'attività svolta, può solamente mettere a disposizione le proprie energie in favore del datore di lavoro in modo continuativo, al fine di soddisfare il suo perdurante interesse, rimanendo obbligato nei confronti del datore sia nei momenti di esecuzione sia in quelli di interruzione della prestazione⁵⁴. In ciò, dunque, si sostanzierebbe la mancanza della libertà di decidere "se e quando lavorare", dovendo il lavoratore "dipendente", a prescindere dall'esercizio in concreto del potere direttivo nel corso dell'esecuzione della prestazione, restare, per tutta la durata del rapporto di lavoro, costantemente a disposizione del datore, in attesa delle sue direttive.

Sebbene la mancanza della libertà di decidere "se e quando lavorare" costituisca senza dubbio un elemento idoneo al riconoscimento della subordinazione, in quanto integrante la "dipendenza" codicistica, non può tuttavia escludersi che, laddove il lavoratore sia titolare di tale libertà, il rapporto possa comunque risultare subordinato, quando il contenuto del rapporto, nel suo svolgimento, sia predisposto dal datore di lavoro, cui il lavoratore si trova assoggettato. Del resto, va osservato come, da un lato, vi siano contratti, quale il contratto a chiamata o i rapporti nel settore agricolo, ove la discontinuità tra una prestazione e l'altra non ha alcun valore ai fini qualificatori di rapporti

⁵² CARABELLI, *Anche il lavoro dei ciclofattorini ha un'essenza subordinata*, in *Riv. giur. lav. giur. online*, 2021, 2.

⁵³ Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 30, cit.

⁵⁴ GAETA, *Appunti dal corso di diritto del lavoro*, Torino, 2020, 123 ss.

pacificamente subordinati (incidendo casomai sulla loro durata)⁵⁵ e che, dall'altro lato, attività "senza orario", "agili" o a domicilio, in cui è il lavoratore a decidere l'*an* e il *quando* della prestazione, si svolgono parimenti nell'ambito della subordinazione. Alla luce di ciò, non sorprende che in una recente sentenza il Tribunale di Milano⁵⁶, nel qualificare un *rider* di Deliveroo (e pur in presenza dell'eterodirezione/eterorganizzazione), abbia statuito che l'elemento della libertà di "se e quando lavorare" non è decisivo per il riconoscimento della subordinazione e ciò in quanto «la continuità del rapporto (che esiste e rimane in forza dell'accordo tra le parti) non esclude che vi possa essere discontinuità della prestazione»⁵⁷.

In considerazione di quanto detto, lo stesso elemento della "dipendenza", intesa come vincolo di messa a disposizione delle proprie energie in favore del datore e cioè come mancanza di libertà di decidere "se e quando lavorare", risulta ridimensionato, anche rispetto alla distinzione tra subordinazione e co.co.org., che per il Tribunale di Torino risiederebbe proprio nel carattere "dipendente" del lavoro subordinato rispetto alle collaborazioni eterorganizzate. Insomma, poiché anche i subordinati possono decidere "se e quando lavorare" ed essendo sufficiente ai fini del riconoscimento della subordinazione l'esercizio di un potere direttivo anche solo attenuato, che potrebbe tradursi in una mera organizzazione iniziale delle modalità di esecuzione della prestazione, senza che poi vengano impartite direttive nel corso dello svolgimento del rapporto, residuerebbe un'unica differenza tra art. 2094 c.c. e art. 2 d.lgs. n. 81/2015 e cioè che, mentre nel primo

⁵⁵ BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *cit.*, R.76. La tesi è stata seguita dalla Cassazione soprattutto in materia di lavoro prestato presso le agenzie ippiche (cfr. Cass. 13 febbraio 2018, n. 3457; Cass. 11 ottobre 2017, n. 23846; Cass. 10 luglio 2017, n. 17009; Cass. 5 maggio 2005, n. 9343; Cass. 1 luglio 1999, n. 6761; Cass. 1 giugno 1999, n. 5340; Cass. 24 maggio 1999, n. 5045; Cass. 15 aprile 1999, n. 3779; Cass. 1 marzo 1984, n. 1457, tutte in *DeJure*), pur sulla base della non pacifica affermazione secondo la quale l'accettazione di effettuare la prestazione viene equiparata all'accettazione della proposta contrattuale, rimanendo così la libertà di decidere "se e quando lavorare" una vicenda esterna al rapporto, quando, invece, in alcuni contratti di lavoro subordinato, ad esempio in quello intermittente, il rapporto esiste prima e a prescindere dall'accettazione della singola chiamata (cfr. PINTO, *Sub Art. 13 d.lgs. n. 81/2018*, in DEL PUNTA - SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Milano, 2020, 2754). Del resto, anche in altre decisioni, la Suprema Corte ha escluso che la libertà di decidere "se e quando lavorare" caratterizzi realmente la subordinazione, riconoscendola comunque laddove, nel caso concreto, sussistano l'eterodirezione, l'eterorganizzazione e gli indici sintomatici (v. in particolare Cass. 4 luglio 2017, n. 16377, che anticipa le successive decisioni sui *riders*, occupandosi dell'assimilabile caso dei fattorini addetti alla consegna di pizze a domicilio; Cass. 1 agosto 2008, n. 21031; Cass. 10 luglio 1999, n. 7304, tutte in *DeJure*).

⁵⁶ Trib. Milano 20 aprile 2022, inedita a quanto consta.

⁵⁷ *Ivi*, 15.

caso la prestazione dovrebbe essere “esclusivamente” personale, per la ricorrenza del secondo basterebbe la “prevalente” personalità dell’attività⁵⁸.

In realtà, domandarsi quale sia la differenza tra subordinazione e co.co.org. potrebbe finire per avere un’utilità meramente speculativa, priva di veri risvolti pratici. È questa, come visto, la linea della Cassazione, secondo la quale l’art. 2 d.lgs. n. 81/2015 è una “norma di disciplina” e “anti-elusiva”, finalizzata a estendere le tutele della subordinazione a fattispecie concrete aventi caratteristiche, sostanzialmente, riconducibili al lavoro subordinato, e quindi diretta, in pratica, a vincolare il giudice all’applicazione delle regole della subordinazione senza ricorrere a un’operazione qualificatoria. Ciò allo scopo di evitare l’aleatorietà di quest’ultima, essendo sostanzialmente lasciato alla sensibilità e all’orientamento del singolo giudice ritenere integrati, caso per caso, gli elementi dell’art. 2094 c.c. E infatti, come dimostra la stessa evoluzione delle pronunce sui *riders*, il concetto di subordinazione è assai elastico, potendosi dar peso nel caso concreto all’uno o all’altro elemento codicistico ma ciò, se, da un lato, consente di estendere la platea dei destinatari delle tutele, dall’altro, porta a circoscriverne l’ambito di applicazione, potendo il giudice, appunto, accedere tanto a interpretazioni restrittive - di cui emblematica è quella dell’eterodirezione “in senso stretto” - quanto a interpretazioni estensive. Del resto, non è casuale che, finora, in materia di qualificazione del rapporto, solamente nel caso Foodora⁵⁹ l’art. 2 d.lgs. n. 81/2015 abbia avuto un ruolo di rilievo nel diritto vivente, essendo “intervenuto”, quale domanda proposta dai ricorrenti in via subordinata, a causa dell’accoglimento da parte dei giudici di merito della tesi restrittiva sulla subordinazione quale eterodirezione, quasi a

⁵⁸ Peraltro, il riconoscimento della prevalenza del lavoro personale, nella pratica, è assai complicato, dovendosi verificare, nel caso concreto, se sussista l’infungibilità della prestazione sotto il profilo qualitativo più che quantitativo, per non sconfinare nell’attività di impresa (cfr. BORZAGA, Sub Art. 409 c.p.c., in DEL PUNTA - SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, cit., 704). Senza contare che, anche nel lavoro subordinato, vi sono fattispecie, come il lavoro a domicilio, ove il prestatore è dotato di un minimo di organizzazione che determina, più che l’esclusività, la prevalenza della personalità della prestazione, oltre che contratti, come l’abrogato lavoro ripartito, ove l’attività del lavoratore è fungibile. Il che fa sorgere dubbi sulla capacità qualificatoria della “personalità esclusiva” della prestazione (cfr. GAETA, *Appunti dal corso di diritto del lavoro*, cit., 125). Del resto, anche i ciclofattorini, come altri lavoratori che fanno uso delle tecnologie informatiche nello svolgimento della prestazione (telelavoratori, lavoratori agili, ecc.), hanno un’organizzazione materiale minima, essendo di loro pertinenza, ad esempio, lo *smartphone* e il mezzo di locomozione. Di diverso tenore, ad avviso di chi scrive, è la presenza nei contratti dei *riders* di clausole che prevedono la facoltà per il lavoratore di farsi sostituire da altri, clausole che, per lo più, come dimostrato dalla giurisprudenza spagnola, non vengono poi praticamente utilizzate dai *riders* (cfr. ad esempio *Juzgado de lo social n. 19 de Madrid*, 22 luglio 2019, n. 188, in *Labor*, 2020, 127, con nota di TUFO, *Alienità, dipendenza e personalità: secondo lo Juzgado de Madrid i riders di Deliveroo sono subordinati*).

⁵⁹ Con esclusione delle pronunce incidentali ex art. 28 St. lav., che non vertevano sulla qualificazione dei *riders* come subordinati.

costituire una sorta di “clausola di salvaguardia”, correttiva di interpretazioni eccessivamente rigide dell’art. 2094 c.c.

Alla luce di ciò, la stessa precisazione di cui all’art. 409 n. 3 c.p.c., come modificato dall’art. 15 l. n. 81/2017, secondo cui l’elemento distintivo che consentirebbe di comprendere se debba applicarsi la disciplina del lavoro subordinato o quella della parasubordinazione (in presenza degli altri suoi elementi della prevalente personalità e della continuità) sarebbe l’autorganizzazione della prestazione da parte collaboratore, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo tra le parti, rischia di non essere risolutiva, anche in ragione delle massicce dosi di autonomia inserite nella subordinazione proprio attraverso gli artt. 18-23 della legge citata, in materia di lavoro agile⁶⁰. In altre parole, la valutazione sulla meritevolezza dell’applicabilità della disciplina della subordinazione (oltre a quanto stabilito dall’art. 2 d.lgs. n. 81/2015) finisce per essere affidata alla percezione che il giudice ha dell’esistenza di un effettivo squilibrio tra le parti, ossia a un dato di carattere meramente socio-economico, che può essere presente tanto nel lavoro autonomo quanto nel lavoro subordinato. Di conseguenza, e sempre che la giurisprudenza non decida nuovamente di fermare l’attuale “tendenza espansiva” del diritto del lavoro, ricalibrandosi sull’eterodirezione “in senso stretto”, come avvenuto negli anni Ottanta, sarebbe auspicabile riformare l’attuale sistema lavoristico nel senso di riconoscere a tutti i lavoratori, cioè alle «person[e] che *tout court* ‘lavor[ano] a favore di altri’»⁶¹, a prescindere dalla loro qualificazione giuridica, uno *standard* minimo di diritti fondamentali, in prospettiva “universalistica”⁶², valido per la presente rivoluzione tecnologica come per quelle avvenire. Tale via consentirebbe di abbattere le mura della “cittadella fortificata”⁶³ del diritto del lavoro e di offrire una protezione adeguata, preventiva e non obbligatoriamente mediata dalla qualificazione giudiziale del rapporto a tutti coloro che si trovano in una situazione di debolezza socio-economica, e ciò a vantaggio sia dei lavoratori sia di datori di lavoro e committenti, i quali beneficerebbero del contenimento dell’imprevedibilità interpretativa insita nella ricerca del confine tra autonomia e subordinazione.

⁶⁰ Sul punto, sia consentito il rinvio a TUFO, *Il lavoro digitale a distanza*, Napoli, 2021, 368.

⁶¹ GAETA, *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*, cit., I.74.

⁶² IBIDEM, 523 ss., anche per un catalogo di tali diritti fondamentali.

⁶³ Per tale espressione v. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, 1996.



Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 24 - dicembre 2021

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805