

LA REGOLAZIONE DEL LAVORO OLTRE IL DIRITTO DEL LAVORO

Atti del Terzo Convegno annuale LLC-Labour Law Community,
Genova, 1-2 dicembre 2023

a cura di

G. De Simone - M. Novella



Editoriale Scientifica
Napoli

COMITATO SCIENTIFICO E ORGANIZZATIVO

*G. Bandelloni, M. Barbera, C. Carta, G. De Simone, A. Donini,
M. Novella, O. Razzolini, T. Sachs, F. Scarpelli.*

LA REGOLAZIONE DEL LAVORO OLTRE IL DIRITTO DEL LAVORO

Atti del Terzo Convegno annuale LLC-Labour Law Community,
Genova, 1-2 dicembre 2023

a cura di

G. De Simone – M. Novella

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

La pubblicazione degli atti è avvenuta con il contributo economico della Scuola di Scienze sociali dell'Università di Genova.

Questo volume raccoglie gli atti del Terzo convegno annuale della Labour Law Community "La regolazione del lavoro oltre il diritto del lavoro".

Proprietà letteraria riservata

© Copyright novembre 2024 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-235-0109-2

INDICE

MARZIA BARBERA, <i>Premessa. Il lavoro, regolato con altri mezzi</i>	7
---	---

I SESSIONE

MARIA VITTORIA BALLESTRERO, <i>Presentazione della prima sessione del convegno</i>	15
---	----

TATIANA SACHS, <i>Grammatiche per la ridefinizione di "impresa": lezioni dal diritto francese</i>	19
--	----

CORRADO MALBERTI, <i>Scopo dell'impresa e corporate governance: dallo shareholder value al successo sostenibile</i>	31
--	----

OLIVIER FAVERAU, <i>Codetermination as the future of corporate governance: the Italian sources</i>	49
---	----

BRUNO CARUSO, <i>Impresa partecipata e contratto di lavoro</i>	61
---	----

II SESSIONE

GISELLA DE SIMONE, <i>Impatto sociale dell'attività di impresa: modelli regolativi</i>	101
---	-----

PIERA LOI, <i>Gestione del rischio e modelli regolativi del lavoro</i>	107
---	-----

GUIDO SMORTO, <i>Distribuzione del rischio e tutela dei diritti nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Una riflessione critica</i>	127
---	-----

MICHELE SIRI, <i>I rating ESG ed il fattore "S"</i>	153
--	-----

III SESSIONE

MARCO NOVELLA, <i>Rischio, responsabilità, diritto del lavoro: note introduttive</i>	167
---	-----

CINZIA CARTA, <i>Il lavoro nelle catene globali tra prassi volontarie e prospettive risarcitorie</i>	171
---	-----

ANTONIO VISCOMI, <i>Rischio e sicurezza tra diligenza e compliance</i>	199
---	-----

GIUSEPPE ANTONIO RECCHIA, <i>Dalla trasparenza alla responsabilità: le potenzialità del diritto antidiscriminatorio nelle organizzazioni digitali</i>	213
--	-----

MARCO PERUZZI, <i>IA e tutele sul lavoro: il ruolo del GDPR nella (ri)costruzione del sistema normativo</i>	227
--	-----

VANIA BRINO, <i>Brevi note sulla responsabilizzazione nel governo dell'impresa</i>	243
---	-----

<i>Elenco autori</i>	257
----------------------	-----

GIUSEPPE ANTONIO RECCHIA

DALLA TRASPARENZA ALLA RESPONSABILITÀ:
LE POTENZIALITÀ DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO
NELLE ORGANIZZAZIONI DIGITALI

SOMMARIO: 1. Opacità *vs.* trasparenza del *management* algoritmico. – 2. Il rischio di discriminazione algoritmica: un catalogo di casi e questioni. – 3. La perdurante importanza del diritto antidiscriminatorio di fronte al *management* algoritmico.

1. *Opacità vs. trasparenza del management algoritmico*

La digitalizzazione ha rivoluzionato e continua a rivoluzionare il mondo del lavoro. L'innovazione tecnologica corre alla velocità del *management* algoritmico, nella potenziale automazione dell'intera gamma dei tradizionali poteri del datore di lavoro, dall'assunzione alla cessazione del rapporto di lavoro, e più ancora, al di là della prospettiva della subordinazione, della gestione di tutti gli aspetti legati alle (diverse) relazioni che coinvolgono il soggetto che lavora. È una premessa scontata, ma necessaria, come è altrettanto scontato, ma necessario, ricordare come l'ascesa della organizzazione di lavoro 4.0 sia stata ulteriormente accelerata dalla contingenza pandemica, determinando una situazione di elevata disponibilità a recepire soluzioni sempre più integrate e avanzate.

Su tale sfondo, due sono le parole d'ordine che vengono a più riprese invocate: opacità e trasparenza. La prima, come condizione fisiologica ma anche come male necessario del *management* algoritmico¹, in una pluralità di

¹ Senza alcuna pretesa di esaustività, un ottimo punto di partenza è offerto da F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Controls Money and Information*, Harvard, 2016. Nel dibattito giuslavoristico italiano, v. almeno G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *Labour & Law Issues*, 2/2020, 19 ss.; L. ZAPPALÀ, *Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 446/2021; A. LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, in *federalismi.it*, 25/2022, 189 ss.; A. ALOISI, *Boss ex machina: employer powers in workplaces governed by algorithms and artificial intelligence*, in *New Technology and Labour Law*, a cura di A. Lo Faro, Torino, 2023, 15 ss.; M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e*

declinazioni possibili (ad esempio, come “doppia opacità”, dal momento che potrebbe non risultare evidente, prima ancora che la logica di utilizzo dell’algoritmo, l’effettivo impiego dello stesso)². La seconda, ripetuta come mantra e come soluzione al problema: dal GDPR³ alla Direttiva sulle condizioni di lavoro trasparenti⁴ (e alla sua implementazione in Italia con la modifica del decreto legislativo n. 152 del 26 maggio 1997, per opera del decreto legislativo n. 104 del 27 giugno 2022) sino alla (Proposta di) Direttiva sul *platform work*⁵, la linea rossa che lega i diversi provvedimenti sembra essere quella di una (salvifica) conoscibilità dei sistemi algoritmici.

La cura, tuttavia, non convince del tutto.

In primo luogo – verrebbe da dire, con un po’ di ironia – il “detergente” giuridico della trasparenza non garantisce un algoritmo “brillante”. Basti semplicemente pensare ai cc. dd. processi di *machine learning*, in cui il percorso che porta dall’input all’output non appare affatto causale (o prevedibile) ma si fonda su criteri di inferenza non facilmente riproducibili né comprensibili. O ancora, si consideri la possibilità di opporre alla (richiesta di) trasparenza un segreto commerciale o industriale, con cui trovare, al limite, un necessario bilanciamento. Come si ricorderà, l’art. 63 GDPR usa il condizionale (“tale diritto *non dovrebbe* ledere i diritti e le libertà altrui, compreso il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d’autore che tutelano il software”) e la normativa italiana, attraverso l’art. 1-*bis*, comma 8, del citato decreto legislativo n. 152/1997, è invece, dopo la sua recente novella, assai più perentoria, ma nell’ottica di un *favor datoris* per cui gli obblighi di informazione “non si applicano ai sistemi protetti da segreto industriale e commerciale”⁶.

lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela, Torino, 2023, 8 ss.; L. GAMET, *Il lavoratore e le due facce dell’algoritmo*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2024.

² Così S. RENZI, *La trasparenza dei sistemi algoritmici utilizzati nel contesto lavorativo fra legislazione europea e ordinamento interno*, in *La Nuova Giuridica*, 2/2022, 64.

³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016.

⁴ Direttiva UE 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

⁵ La Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali (COM(2021) 762 final del 9 dicembre 2021), dopo una serie di controversi passaggi che hanno segnato una profonda revisione del suo testo, è stata definitivamente approvata dal Parlamento europeo il 24 aprile 2024.

⁶ Il testo originario della previsione introdotta nel 2022 si limitava a fare salve le “informazioni di cui all’articolo 98 del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30” riferendosi dunque ai soli segreti commerciali protetti dall’art. 98 del Codice della proprietà industriale; la sua riscrittura da parte del decreto-legge n. 48 del 4 maggio 2023 appare invece ritenere

In secondo luogo – e questo mi sembra l’aspetto più rilevante – la semplice trasmissione di informazioni non solo non è garanzia di effettiva conoscenza, ma più ancora non è strumento, quantomeno da solo sufficiente, di riequilibrio dell’assetto dei poteri. La normativa sulla *privacy* svela già da sola questo fraintendimento. A di là dell’esatta portata dell’art. 15 GDPR – su cui non è possibile in questa sede soffermarsi⁷ – il successivo art. 22, che fornisce ulteriore protezione nel contesto delle decisioni di gestione algoritmica completamente automatizzata, si fonda, per un verso, su una prospettiva individualistica e, per altro verso, sull’utilizzo del consenso come “giustificazione” legale per il suo trattamento. Come è stato opportunamente sottolineato, l’art. 22 “potrebbe rivelarsi un boomerang”⁸.

Anche sullo stesso art. 1-*bis* del decreto legislativo n. 152/1997, che pure è dotato di “un cospicuo potenziale garantistico”⁹, si può spendere una veloce riflessione. La disciplina resta ambigua, infatti, con riferimento alla relazione tra obbligo informativo e atto di gestione del rapporto di lavoro, se cioè alla violazione del primo debba conseguire una invalidità del secondo. Di recente¹⁰, ho provato – non certo per primo¹¹ – ad argomentare che

sempre prevalente l’interesse del datore di lavoro alla protezione ed alla segretezza dei dati e delle informazioni. Sul tema, si rinvia all’analisi, prima e dopo la modifica, di M.T. CARINCI, S. GIUDICI, P. PIERRI, *Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis “Decreto Trasparenza”): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?*, in *Labor*, 1/2023, 28 ss. e E. DAGNINO, *Modifiche agli obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati (art. 26, comma 2, d.l. n. 48/2023, conv. in l. n. 85/2023)*, in *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48 c.d. “decreto lavoro”, convertito con modificazioni in l. 3 luglio 2023, n. 85*, a cura di E. Dagnino, C. Garofalo, G. Picco, P. Rausei, Bergamo, 2023, 73 ss.

⁷ Per un approfondimento sul rapporto tra l’art. 15 GDPR e la gestione algoritmica del rapporto di lavoro, si rinvia a H. ABRAHA, *Regulating algorithmic employment decisions through data protection law*, in *European Labour Law Journal*, 2/2023, 172 ss.

⁸ Così A. VISCOMI, *Per una sandbox giuslavoristica. Brevi note a partire dal “decreto trasparenza”*, in *Labour & Law Issues*, 1/2023, I, 129. Altrettanto dubitativa è la posizione espressa da E. FALLETTI, *La discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Torino, 2022, 167, secondo cui l’art. 22 “istituisce una barriera difensiva simbolica, per quanto insufficiente, contro le decisioni formate senza intervento umano, le quali incidano sui diritti umani individuali”.

⁹ L’espressione è di S. GIUBBONI, *Il lavoro attraverso piattaforma digitale nella disciplina nazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 3/2023, I, 305.

¹⁰ Sia consentito rinviare al mio *Condizioni di lavoro trasparenti, prevedibili e giustiziabili: quando il diritto di informazione sui sistemi automatizzati diventa uno strumento di tutela collettiva*, in *Labour & Law Issues*, 1/2023, 34 ss.

l'informazione (individuale, ma anche sindacale nella versione italiana) sia requisito implicito dell'atto unilaterale che produce modifiche alle regole del rapporto di lavoro – ma non si può non condividere la perplessità di chi rileva come “non è semplice ricostruire in maniera inequivoca il nesso [*tra l'utilizzo di sistemi deputati a fornire al datore o al committente indicazioni utili per assumere le decisioni organizzative*] con l'atto di gestione del rapporto che ne risulti eventualmente condizionato”¹².

Insomma, la trasparenza del sistema algoritmico sta alla protezione del lavoro come il dito alla luna. Non nel senso che sia da stolti fermarsi a tanto, ma di certo essa non può essere l'approdo del nostro sguardo¹³. Ne è esemplificazione la posizione assunta dai giudici di legittimità sull'uso del software *data mining* (denominato Savio) da parte dell'INPS, per l'organizzazione delle visite mediche di controllo a fronte di certificati di malattia¹⁴: negando la sussistenza di un trattamento illecito dei dati personali, la Cassazione ha accolto le doglianze dell'Istituto di previdenza, confermando come, da un lato, non occorresse fornire apposita informativa sul trattamento dati agli interessati, dal momento che l'attività di controllo svolta trova diretto fondamento nella legge, e, dall'altro, che la procedura, pur informatizzata, non comportava la profilazione, dal momento che il sistema non individuava soggetti specifici, né catalogava profili o categorie, ma si limitava al trattamento dei dati relativi alla sola domanda di indennità di malattia presentata dal lavoratore. La “trasparenza” (e, dunque, persino il rispetto della normativa sulla privacy) potrebbe comunque veicolare prassi non lecite, se non proprio discriminatorie.

¹¹ A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, *L'obbligo di trasparenza senza la prevedibilità del lavoro. Osservazioni sul decreto legislativo n. 104/2022*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4/2022, I, 671 ss..

¹² Così A. DONINI, *La tutela del diritto di informazione collettiva sui sistemi automatizzati attraverso il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 3/2023, II, 426.

¹³ Con diverso accento, ma nella stessa direzione, S. CIUCCIOVINO, *La disciplina nazionale sulla utilizzazione della intelligenza artificiale nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1/2024, 13, si interroga “sulla stessa efficacia di una informazione che ha la pretesa di conoscere *come fa* l'IA ad addestrarsi e a sviluppare i propri calcoli, più che indirizzarsi sull'esito dell'elaborazione algoritmica in termini di impatto sui singoli o su gruppi o categorie di lavoratori e lavoratrici, cioè in breve su *cosa fa* l'IA dal punto di vista dell'esercizio dei poteri datoriali”.

¹⁴ Cass Civ., sez. I, ord. 1° marzo 2023, n. 6177, in *Diritto di Internet*, 4/2023, con nota di F. CASTAGNA, *Il “salvataggio” del sistema di data mining “Savio” utilizzato dall'Inps*.

2. Il rischio di discriminazione algoritmica: un catalogo di casi e questioni

Questo è il vero snodo. Che l'opacità algoritmica possa anche nascondere comportamenti più o meno discriminatori non è oggi più in discussione. Il mito della neutralità della macchina ha lasciato presto posto alla consapevolezza che i pregiudizi possono essere "scritti" nei codici, o sviluppati grazie alla combinazione della sequenza di operazioni, indipendentemente dal fatto che chi se ne avvale ne abbia una qualche cognizione.

È interessante notare come la riflessione, ed il monito, sul rischio dei cc. dd. *bias* algoritmici fosse già presente nei primi studi della dottrina giuslavoristica sul tema¹⁵ ma sia stata forse successivamente trascurata di fronte alle urgenze qualificatorie dei nuovi lavori. Eppure, non sono mancati esempi e analisi di pratiche algoritmiche discriminatorie. Basterà in questa sede menzionare il rapporto redatto nel 2020 per la Commissione Europea con il supporto del Network europeo di esperti su parità di genere e diritto antidiscriminatorio¹⁶. A mero titolo esemplificativo, lo studio riferisce di come in alcuni Paesi europei (in particolare, Belgio, Austria e Polonia) programmi di intelligenza artificiale vengono impiegati dai locali servizi per l'impiego, con l'obiettivo di aiutare a meglio prevedere la possibilità che una persona disoccupata trovi lavoro entro un certo lasso di tempo. L'intento, certamente encomiabile, è quello di migliorare l'identificazione delle persone in cerca di lavoro che necessitano di un supporto personalizzato; nondimeno, l'uso di indicatori come il sesso, l'età, le responsabilità di assistenza, lo stato di salute e la cittadinanza nella procedura decisionale dell'algoritmo potrebbe – ma il condizionale è sin troppo prudente – rafforzare le disuguaglianze esistenti sulla base del genere, dell'origine etnica, della disabilità e dell'età. I pregiudizi già esistenti nel mercato del lavoro vengono, in altre parole, incorporati dall'algoritmo stesso che, se non adeguatamente corretto, fornirà risultati

¹⁵ Per tutti, C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, e G. CENTAMORE, L. RATTI, *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, entrambi in *Impresa, lavoro e non lavoro nell'impresa digitale*, a cura di C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone, Bari, 2019, rispettivamente 663 ss. e 683 ss.; fuori dalla prospettiva giuslavoristica, cfr. S.U. NOBLE, *Algorithms of Oppression*, New York, 2018.

¹⁶ J. GERARDS, R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe. Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Luxembourg, 2021.

certamente distorti e tali da amplificare ulteriormente la condizione di vulnerabilità sul mercato del lavoro¹⁷.

Ancora, oltre il citato rapporto, si ricorderà il noto caso dell’algoritmo impiegato da Amazon qualche anno addietro per selezionare le migliori candidature per le posizioni di ingegneria del software: il modello, effettivamente dotato di una incredibile velocità nel valutare i curricula, assegnando un punteggio da una a cinque stelle (proprio come possono fare gli acquirenti dei prodotti della piattaforma di e-commerce), si era tuttavia rivelato “viziato” e discriminatorio in ragione del fatto che il sistema di apprendimento automatico fosse tarato su una preesistente banca-dati contenente le candidature dell’ultimo decennio, a maggioranza maschile: in tal modo, alcune delle correlazioni tra le caratteristiche dei candidati e la probabilità di successo erano state dalla macchina accreditate al sesso, piuttosto che alle attitudini¹⁸.

Per non parlare poi del celebre algoritmo Frank, il sistema basato sull’apprendimento automatico, utilizzato dalla piattaforma di *food delivery* Deliveroo per valutare le prestazioni dei *riders* e classificarli in base ad affidabilità e partecipazione, e quindi dare la precedenza sugli ordini ai migliori in classifica. Come è noto, il Tribunale di Bologna, con l’ordinanza del 31 dicembre 2020¹⁹ – la prima in Europa sulla discriminazione algoritmica – ha statuito come le maggiori o minori opzioni di scelta di slot disponibili dipen-

¹⁷ A. LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, cit., 192 ss. offre l’interessante tassonomia di algoritmi “irrazionali” (in cui la scelta, apparentemente incomprensibile, sia determinata dall’utilizzo di una mole sterminata di informazioni e dalla individuazione di pattern fondati su logiche di mera correlazione piuttosto che di causalità), algoritmi “ciechi” (incapaci di distinguere ciò che andrebbe distinto) e soprattutto algoritmi “specchio”, caratterizzati dal fatto che “attraverso i *proxy* correlati a fattori di discriminazione vietati, le dinamiche decisionali del *machine learning* tendano in sostanza perpetuare e ossificare lo *statu quo ante*: una storia di strutturale segregazione occupazionale costruita su stereotipi o discriminazioni pregresse tende così ad autoriprodursi a dispetto di una presunta ma in realtà soltanto apparente neutralità algoritmica, con il risultato di sovrapporre normalità e normatività, o meglio di conferire alla prima la natura della seconda attraverso la legittimazione fornita da una apparente oggettività tecnologica”.

¹⁸ Ne offrono una ricostruzione D.F. MUJTABA, N.R. MAHAPATRA, *Ethical considerations in AI-based recruitment*, presentato all’International Symposium on Technology in Society, Medford, 2019 (<https://doi.org/10.1109/ISTAS48451.2019.8937920>).

¹⁹ La decisione ha avuto larga eco nella pubblicistica lavorista; si rinvia, in particolare, ai commenti di M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour & Law Issues*, 1/2021, I, 1 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 1/2021, 104 ss.; A. LASSANDARI, *Fenomenologia di Frank (Bongiorno): un algoritmo con cattive abitudini*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2/2021, II, 228 ss.

devano dalle statistiche elaborate dall'algoritmo stesso, che riduceva di fatto le possibilità di lavoro attribuendo un punteggio negativo in caso di *late cancellation*, ossia in caso di annullamento della prenotazione con un preavviso inferiore alle ventiquattro ore. La penalizzazione dell'algoritmo reputazionale non teneva in alcun conto le motivazioni della rinuncia alla disponibilità, così danneggiando, in particolare, i lavoratori in sciopero, ma la decisione ha evidenziato anche un più ampio rischio di discriminazione indiretta, perché la rinuncia alla prestazione sarebbe ben potuta dipendere da altre (legittime) motivazioni di astensione dal lavoro, come malattia e infortunio²⁰.

Ciononostante, il tema della discriminazione algoritmica sembra essere ancora poco sentito tanto nella normativa nazionale quanto in quella sovranazionale.

Ed invero, l'art. 47-*quinquies* del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81²¹ vieta – solo per i *riders*, va tuttavia ricordato – “l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione”²²; come è stato opportunamente sottolineato²³, si tratta di un divieto di discriminazione che ha più il carattere della ritorsione, e dunque legato a uno specifico comportamento della piattaforma, in una prospettiva assai lontana da quanto accade nella realtà delle organizzazioni digitali in cui lavoratori e lavoratrici sono monitorati e “gestiti” ininterrottamente. Il profilo “reputazionale” del lavoro digitale, correlato, come il caso concreto ha dimostrato, all'affidabilità e alla partecipazione è, per la stessa massa di dati ricavabili dal *management* algoritmico, un costrutto incrementale.

²⁰ Fuori dal contesto italiano, ma sempre a proposito dei ciclofattorini, alcuni studi hanno anche avanzato la tesi di una possibile discriminazione salariale fondata sugli algoritmi che rendono i compensi non solo non trasparenti ma anche difficilmente calcolabili, tanto più quando basati su sistemi di cottimo con prezzi dinamici; cfr. N. VAN DOORN, *At what price? Labour politics and calculative power struggles in on-demand food delivery*, in *Work Organisation, Labour & Globalisation*, 1/2020, 136 ss.; V. DUBAL, *On algorithmic wage discrimination*, in *Columbia Law Review*, 7/2023, 1929 ss.

²¹ Introdotto dal decreto-legge n. 101 del 3 settembre 2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 128 del 2 novembre 2019.

²² È la previsione contenuta al secondo comma dell'articolo, dopo che il primo comma – in maniera del tutto pleonastica, per le ragioni che si evidenzierà meglio *infra* – stabilisce che ai ciclofattorini “si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma”.

²³ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I, 10.

Allo stesso modo, la Direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali (nel testo definitivamente adottato il 24 aprile 2024) fa riferimento alla possibile discriminazione solo nell'art. 10 a proposito della necessità di una sorveglianza sull'uso dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati che imponga l'adozione di misure adeguate per affrontare tale rischio, compresa la possibilità di cessarne l'utilizzo, e nel Considerando 49 laddove si legge che “[...] Qualora le ... decisioni [*di limitare, sospendere o chiudere l'account di una persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, non retribuirne il lavoro svolto o incidere sulla sua situazione contrattuale*] violino i diritti di tali persone, ad esempio i diritti dei lavoratori o il diritto alla non discriminazione o alla protezione dei loro dati personali, la piattaforma di lavoro digitale dovrebbe rettificare tali decisioni senza indebito ritardo o, ove ciò non sia possibile, provvedere al risarcimento del danno subito e adottare le misure necessarie per evitare decisioni analoghe in futuro, compresa la cessazione del suo utilizzo”²⁴.

²⁴ È appena il caso di rilevare come anche il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale non affronta direttamente il tema della discriminazione algoritmica, ma si limita a richiamarne il concreto rischio in più Considerando, partendo dall'osservazione, di carattere generale, per cui l'IA può essere utilizzata impropriamente per la manipolazione, lo sfruttamento e il controllo sociale, in spregio dei “diritti fondamentali sanciti dalla Carta [*dei diritti fondamentali dell'Unione europea*], compresi il diritto alla non discriminazione, alla protezione dei dati e alla vita privata e i diritti dei minori” (Considerando 28), e pertanto, con riferimento specifico alle relazioni di lavoro, vengono considerati “sistemi ad alto rischio” (articolo 6, paragrafo 2) “a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l'assunzione o la selezione di persone fisiche, in particolare per pubblicare annunci di lavoro mirati, analizzare o filtrare le candidature e valutare i candidati; b) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per adottare decisioni riguardanti le condizioni dei rapporti di lavoro, la promozione o cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, per assegnare compiti sulla base del comportamento individuale o dei tratti e delle caratteristiche personali o per monitorare e valutare le prestazioni e il comportamento delle persone nell'ambito di tali rapporti di lavoro” (Allegato III, punto 4). Su quest'ultimo profilo, M. BARBERA, *La nave deve navigare. Rischio e responsabilità al tempo dell'impresa digitale*, in *Labour & Law Issues*, 2/2023, 9 invita a riflettere su un dato normativo che, obbligando i datori di lavoro che utilizzano tali sistemi ad attenersi alle istruzioni e segnalare al fornitore/distributore qualsiasi incidente grave o malfunzionamento, “pare dare per acquisito il fatto che lo stesso datore di lavoro non sia altro che un ausiliario della tecnologia”.

3. La perdurante importanza del diritto antidiscriminatorio di fronte al management algoritmico

Tali frammenti normativi non possono comunque mettere in discussione né la possibilità di ricorrere al complesso e corposo impianto del diritto antidiscriminatorio, né ancor più la sua ineludibile utilità. Le ragioni possono essere così rapidamente enucleate.

Innanzitutto, si tratta di un diritto, per così dire, transtipico. Pur con i molti distinguo legati a un quadro normativo sin troppo frammentato, è possibile sostenere, con una buona dose di approssimazione, che il diritto antidiscriminatorio, a partire da quello eurounitario, garantisce tutela a lavoratori e lavoratrici a prescindere dal tipo di contratto e dalla sua qualificazione giuridica. Ce lo ha ricordato di recente la Corte di Giustizia nel caso *J.K.* a proposito della portata della Direttiva Quadro 2000/78 (sul divieto di discriminazione per religione o convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale) interpretando l'espressione "occupazione e condizioni di lavoro" come riferibile anche a ipotesi di cessazione di un'attività autonoma o del mancato rinnovo di un contratto d'opera²⁵. Tale circostanza appare ancora più significativa di fronte alle perduranti criticità qualificatorie delle relazioni di lavoro ingaggiate dalle (e/o a favore delle) organizzazioni digitali, cui la direttiva sul lavoro su piattaforma sembra rispondere, per un verso, promuovendo strumenti quali la presunzione di subordinazione e, per altro verso, lasciando comunque inalterato il *gap* di protezione tra coloro che possono vedersi riconoscere un rapporto di lavoro subordinato con le altre "persone che svolgono un lavoro mediante piattaforma digitale" (art. 2, comma 1, punto 3), cui vengono attribuiti una manciata di diritti, seppure, in maniera significativa, comprensivi dell'informazione sul funzionamento dei sistemi algoritmici e della garanzia del controllo umano sulle decisioni più significative.

²⁵ Corte di Giustizia europea, 12 gennaio 2023, C-356/21, *J.K.*, commentata, tra gli altri, da M. RANIERI, *La Corte di giustizia su diritto antidiscriminatorio e lavoratori autonomi*, in *Diritti lavori mercati*, 2/2023, 331 ss. che acutamente osserva come "il diritto antidiscriminatorio offre l'opportunità per interrogarsi e riflettere sull'intreccio tra assetti regolativi e modelli di società, nella consapevolezza che seppur non tutto *può* e *deve* essere lasciato alla tutela antidiscriminatoria, [...] è dall'insieme delle categorie, delle tecniche e degli strumenti di questa normativa che passa l'affermazione dell'uguaglianza quale condizione 'costitutiva della dignità delle persone'".

Sotto altro profilo, atteso che, come da tempo si sostiene, “l’illecito discriminatorio ha, intrinsecamente, rilevanza superindividuale”²⁶, l’approccio concettuale e il relativo piano regolativo sposta l’attenzione alle problematichità del *management* algoritmico su un orizzonte più ampio. Il processo di automazione riguarda la predizione o il controllo basato su fattori e criteri comuni, e proprio per questo può essere meglio colto da un diritto che protegge il gruppo portatore di una certa particolare caratteristica.

Un’ulteriore utilità del *corpus* protettivo antidiscriminatorio risiede poi nella circostanza che la fattispecie illecita non debba essere integrata né dalla intenzionalità né dalla consapevolezza del comportamento, e prescinde persino dalle sue stesse ragioni (che rileveranno al massimo quale “giustificazione” del trattamento differenziato), incidendo direttamente sulle sue conseguenze. In altre parole, la decisione, automatizzata o meno, ma comunque assunta sulla base delle risultanze del *management* algoritmico, può “incasellare” dentro la nozione di discriminazione lo svantaggio prodotto sugli appartenenti a gruppo portatore di un fattore vietato; parafrasando la Corte di Giustizia nella nota decisione *Chez*²⁷, “perché si abbia discriminazione è sufficiente che tale [*fattore*] abbia determinato la decisione di porre in essere detto trattamento”. Il che si rivela tanto più utile quanto più le logiche algoritmiche potrebbero risultare sconosciute alla stessa impresa – che si limita magari ad utilizzare sistemi di intelligenza artificiale – ma che non possono esonerarla dalla responsabilità per i comportamenti concretamente posti in essere²⁸.

Per tacere poi del modo con cui il diritto antidiscriminatorio consente che si formi in capo al giudice la convinzione del possibile trattamento (illecitamente) sfavorevole, attraverso un onere probatorio alleggerito e che passa anche attraverso la prova statistica, e del robusto apparato sanzionatorio, che grazie al possibile ordine di definizione di un piano di rimozione della discriminazione collettiva finisce per obbligare l’impresa a rivedere la sua stessa organizzazione.

Tanto è già stato efficacemente prospettato nella già ricordata decisione sull’algoritmo Frank: “Il sistema di profilazione dei riders adottato dalla piattaforma Deliveroo, basato sui due parametri della affidabilità e della parteci-

²⁶ Così D. IZZI, *Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/1994, 563.

²⁷ Corte di Giustizia europea, Grande sezione, 16 luglio 2015, C-83/14, *Chez*.

²⁸ Sulla stessa posizione, v. anche M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, cit., 160-161.

pazione, nel trattare nello stesso modo chi non partecipa alla sessione prenotata per futili motivi e chi non partecipa perché sta scioperando (o perché è malato, è portatore di un handicap, o assiste un soggetto portatore di handicap o un minore malato, ecc.) in concreto discrimina quest'ultimo, eventualmente emarginandolo dal gruppo prioritario e dunque riducendo significativamente le sue future occasioni di accesso al lavoro". Poco importa se si trattasse di discriminazione indiretta o se – attribuendo all' algoritmo una "cecità" sinonimo di una palese violazione di guarentigie addirittura di rango costituzionale – non si dovesse piuttosto ravvisare una discriminazione diretta, ammesso peraltro che il confine sia sempre così netto.

Ciononostante, è altrettanto noto che la decisione del Tribunale di Bologna sia rimasta isolata nel panorama della giurisprudenza sulla discriminazione algoritmica, rivelando così anche più di un'ombra nella effettività della tutela. Una prima criticità è nella tipizzazione dei fattori protetti, la cui lettura sistematica sembra indicarne un *numerus clausus*, e non invece una lista non esaustiva, come pure si potrebbe ricavare dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, *in particolare*, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale"). Come rilevava già il citato rapporto *Algorithmic discrimination in Europe*, le tecniche di profilazione algoritmica, combinandosi con la capacità di estrazione di grandi quantità di dati personali e comportamentali, possono produrre categorizzazioni *granulari*, determinando forme di discriminazione multipla e, più ancora, intersezionale, che il diritto fatica a riconoscere²⁹.

²⁹ J. GERARDS, R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe. Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, cit., 66. È noto a chi studia il diritto antidiscriminatorio come il dibattito sulla disciplina e tutela giuridica dalle discriminazioni multiple (intese anche come additive) e intersezionali si sia sviluppato soprattutto a partire dal lacconico accenno del considerando 14 della direttiva 2000/43/CE e del considerando 3 della direttiva 2000/78/CE che, nell'implementare il principio di parità di trattamento sulla base dei fattori in esse previsti, ricordano che l'Unione europea dovrebbe anche mirare a eliminare le ineguaglianze e promuovere l'eguaglianza tra uomini e donne, specialmente perché "le donne sono spesso vittime di discriminazioni multiple"; un po' poco perché interpreti e giudici ne riconoscessero la piena cittadinanza nel sistema di protezione (basti ricordare la posizione negativa assunta dalla Corte di Giustizia europea, nella decisione del 24 novembre 2016, C-443/15, *Parris*). Una diversa prospettiva sembra oggi essere assunta dalla Direttiva UE n. 2023/970 del 10 maggio 2023, sul rafforzamento del principio di parità retributiva tra uomini

Sotto altro profilo, anche far emergere un trattamento differenziato basato su motivi protetti potrebbe rivelarsi assai arduo a causa della natura di “scatola nera” di molti algoritmi. Proprio in questa prospettiva, allora, il rafforzamento della disciplina sulla trasparenza algoritmica può mostrare la sua (ancillare) validità.

Ne è esempio evidente il recente provvedimento del Tribunale di Palermo del 17 novembre 2023, che ha deciso il ricorso *ex art. 28* del decreto legislativo n. 150/2011 circa la natura discriminatoria del sistema di valutazione di eccellenza adottato da Foodinho s.r.l., e in particolare dei parametri utilizzati per la “valutazione di eccellenza”, rispetto alla discriminazione multifattoriale per genere, esigenze di cura, handicap ed età, nonché di una discriminazione religiosa e sindacale, nonché e del parametro del *non show*, rispetto alla discriminazione sindacale³⁰. La sentenza è a mio avviso di estrema importanza per almeno due ragioni.

Innanzitutto, è la prova dello sforzo di comprensione del *management* algoritmico compiuto dagli operatori del diritto negli ultimi anni e mette in risalto la tesi di fondo che qui si è sinteticamente provato a esporre: la trasparenza *serve* a meccanismi di tutela ben più solidi presenti nel diritto del lavoro, proprio come la tutela antidiscriminatoria. Se nella decisione sul caso *Frank* il convincimento del giudice si era basato sulle testimonianze dei lavoratori e sulle poche informazioni tratte dal sito della piattaforma di *food delivery*, nel caso deciso dal giudice siciliano, invece, tutto l'impianto probatorio si regge sulle informazioni reclamate *ex art. 1-bis*, decreto legislativo n. 152/1997 e ottenute solo a seguito dei provvedimenti di repressione della condotta antisindacale emanati nei confronti della piattaforma dai Tribunali di Palermo a giugno 2023 e di Torino ad agosto 2023³¹.

In più, il giudice accoglie tanto la tesi della c.d. discriminazione potenziale (*melius*, collettiva, cioè senza l'immediata individuazione o individuabilità

e donne attraverso la trasparenza, che include espressamente nella nozione di discriminazione la “discriminazione intersezionale, [...] fondata su una combinazione di discriminazioni fondate sul sesso e su qualunque altro motivo di cui alla direttiva 2000/43/CE o alla direttiva 2000/78/CE” (art. 3, comma 2, lettera e).

³⁰ Lo si può leggere in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 4/2023, II, 751, con nota di V. NUZZO, *La intrinseca natura discriminatoria dei modelli organizzativi basati sui punteggi di eccellenza per i più affidabili e produttivi*.

³¹ Ci si riferisce ai decreti del Tribunale di Palermo del 20 giugno 2023 e del Tribunale di Torino del 5 agosto 2023; offre un'ampia analisi dei provvedimenti A. DONINI, *La tutela del diritto di informazione collettiva sui sistemi automatizzati attraverso il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit.

delle vittime della discriminazione) quanto la combinazione dei diversi fattori (condizione personale, familiare, età o handicap) come determinanti la discriminazione (indiretta). Nelle parole del provvedimento, “il disinteresse di Foodinho s.r.l. per le condizioni personali di ciascun prestatore d’opera, nell’ambito del sistema di selezione utilizzato, comport[a] una discriminazione indiretta dei lavoratori che per condizione personale, familiare, età o handicap sono svantaggiati rispetto ai “concorrenti” (per esempio perché più giovani, senza necessità di cura o assistenza familiari ovvero privi di disabilità). D’altra parte, se la legge prevede che l’accesso all’occupazione e al lavoro autonomo, con specifico riguardo ai criteri di selezione, debba essere improntato al principio di parità di trattamento delle persone senza distinzione di handicap ed età non può certamente consentirsi ad un committente/datore di lavoro di predisporre ed utilizzare un sistema di selezione (visto che il riconoscimento di condizioni differenziate di lavoro incide quanto meno indirettamente sulle possibilità di accesso al lavoro) che ignori deliberatamente le individualità dei lavoratori posti in competizione tra loro”. Magari è detto in maniera un po’ assertiva, ma l’allineamento di una pluralità di fattori discriminatori accredita una visione “complessa” dell’identità, ancor più necessaria, innanzi alla complessità algoritmica, per realizzare una vera eguaglianza sostanziale nel lavoro.

Difficile prevedere quali saranno gli sviluppi e i possibili consolidamenti di queste pronunce, a partire dalla possibilità di un ampliamento soggettivo – oltre cioè la categoria del *rider* – della effettività della protezione.

Un dato è certo. I divieti di discriminazione restano “soldati di Salamina”³². Ma a me pare che le loro fila si possano serrare meglio.

³² L’espressione, a simboleggiare l’ultimo avamposto giuridico cui affidare le sorti di un sistema in pericolo, è di M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1/2013, I, 139 ss.

ISBN 979-12-235-0109-2



9 791223 501092